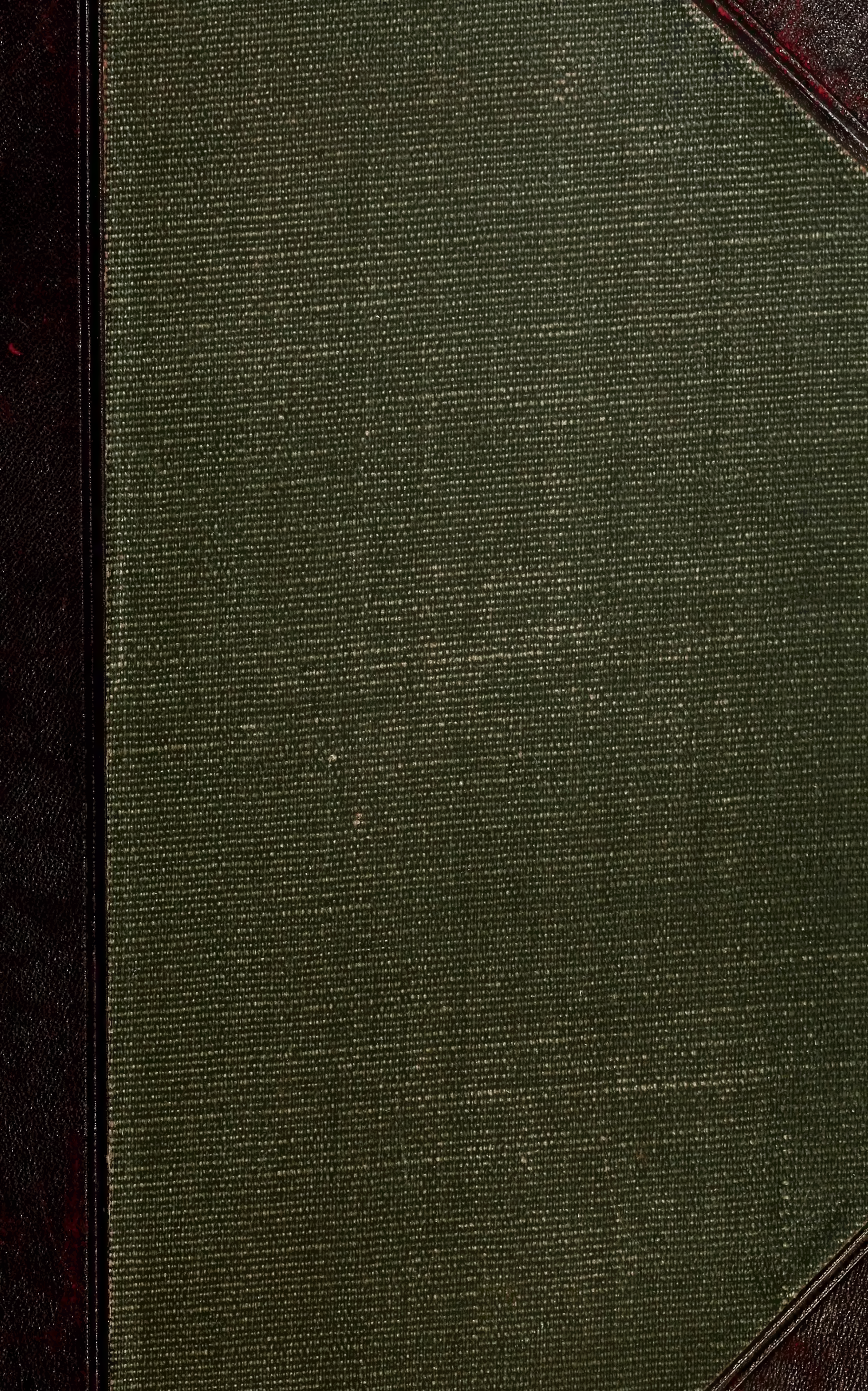



WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT

Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen
in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann,
Rechtsanwalt am Kammergericht,

und

Dr. Th. Olshausen,
Gerichtsassessor, Hilfsarbeiter im Reichs-Justizamt,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Justizrat, Rechtsanwalt am Kammergericht u. Notar.

---

6. Jahrgang

(die Zeit bis Anfang 1908 umfassend).





Berlin, 1908.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 9, Linkstraße 16.

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Vorwort.

Den bisherigen Berichtsgebieten sind das Gerichtskostengesetz sowie die Gebührenordnungen für Rechtsanwälte, Gerichtsvollzieher, Zeugen und Sachverständige hinzugetreten.

Das alphabetische Sachregister ist in Vorbereitung. Es wird nunmehr auch den vorliegenden 6. Jahrgang mitumfassen.

Berlin, Juni 1908.

Neumann.

Inhaltsverzeichnis.

Druckfehler-Berichtigung.

S. 93 Abs. 3. anstatt RG. = OLGHamburg
S. 96 3. Zl. wie vor
do. 13. Zl. von unten fehlt Seitenzahl R. **06** 855.

Nachweis der im Jahrgang 1—6 bearbeiteten Gesetze.

	Jahrg. 1.	Jahrg. 2.	Jahrg. 3.	Jahrg. 4.	Jahrg. 5.	Jahrg. 6.
BGB. nebst Einführungsgesetz	1 1-728 2 1-456	1 1-138	1 1-710	1- 556	1- 637	1- 600
GVG., ZPO. nebst Einführungsgesetz	3 1-332	—	2 320-611	663- 771	736- 901	724- 937
Handelsgesetzbuch		2 1-268	2 1-117	556- 654	637- 729	600- 718
Freiwillige Gerichtsbarkeitsgesetz		—	2 176-253	850- 868	988-1027	—
Grundbuchordnung . . .		2 395-477	2 145-172	828- 849	962- 988	1020-1056
Konkursordnung u. Anfechtungsgesetz		2 478-530	2 253-290	800- 827	942- 962	972-1020
Zwangsversteigerung u. Zwangsverwaltung . .		2 361-395	2 290-320	771- 800	902- 942	937- 972
Reichshaftpflichtgesetz . . .		2 317-333	2 134-145	870- 879	1027-1038	1060-1072
Wettbewerbsgesetz		2 336-361	2 611-632	879- 896	1038-1053	1072-1086
Personenstandsgesetz . . .		2 333-336	2 172-176	868- 870	—	1056-1060
Seerechtl. Nebengesetze u. Binnenschiffahrtsges. . .		2 269-274	2 117-120	655- 657	729- 731	718- 722
Post-, Telegraphen- u. Zollgesetzgebung		—	2 121-126	—	—	722- 724
Gesellschaft m. b. H. . .		2 274-297	—	896- 908	—	1086-1112
Genossenschaftsgesetz . . .		2 297-317	—	908- 915	—	1112-1129
Hypothekenbankgesetz . . .		—	2 126-134	—	734- 736	—
Patentgesetz		—	2 632-645	—	1053-1066	—
Gebrauchsmusterschutz . .		—	2 645-647	—	1066-1068	—
Warenzeichenrecht		—	2 648-659	—	1068-1077	—
Gewerbliche Schutzges. .		—	2 660-667	—	1078-1079	--
Literatur und Tonkunst .		—	2 667-677	—	1079-1083	—
Verlagsrecht		—	2 677-680	—	1083	—
Gewerbeordnung		—	—	915- 981	—	—
Wechselordnung		—	—	981-1019	—	1129-1146
Bankdepotgesetz		—	—	--	731- 734	—
Versicherungsgesetz		—	—	—	1084-1143	—
Gerichtskostengesetz		—	—	—	—	1146-1178
Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige		—	—	—	—	1179-1188
Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher		—	—	—	—	1188-1191
Gebührenordnung für Rechtsanwälte		—	—	—	—	1192-1223

Mitarbeiter des sechsten Jahrganges.

Boschan, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch IV: Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder und Vormundschaftsrecht, sowie Buch V; Personenstandsgesetz;

Dr. **A. Brückmann**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch II §§ 241—361, 398—432, 598—704, 759—763, 765—782;

Dr. **Gottschalk**, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: BGB. Buch II §§ 362—397, 783—853, Buch IV §§ 1589—1615, 1705—1772 und Wettbewerbsgesetz;

Güthe, Kammergerichtsrat in Berlin: BGB. Buch III: Immobiliarsachenrecht und Grundbuchordnung;

Dr. **Heinrici**, Amtsrichter in Oranienburg: BGB. Vereinsrecht, Buch II §§ 705—758 und HGB. II. Buch; Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsgesetz;

Dr. **Krech**, Landrichter in Naumburg a. S.: ZPO. Buch VIII—X; Lohnbeschlagnahmegesetz;

Dr. **Th. Olshausen**, Gerichtsassessor und Hilfsarbeiter im Reichs-Justizamt: BGB. Allgemeiner Teil (mit Ausnahme des Vereinsrechts); Buch II §§ 433—597; Buch III mit Ausnahme des Immobiliarsachenrechts; Buch IV §§ 1297—1362, 1564 bis 1588, 1699—1704;

Dr. **M. Reindl**, Regierungsrat in München: HGB. Buch III §§ 407—473; EisenbVO.; Reichshaftpflichtgesetz; Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung;

Dr. **Schaps**, Landrichter in Hamburg: HGB. IV. Buch; Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Schneider, Reichsgerichtsrat in Leipzig: Zwangsversteigerungsgesetz;

Dr. **Sontag**, Amtsrichter in Kattowitz: HGB. Buch I und III;

Dr. **Trumpler**, Syndikus der Handelskammer in Frankfurt a. M.: BGB. § 764;

Vormbaum, Amtsrichter in Charlottenburg: EGBGB., EGHGB.; Wechselordnung;

Dr. **Winter**, Landrichter in Naumburg a. S.: Gerichtskostengesetz, Gebührenordnungen für Zeugen und Sachverständige, Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte;

Dr. **v. Zahn**, Rechtsanwalt am Landgericht in Leipzig: EGGVG., GVG., EGZPO., ZPO. Buch I—VII;

Zelter, Justizrat, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht;

Zweigert, Landrichter in Lissa: Konkursordnung und Anfechtungsgesetz.

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ACivPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.
AÖstGZ = Allgem. Österreichische Gerichts-Zeitung.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und „der Handelsgesellschafter".
BayNotZ. = Zeitschrift für das bayerische Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechtes.
BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Bl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
BurBl. = Bureaublatt für gerichtliche Beamte.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß ... Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
ElsLothZ. od. ElsLothJZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
Fischers Z. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.
GerH. = Gerichtshalle.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GesuR. = Gesetz und Recht.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewG. = Das Gewerbegericht.
GewuKfmG. = Gewerbe- und Kaufmannsgericht.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GewRschutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HaftpflG. = Gesetz betr. die Verbindlichkeit z. Schadensersatze f. d. bei dem Betriebe v. Eisenbahnen usw. herbeigeführten Tötungen u. Körperverletzungen v. 7. Juni 1871.
HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
Holdheims MSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JagdRZ. = Zeitschrift für Jagdrecht, Jagdschutz und Jagdwirtschaft.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (der Jahrgang wird durch arabische Ziffern bezeichnet).
Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
IndustRZ. — Zeitschrift für Industrierecht.
JustdRundsch. = Justizdienstliche Rundschau.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KfmG. = Kaufmannsgericht.
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.
KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw.
KleinbZ. = Zeitschrift für Kleinbahnen.

KrimPsychMSchr. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LeipzZ. od. LZ. = Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
LohnBG. = Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes v. 21. Juni 1869.
Markenschutz u. Wettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
AÖstGZ. = Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
PA. = Patentamt.
PBl. = Patentblatt.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrMHandGewVerw. = Ministerialblatt der (preußischen) Handels- und Gewerbeverwaltung.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
Puchelts Z. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausg. v. A. Reger, mit folgender Band- und Seitenzahl.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RG.(St.) = Entscheidungen des Reichsgericht in Strafsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv für das Zivil- und Kriminalrecht.
RheinARV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RheinNotZ. = Zeitschrift für das Notariat (Rheinpreußen).
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen d. RMG.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Königl. Verwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv usw.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
StB. = Der Standesbeamte.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb (s. a. o. bei M.).
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WürttRpflZ. = Württembergische Zeitschrift f. Rechtspflege u. Verwaltung.
WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
WürttZ. = Zeitschrift f. die freiw. Gerichtsbarkeit u. die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBergR. = Zeitschrift für Bergrecht.
ZBlFG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit usw.
ZBlRw. = Zentralblatt für Rechtswissenschaft.
ZfmittlJB. = Zeitschrift für mittlere Justizbeamte.
ZJPR. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStaatsw. = Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWes. = Zeitschrift für Versicherungswesen.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
→ ← = Selbständiger Zusatz oder Entgegnung eines Autors.
→ Red. ← = Bemerkung des betreffenden Redaktors.
* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Ortsname in Klammern bezeichnet Entscheidung des betr. Oberlandesgerichts [z. B. DJZ. 05 445 (Hamm)].

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Vorbemerkung: In die Augen springt das Bestreben der Theoretiker den Kreis der Individualrechte zu erweitern; dem schon in früheren Jahren behandelten Wappenrecht und dem Recht an Briefen sind das Titelrecht und das Recht an Telegrammadressen gefolgt. Es muß abgewartet werden, ob die Praxis insbesondere den durchaus zu billigenden Bestrebungen Kunkels (Ziff. I des Anhangs zu § 12), die auf eine Erweiterung des Anwendungsgebiets des Persönlichkeitsrechts über den § 12 hinaus gerichtet sind, Folge leisten wird.

Literatur: Altschul, Das österreichische Namenrecht, JurBl. **07** 421—423. — Blase, Zur Frage des mehrfachen Wohnsitzes und der kommunalen Doppelbesteuerung, FischersZ. **32** 145—163. — Burckas, Eigentumsrecht, Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht an Briefen. Leipzig 1907. — Flater, Die Bezeichnung von geschäftlichen Betrieben, Schiffen und Waren mit dem Namen des Kaisers, des Landesherrn oder der landesherrlichen Familie, DJZ. **07** 389—393. — Fuld, Karikatur und Persönlichkeitsschutz, GewRschutz **07** 224—227. — Kunkel, Zur Lehre vom Rechte der Persönlichkeit, BayRpflZ. **07** 286—288, 314—320. — Laband, Das Recht am Titel, DJZ. **07** 201—207. — Schäfer, Der rechtliche Schutz des Namens nach dem BGB., GewRschutz **07** 227—228. — Stammler, Unbestimmtheit des Rechtssubjekts, Festschrift f. die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum, Gießen 1907 425—468. — Wach, Namensübertragung durch Adoption, FischersZ. **32** 34—37. — Wertheimer, Der Schutz der Telegrammadresse, GewRschutz **07** 348—355. — Grenzen der Zuständigkeit der Gerichte und des Heroldsamts bei Entscheidung über das Recht zur Führung adliger Prädikate, mitgeteilt aus d. Königl. Heroldsamte, AÖffR. **22** 1—58. — Inhalt und Umfang des Schutzes der Führung adliger Prädikate aus § 19 Teil II. Titel 9 ALR., mitgeteilt aus d. Königl. Heroldsamte, VerwA. **15** 377—403.

§ 1. 1. Begriff des Rechtssubjekts. Stammler, Unbestimmtheit d. Rechtssubjekts 445. Der Begriff des Rechtssubjekts ist eine notwendige formale Bedingung für die wissenschaftliche Erfassung und Bestimmung von besonderem Rechtsinhalt, es ist sonach bei dem Festhalten dieses Zieles nicht angängig, ihn auch einmal gänzlich aus dem juristischen Denken wegzulassen und doch noch mit diesem in der Einheit der Rechtsbetrachtung zu verbleiben. Darum kann von einer objektiven Unbestimmtheit des Rechtssubjekts zwar für die Zukunft unter bestimmten Voraussetzungen gesprochen werden, für die Gegenwart aber vermag es nur eine subjektive Ungewißheit zu geben: Das schon vorhandene Bestehen eines Rechtssubjekts muß in jedem Falle als Sinn des maßgeblichen rechtlichen Wollens angenommen werden, soll für dieses die Möglichkeit einer wissenschaftlichen Einsicht bestehen.

2. Stammler, Unbestimmtheit d. Rechtssubjekts 442. Ein lebend geborener Mensch war bereits mit dem Beginn der Empfängniszeit Rechtssubjekt; es tritt inzwischen ein Zustand subjektiver Ungewißheit ein.

§ 6. 1. **RG.** R. **07** 444. Es kann vorkommen, daß einer Person, die sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, zur Besorgung einzelner Angelegenheiten oder eines bestimmten Kreises ihrer Angelegenheiten ein Pfleger zu bestellen ist.

2. a) **RG.** R. **07** 504. Eine Querulantin kann wohl ihre Pflichten im Haushalt und gegen ihre Familie ordentlich erfüllen, und in einzelnen Beziehungen ihrer Vermögensangelegenheiten, z. B. bei der Verwaltung des Hauses, nicht verkehrt handeln, gleichwohl kann sie infolge ihrer geistigen Erkrankung nicht imstande sein, ihre Angelegenheiten im allgemeinen, namentlich außerhalb der engen Grenze des häuslichen- und Familienlebens zu besorgen. b) **RG.** R. **07** 1526. Die Feststellung der Unfähigkeit des Kranken zur Besorgung aller seiner Angelegenheiten kann durch die Erwägung allein, daß nach dem Standpunkte der Wissenschaft die nur auf einem beschränkten Gebiete der Geistestätigkeit sich äußernde Erkrankung immer das Zeichen einer allgemeinen Geisteserkrankung sei, nicht gestützt werden. Ausschlaggebend kann sein, daß der Kranke in Verfolgung seiner Wahnideen bereits mit der staatlichen Rechtsordnung und ihren Organen in Konflikt gekommen und zu ferneren ihn notwendig schwer schädigenden Konflikten geneigt ist. Bei solcher Sachlage steht der Entmündigung nicht entgegen, daß der Kranke auf einzelnen Lebensgebieten, insbesondere in seinen Berufs- und Familienangelegenheiten, ein vernünftiges Verhalten betätigt

§§ 7 ff. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 678. Die Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes sind bloße Rechtshandlungen. Die §§ 7 ff. enthalten ius cogens. Der sog. Domizilwille, d. h. der Wille, an dem Orte dauernd zu bleiben, ist nicht der rechtsgeschäftliche Erfolgswille. Jener Wille muß sich in äußerem, entsprechenden Verhalten perfiziert haben. Die Normen der Geschäftsfähigkeit sind im § 8 nur zum Teil übertragen. Geschäftsunfähige sind hier im Gegensatz zu den §§ 104 ff. ganz gleichgestellt. Ferner ist nur der „Wille" des Vertreters entscheidend. Der § 111 Satz 1 ist also nicht angewandt.

§ 7. 1. Blase, FischersZ. **32** 158 ff. über den Begriff der Niederlassung und des Wohnsitzes: Die Niederlassung wird ipso iure zum Wohnsitz, sofern sie eine ständige ist, andererseits führt die Aufhebung der Niederlassung zugleich zur Aufhebung des Wohnsitzes, wenn der Wille besteht, sie dauernd aufzuheben. Abgesehen von dem Dauerwillen bei dem Wohnsitz gelten für die Niederlassung durchgängig die gleichen rechtlichen Erfordernisse wie beim Wohnsitze; beide müssen sich subjektiv wie objektiv auf die gesamten Lebensverhältnisse beziehen, was auch für die Frage der Aufhebung der Niederlassung von Bedeutung ist, weil die Niederlassung als solche aufhört, wenn ein rechtlich wesentliches Erfordernis für sie entfällt. Letzteres ist bei der Versetzung eines Beamten nach einem anderen Amtsorte der Fall, so daß die Veränderung des Dienstorts an sich auch zur Aufhebung der bisherigen Niederlassung führt (159).

2. BadOVG., BadRpr. **07** 146. Der Begründung eines ständigen Wohnsitzes steht die Absicht nicht im Wege, in späterer, unbestimmter Zeit möglicherweise wieder nach dem aufgegebenen früheren Wohnsitze zu ziehen.

§ 12. I. 1. Flater, DJZ. **07** 389 ff. Die Benennung von geschäftlichen Betrieben aller Art, ferner von Schiffen sowie die Bezeichnung von Waren mit dem Namen und Titel des Kaisers, des Landesherrn, der landesherrlichen Familie oder eines ihrer Mitglieder ist für zulässig zu erachten, jedoch mit der Einschränkung, daß der Namenträger auf Beseitigung der im Gebrauche seines Namens liegenden Beeinträchtigung klagen kann, wenn und soweit dadurch sein Interesse verletzt wird, und daß er, wenn weitere Beeinträchtigungen zu befürchten sind, auch auf Unterlassung des Gebrauchs klagen kann, denn ein unbefugter „Gebrauch" eines Namens liegt auch dann vor, wenn der Name zur Bezeichnung eines Geschäfts benutzt wird.

2. Fuld, GewRschutz **07** 339 meint, daß § 12 sich nicht auf Ordensbezeichnungen beziehe, ein jedes Mitglied des Ordens besitze in Ansehung der Ordensbezeichnung nicht einen mit derselben identischen „Namen".

3. Wach, FischersZ. **32** 34 ff. berichtet über einen Fall, in dem ein Adoptionsvertrag lediglich zum Zwecke der Namensübertragung abgeschlossen worden war. Da

der Erwerb des Familiennamens rechtlich nur als Folge bestimmter Ereignisse eintritt, welche eine Familienzugehörigkeit begründen, ein rechtsgültiger Adoptionsvertrag aber nicht zustande gekommen war, so ist die von den Vertragschließenden gewollte Namensübertragung nicht eingetreten. (Vgl. JDR. **2** u. **3** Ziff. 3 zu § 1741, **5** Ziff. IIb zu § 117.) Vgl. auch Hörle, ABürgR. **31** 171. Ein solcher Vertrag ist nichtig.

4. *Wiedemann, Ideale Vereine 455, 660. Das gleiche Recht auf den Namen steht auch dem rechtsfähigen Vereine des BGB. zu. (Vgl. o. Ziff. 2 vor § 21). So auch die herrschende Meinung (458). Schadensersatz kann nur wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung beansprucht werden und zwar nur für Vermögens-, nicht auch für ideellen Schaden (§§ 823, 253 BGB.).

5. Eine eingehende Darstellung des Rechts am Namen gibt Finger zu § 8 UnlWG. in der 2. Aufl. seines Kommentars 199—217.

6. Adelsprädikat. **a)** Eine Mitteilung aus dem Heroldsamt, AÖffR. **22** 1 ff. wendet sich gegen den Beschluß des KG. vom 21. November 1904 (JDR. **4** Ziff. II 3a), in dem das KG. — im Widerspruche zu seiner früheren Praxis, JDR. 2 Ziff. 3c — den Satz aufgestellt hat, daß zwar ein unmittelbarer Streit zwischen einem Adelsprätendenten und der vom Staatsoberhaupte mit der Bearbeitung der Adelssachen betrauten Behörde dem ordentlichen Rechtswege entzogen sei, daß aber sowohl der Strafrichter, wie der Prozeßrichter, wie der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei anderen Streitigkeiten das Recht und die Pflicht hätten, über das Bestehen des Adelsrechts, soweit dies als Vorfrage für die Entscheidung in Betracht komme, ebenso wie über sonstige Fragen des öffentlichen Rechtes allein zu entscheiden. Es wird unter Hinweis auf die großen Übelstände, zu denen die neuerliche Auffassung des KG. in der Praxis geführt habe (besonders bei verschiedenartiger Beurteilung derselben Frage durch mehrere Gerichte), dargelegt, daß das Bestehen der Adelsverhältnisse vom Gerichte nicht als ein Präjudizialpunkt eigener Beurteilung unterzogen werden dürfe, sondern daß es von den Gerichten auf Grund der Entscheidung der für die Adelsverhältnisse ausschließlich zuständigen Instanz lediglich feststellen sei. **b)** SächsOVG. **10** 241. Der Adel wurde nach gemeinem deutschen, wie nach sächsischem Rechte auch um die Wende des 18. Jahrhunderts nur durch eheliche Abstammung von einem adligen Vater erworben. **c)** Darüber, daß die Partikel „von" nicht ausschließlich Adelsprädikat ist, sondern auch den Bestandteil eines bürgerlichen Namens bilden kann, vgl. Entsch. des Sächs. Min. d J. vom 25. Mai 1907, FischersZ. **32** 330—334.

II. Einzelheiten aus der Praxis. 1. Gebrauch des Namens als Warenzeichen (JDR. **5** Ziff. II 6). **a)** R. **07** 444 (Cassel): § 12 findet nicht nur dann Anwendung, wenn jemand sich selbst einen Namen unberechtigt beilegt, sondern er greift auch dann Platz, wenn jemand Waren oder sonstige Sachen unbefugt mit dem Namen eines anderen belegt. Seine Anwendbarkeit versagt aber, wenn jemand die zutreffende Angabe macht, seine Ware oder Sache sei nach dem System einer anderen Person hergestellt. **b)** **RG.** R. **07** 966, BayRpflZ. **07** 433. Wird jemandem ohne jede Einschränkung die Herstellung und gewerbliche Verwertung eines unter einem bestimmten Namen, z. B. Blumesche Rhabarberpillen, in den Verkehr gebrachten Erzeugnisses überlassen, so liegt darin die Befugnis zu jeder überhaupt möglichen, auch künftigen gewerblichen Verwertung dieses Erzeugnisses, insonderheit auch die Berechtigung zur Eintragung eines entsprechenden Warenzeichens. Der Gebrauch des betreffenden Familiennamens im Warenzeichen ist infolgedessen kein unbefugter.

2. SächsRpflA. **07** 254 f. (Dresden). Die Söhne des Begründers des bekannten Berliner „Café Bauer" können nicht unter Berufung auf § 12 beanspruchen, daß der Inhaber des Leipziger „Café Bauer" die Führung einer den Bestandteil „Café Bauer" enthaltenden Firma unterläßt, weil aus tatsächlichen Gründen die Bezeich-

nung „Café Bauer“ in Leipzig nicht mehr als Name, sondern nur noch als Ortsbezeichnung in Frage kommt; es sei aber auch ein Interesse der Kläger nicht verletzt, da durch die Bezeichnung „Café Bauer“ im Publikum irrige Auffassungen, an deren Beseitigung die Kläger ein rechtlich zu schützendes Interesse hätten, nicht hervorgerufen werden.

3. Über die tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen ein schutzbedürftiges Interesse bei Verletzung des Namenrechts durch unbefugten Gebrauch einer Namensfirma anzunehmen ist, SeuffA. **62** 413 (Hamm).

4. OLG. **15** 302 (Celle) nimmt einen Verzicht auf den Anspruch des § 12 an in einem Falle, in dem der Kläger in die Taufe eines vorehelichen Kindes seiner Ehefrau auf seinen Namen gewilligt und während der Dauer von 24 Jahren diese Namensführung geduldet hat.

5. SeuffBl. **07** 678 (Stuttgart). Die Klage aus § 12 ist dann nicht begründet, wenn der Beklagte ohne sein Zutun im Verkehr mit einem fremden Namen bezeichnet wird, sich aber seinerseits selbst diesen Namen nicht beilegt.

6. LG. Darmstadt, HessRspr. **8** 73. Auch einem nicht rechtsfähigen Vereine kann ein Namensrecht zustehen.

7. Analoge Anwendung des § 12. **RG.** LZ. **07** 744. Ein bereits eingerichteter und ausgeübter Betrieb eines selbständigen Gewerbes ist ein Rechtsgut, dessen Verletzung negatorische Abwehr begründet; diese Unterlassungsklage stützt sich aber nicht auf die §§ 823, 824, sondern auf entsprechende Anwendung der §§.12, 862, 1004.

Anhang zu § 12. Andere Individualrechte.

I. Kunkel, BayRpflZ. **07** 287 untersucht, in welchem Umfange das Recht der Persönlichkeit zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. in der Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannt war. Er meint, daß ebenso wie § 12 nicht neues Recht geschaffen habe, so auch § 22 KunstschutzG. nur die bisher in der Rechtslehre anerkannten Grundsätze über das Recht am eigenen Bilde in formell gültiges Gesetzesrecht umgewandelt habe. Durch diese Bestimmungen aber werde das Anwendungsgebiet des Persönlichkeitsrechts nicht erschöpft. Über das Recht an Briefen 288/289. Über dichterische Behandlung einer Person und die hierin liegende Rechtsverletzung aaO. 314.

II. Das Wappenrecht (JDR. **3** Ziff. II des Anhanges). PrVerwBl. **28** 859 (LG. Essen). Das Recht auf das Wappen ist ein Personalrecht, dem der Schutz des § 12 zuteil werden muß; denn es erscheint angebracht, in entsprechender Auslegung die durch den § 12 erfolgte Begründung des Rechtes zum Gebrauch eines Namens auf den Gebrauch eines Wappens anzuwenden (Enneccerus-Lehmann, BGB. I 67). Die Klage der Gemeinde Hattingen gegen einen Gastwirt wegen unbefugten Gebrauchs des Stadtwappens an seinem Gasthause drang daraufhin durch. Vgl. insbesondere Simonis, JDR. **4** Ziff. II des Anhanges.

III. Titelrecht. Laband, DJZ. **07** 204: Aus den positiven, den Schutz des Rechts am Titel bezweckenden Bestimmungen des StGB. (§§ 32, 33, 360 Nr. 8) ist zu entnehmen, daß das Recht am Titel ein subjektives Recht ist, daß gegen Beeinträchtigungen seiner Ausübung rechtlich geschützt sein muß.

IV. Recht an Briefen. (JDR. **5** unter a u. b des Anhanges.) **a)** Burckas 70 ff. Das Persönlichkeitsrecht an Briefen wie auch an sonstigen Schriftstücken ist Gewohnheitsrecht. Die Gründe für die Annahme eines Gewohnheitsrechts sind dieselben, die s. Zt. vor dem BGB. für das Recht am eigenen Namen, und neuerdings auch für das Recht am eigenen Bilde angeführt werden. Das Urheberrecht schützt die persönliche Arbeit und Schöpfungstat, das Persönlichkeitsrecht, das am Briefe objektivierte und der Vertraulichkeit bedürftige Innenleben des Verfassers (73). Träger des Rechtes am Briefe ist wie beim Urheberrecht regelmäßig der Briefschreiber, nicht der, über dessen Innenleben berichtet wird, insbesondere nicht der

Briefempfänger. Dieser erwirbt auch kein Persönlichkeitsrecht durch das Sammeln der Briefe. Möglich ist ein gleichzeitiges Persönlichkeitsrecht mehrerer an einem Briefe (78). Das Persönlichkeitsrecht am Briefe ist, wie überhaupt Persönlichkeitsrechte, verzichtbar und in gewissem Umfang und unter gewissen Voraussetzungen übertragbar unter Lebenden und von Todes wegen. Einzelheiten sind hier mangels gesetzlicher Bestimmung und, was Deutschland angeht, auch mangels einer Praxis der Gerichte sehr zweifelhaft. Die Notwendigkeit, den Übergang des Persönlichkeitsrechts am Briefe auf den Erben anzuerkennen, ergibt sich bei rechtsanaloger Würdigung des berühmten Falles der rechtswidrigen Entnahme von Photographieen von der Leiche Bismarcks (82). Über die Dauer der Anerkennung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode des ursprünglichen Rechtsträgers und über die hierbei maßgebenden Gesichtspunkte vgl. Kohler, DJZ. **06** 55, und Mitteis, Gutachten 49, Wildhagen, Gutachten 140, 25. DJT. III 169. — Im Falle der Verletzung eines Persönlichkeitsrechts kann nur der Vermögensschaden, nicht der ideelle Schaden (Domagemoral), wie im französ. Recht, geltend gemacht werden (93, 94). **b**) Thür Bl. **54** 272 ff (Jena) erkennt ein subjektives Recht des Absenders an Briefen nicht an; es habe sich noch kein dahingehendes Gewohnheitsrecht gebildet. Auch könne in der Veröffentlichung eines Vertrauensbriefs nicht ein rechtswidriger Angriff auf die Persönlichkeit des Absenders erblickt werden, denn es werde ein allgemeiner Rechtssatz dahin, daß die Veröffentlichung von Briefen ohne Willen des Absenders nicht gestattet sei, nicht als selbstverständlich angenommen werden dürfen.

V. Schutz gegen Karikierung. Fuld, GewRschutz **07** 224 ff. Der Rechtsschutz gegen die Karikatur liegt nicht auf dem Gebiete des § 22 KunstschutzG., sondern auf demjenigen des Persönlichkeitsrechts, und er besteht insoweit schlechthin, ganz gleichgültig, ob die Karikatur eine Beleidigung enthält, oder nicht. — Der Schutz gegen die Karikatur ist nicht nur unter dem Standpunkte der Abwehr einer Antastung des Rechtes auf die Integrität der Ehre zu gewähren. Enthält die Karikatur auch eine Ehrverletzung, so liegt eine Rechts- bzw. eine Gesetzeskonkurrenz vor, aber der Schutz ist nicht von der Feststellung des ehrverletzenden Charakters abhängig. — Der Schutz gegen die Karikatur darf auch nicht unter dem Gesichtspunkte der Quasideliktsklage, also des Schutzes gegen eine unerlaubte Handlung betrachtet werden, so daß es auf die subjektive Voraussetzung der Quasideliktsklage, das Schuldmoment, in keiner Weise ankommt. Es genügt die objektive Tatsache der Antastung des Persönlichkeitsrechts, ob die Antastung eine vorsätzliche oder nur eine fahrlässige ist, ob der Vorsatz sich als eigentlicher oder nur als Eventualvorsatz kennzeichnet, ist für die Abwehrklage vollkommen ohne Bedeutung. Mit Rücksicht auf diesen Charakter des Schutzanspruchs kann der Einwand des Beklagten, daß die Zeichnung nicht geeignet sei, den Kläger lächerlich zu machen, nicht gehört werden. — Auch die der Zeitgeschichte angehörenden Persönlichkeiten können gegen die Karikatur Einspruch erheben, ebenso wie diejenigen, welche als Staffage einer Landschaft oder Örtlichkeit dienen. — Gegen die Karikatur kann nicht nur seitens der karikierten Persönlichkeit selbst eingeschritten werden, sondern auch seitens ihrer Hinterbliebenen. — Wenn der Kläger seinen Anspruch auf das Vorhandensein einer Karikatur stützt, Beklagter aber dies bestreitet, so liegt die Beweislast dem Kläger ob.

VI. Recht an Telegrammadressen. Wertheimer, GewRschutz **12** 348 ff. Das Recht zur Führung einer Telegrammadresse ist ein vertraglich garantiertes Individualrecht von unbestimmter Zeitdauer. Ist die Telegrammadresse des ersten Hinterlegers unter Benutzung seines Namens oder seiner eingetragenen Firma gebildet, so bietet § 12 BGB. und § 37 HGB. Schutz gegen unberechtigten Gebrauch derselben durch einen Dritten (351).

§ 16. *Weyl, Zum Begriff „See" im deutschen Reichsrecht, Kieler Festgabe zum 28. DJT. 109 ff. „Seefahrt"— und ebenso „Seereise" im § 2251 — liegt

nicht vor, wenn sich das Schiff (noch oder bereits wieder) in einem Zugangsgewässer zur See befindet, sondern nur, wenn es auf offener (hoher) See ist; anderenfalls käme die Gefahrverschollenheit des § 17 in Frage. (AM. Mot. und Planck.)

Zweiter Titel. Juristische Personen.

Vorbemerkung: Mit der Konstruktion der juristischen Person beschäftigt sich eingehend Binder (s. unten), im Grundgedanken sich der Hölderschen Auffassung vom Wesen der juristischen Person nähernd. Diese verteidigt ihr Urheber im ArchÖffR. gegen O. Mayer. Die Arbeit Neubeckers (s. unten) ist 1900/01 als Habilitationsschrift entstanden und behandelt in dem erschienenen ersten Teil ganz allgemein ohne näheres Eingehen auf das BGB. die Grundbegriffe und die geschichtliche Entwickelung. Die Bedeutung der drei erwähnten Arbeiten liegt wesentlich auf theoretischem Gebiet; im Jahrbuche konnten sie nur kurz gestreift werden. — Eingehend mit den idealen Vereinen befaßt sich Wiedemann (s. unten) — Daneben hat das Sammelvermögen in Fischbach, König, Lutter, Storck, Zöllner eine stattliche Zahl von Bearbeitern gefunden. — Von der Staatsangehörigkeit der juristischen Personen handelt Ernst Isay.

Praktisch im Vordergrunde steht die Frage nach der Haftung der Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins. **RG. 63** 63 ist mehrfach besprochen worden; von Danz zustimmend, von Lenel, Rümelin ablehnend (s. § 54 Note 3). Die daselbst mitgeteilte Entscheidung des RG. bleibt der früheren Stellungnahme treu. — Wichtig sind auch die zu § 67 mitgeteilten Entscheidungen des KG., daß die Anmeldepflicht den Vorstandsmitgliedern als solchen, und zwar sämtlichen Mitgliedern auch bei gegenteiliger Bestimmung des Statuts obliegt, und daß sie sich vertreten lassen können; sowie die Entscheidung des BayObLG. zu § 27, ob der Vorsitzende Vereinsmitglied sein muß.

Im übrigen ist noch hinzuweisen auf die Aufsätze von Gierke (bei § 58) und Samulon (bei § 89), sowie die Schrift von Weyl (bei § 89). — Das hierunter mitgenannte Buch von Thorndike entwickelt die Lage der Frage nach der Rechtsfähigkeit der deutschen Arbeiterberufsvereine aus einer geschichtlichen Betrachtung „der es bildenden wirtschaftlichen, rechtlichen und politischen Zusammenhänge." Die privatrechtlichen Ausführungen, (72 ff.), bringen nichts Neues zur Auslegung des BGB.

Literatur: Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit. Leipzig 1907. — Boyens, Erwerbsbeschränkungen juristischer Personen. Berlin 1907. — Fuld, Haftpflicht der Berufsvereine, R. **07** 364 ff. — Hölder, Amt, Selbstverwaltung und juristische Person, AÖffR. **21** 308 ff. — Isay, Ernst, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. Tübingen 1907. — Müller, Die Rechtsformen der Kartelle. Stuttgart 1907. (Diss.) — Thorndike, Zur Rechtsfähigkeit der deutschen Arbeiterberufsvereine. Tübingen 1908. — Weyl, Der Fiskus im gegenwärtigen deutschen Privatrecht in der Kieler Festgabe f. Hänel, Kiel-Leipzig 1907, 85—125. — Sammelunternehmen: Fischbach, Das Sammelvermögen. Straßburg i/E. 1907. — König, Die öffentliche Sammlung von Vermögen für einen vorübergehenden Zweck. Halle 1907. — Lutter, Das Sammelunternehmen. Leipzig 1907. (Diss.) — Storck, Öffentliche Sammlungen zu vorübergehenden Zwecken. Berlin 1907 — Zöllner, Zum Begriffe der Sammlung in straf- und zivilrechtlicher Hinsicht, SeuffBl **07** 717.

1. Allgemeines. Das Wesen der juristischen Person. **a)** Vgl. JDR. **1** Note 1—3, **2** Note 1, 2, **3** Note 1 ff., **4** Note 1 zum 2. Titel. **b)** Binder aaO. 144. Wie die Person kein Ding der Erscheinungswelt, sondern eine Denkform ist, so ist es auch die juristische Person. Es handelt sich um ein Bild, in dem wir einen Inbegriff der verschiedensten Relationen zusammenfassen, und dessen wesentlichen Inhalt wir daher auch nur dadurch ermitteln können, daß wir durch Analyse des in ihm konzentrierten Vorstellungsgehalts diese einzelne Relation wieder zu gewinnen suchen. Daß sie dies verkannten, darin liegt der Fehler aller vorhölderschen Theorien der juristischen Person. Die hier vertretene Theorie hat mit der Hölderschen sehr vieles gemein, unterscheidet sich aber von ihr im Ausgangspunkte, denn sie beruht

nicht auf dem Hölderschen Gedanken, daß die juristische Persönlichkeit des Menschen notwendig ebenso relativ sein muß, wie seine physische Persönlichkeit, sondern auf der Idee, daß die Persönlichkeit als Rechtsbegriff nach dem Wesen des Rechtes bestimmt und deshalb relativ sein muß; sie geht nicht vom Menschen, sondern vom Rechte aus. **c)** Hölder aaO. enthält eine Auseinandersetzung über O. Mayers Besprechung des Hölderschen Werkes „über natürliche und juristische Personen" (AÖffR. **20** 590), insbesondere eine Rechtfertigung des Begriffs „Gebiet amtlicher Macht" für die Stiftung, die nicht im individuellen Interesse ihrer Mitglieder bestehenden Vereine und die juristischen Personen des öffentlichen Rechtes. **d)** *Martin, Schiffsgläubigerschaft am eigenen Schiff? 1907. (Diss.) Die sog. „juristische Person" ist nichts als eine vom Recht beliebte Fiktion mit dem alleinigen Zwecke, ein den tatsächlichen Verhältnissen gerecht werdendes juristisches Bild zu gewinnen. In der Zusammenfassung einer Mehrheit physischer Personen zu einer juristischen Einheit ist zwar der älteste, keineswegs aber der einzige Fall gegeben, wo sich die Rechtswissenschaft genötigt sieht, um den Bedürfnissen des Verkehrs gerecht zu werden, zur Fiktion der Rechtspersönlichkeit, als der uns geläufigsten Vorstellungsform zu greifen.

2. Umfang und Bedeutung der juristischen Persönlichkeit. **a)** JDR. **1** Note 5, **2** Note 3, **4** Note 2, 3 zum 2. Titel. **b)** Juristische Personen als Konkursverwalter. RheinA. **104** 161, RheinARB. **25** 96 (Cöln). Eine juristische Person kann nicht zum Konkursverwalter bestellt werden; aus der Stellung, die die KO. dem Verwalter gibt, folgt, daß nur eine natürliche Person fähig zu diesem Amte ist; nur ein solche ist auch mit dem in gewissem Sinne öffentlichen Charakter des Konkursverwalters vereinbar. **c)** Juristische Personen als Träger der Stempelpflicht **RG. 66** 32, JW. **07** 396[19]. Für den Bereich des RStempG. und des PrStempelrechts ist nicht zu bezweifeln, daß nicht nur physische, sondern auch juristische Personen Träger der Stempelpflicht sind. **d)** Juristische Personen als Gewerbetreibende. FischersZ. **32** 118, PrVerwBl. **28** 107 (PrOVG.). Es ist nicht zu bezweifeln, daß der Betrieb solcher Gewerbe, die an eine behördliche Genehmigung nicht gebunden sind, auch von juristischen Personen, Gesellschaften, Vereinen usw. aufgenommen werden darf. Wollte man gleichwohl nicht anerkennen, daß die Untersagung des Gewerbebetriebes, wenn sie gesetzlich wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden zugelassen worden ist, gegen die juristischen Personen usw. auszusprechen ist, dann käme man zu dem unannehmbaren Ergebnisse, daß die Untersagung gegenüber juristischen Personen, weil bei ihnen physische Personen als Träger von Rechten und Pflichten nicht in Betracht kommen, unausführbar wäre. Von der Zulässigkeit der Untersagung geht u. a. das PrivVersUntG. aus. Auf gleichem Standpunkt auch GmbHG. (§ 62). **e)** Staatsangehörigkeit juristischer Personen. *Isay aaO. Unter Staatsangehörigkeit juristischer Personen ist einmal eine Beziehung der juristischen Person zum Staate zu verstehen, deren Begriffsmerkmale mit denen der Staatsangehörigkeit physischer Personen übereinstimmen („echte Staatsangehörigkeit"), sodann eine Eigenschaft, welche nicht dieselben Begriffsmerkmale aufweist, wie die Staatsangehörigkeit physischer Personen, aber Tatbestandsmerkmal einer Reihe bedeutsamer Wirkungen der Staatsangehörigkeit physischer Personen (auf dem Gebiete des Privat-, Prozeß-, internationalen Privatrechts usw.) ist („unechte Staatsangehörigkeit". (8 ff.) Staatsangehörigkeit ist volle Mitgliedschaft im Staate (Gegensatz: beschränkte Staatsmitgliedschaft der im Inlande befindlichen Ausländer, welche subditi temporanei genannt werden) (20 ff.). Die juristischen Personen sind der (echten und unechten) Staatsangehörigkeit fähig. Sie sind der staatlichen Macht (Gesetzen, Gerichtshoheit, Steuerhoheit usw.) unterworfen, nehmen teil an den Wohltaten des staatlichen Gemeinwesens (Anspruch auf Rechtsschutz und

Verwaltungstätigkeit, Schutz durch Strafrechtspflege, Wohlfahrtspolizei usw.). Sie sind ferner unter gewissen Voraussetzungen wie die Inländer von der den Ausländern meist obliegenden Sicherheitsleistung wegen der Prozeßkosten befreit, werden in international-privatrechtlicher Hinsicht als Inländer behandelt, haben ein Recht auf Schutz im Auslande, vereinzelt sogar Wahlrechte (51 ff.). Nach dem positiven Rechte aller Staaten ist die Fähigkeit juristischer Personen zur Staatsangehörigkeit zu bejahen (165 ff., 214 ff.). Hinsichtlich der Voraussetzungen der Staatsangehörigkeit ist folgendes zu bemerken: Aus völkerrechtlichen Normen läßt sich der Satz ableiten, daß nur derjenige Staat Macht über die juristischen Personen in Anspruch nehmen darf, in dessen Gebiet ihr faktischer Sitz gelegen ist. Da aber die staatliche Macht eines der wesentlichsten Begriffsmerkmale der Staatsangehörigkeit ist, so kann ein Staat, will er nicht seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen zuwiderhandeln, nur die in seinem Gebiete domizilierten juristischen Personen als Staatsangehörige betrachten. Somit beurteilt sich die Staatsangehörigkeit juristischer Personen nach der Lage ihres faktischen (nicht bloß statutarischen) Sitzes (d. h. Verwaltungsmittelpunkts) in dem Gebiet eines bestimmten Staates, gleichgültig, welchem Staate ihre Mitglieder angehören, oder in welchem sie ihre Geschäfte betreiben (74 ff.). Diesem Prinzipe folgen sämtliche Rechtsordnungen mit Ausnahme des spanischen, portugiesischen und argentinischen Rechtes. Insbesondere hat nach deutschem Rechte, wie auch vom Reichsgerichte mehrfach anerkannt, eine juristische Person dann als inländische zu gelten, wenn sie in Deutschland faktisch (nicht bloß gemäß der den Tatsachen widersprechenden Festsetzung der Statuten) domiziliert ist.

3. Sammelvermögen. a) Vgl. JDR. **1** Note 4 zum 2. Titel, § 1914 Note 1 b, **2** Note 4 zum 2. Titel, § 54 Note 2, § 1914 Note 2, **3** Note 4 zum 2. Titel, § 54 Note 2, § 1914, **4** Note 5, **5** Note 2, § 1914. **b)** Binder aaO. 140 handelt von der rechtlichen Natur des Sammelvermögens. „Wenn wir uns von der Vorstellung frei gemacht haben, daß die den Inhalt der subjektiven Vermögensrechte (des sogenannten Privatrechts) bildenden Machtbefugnisse nur als private denkbar sind, dann verschwindet die Notwendigkeit, den Hintermann zu suchen, der hinter dem amtlich zuständigen Ausschusse steht. Es handelt sich um Rechte des Ausschusses, nicht um Rechte der Beitragenden, aber nicht um private, sondern um amtliche Rechte. Diese Auffassung ermöglicht es, das Problem des Sammelvermögens zu lösen, ohne nach einem besonderen Rechtssatze zu suchen, der dasselbe betrifft. Es entspricht nicht dem geltenden Rechte, daß amtliche Rechte die private Zuständigkeit des Rechtes an eine Person voraussetzen. Diese Auffassung ermöglicht aber auch ein Ergebnis, das der Interpretation des Sammelgeschäftes entspricht: Die Beitragenden wollen eine unbedingte Rechtsaufgabe, sowie die Übertragung der Beiträge in die nicht private, sondern amtliche Rechtssphäre des Komitees." **c)** Fischbach aaO. Das Sammelunternehmen ist eine Veranstaltung, bei welcher mehrere Personen, ohne zueinander in ein Vertrags- oder Vereinsverhältnis zu treten, in der Absicht, nicht ihre eigenen materiellen Interessen zu fördern, sondern ihren idealen oder sozialen Sinn zu betätigen, mit Rücksicht auf einen bestimmten, vorher kundgegebenen, erlaubten, vorübergehenden Zweck bewußt gemeinschaftlich in der Hand des Sammelorgans Beiträge vereinigen, damit dieses vermittels des so zustande gekommenen Sammelvermögens den Sammelzweck verwirkliche. — Der Spender bleibt Eigentümer seiner Spende bis zur Durchführung des Sammelzwecks; wird das Geld mehrerer Spender durch den Sammler vermischt, so werden diese Miteigentümer nach Quoten (84); der Sammler hat an dem Sammelvermögen ein begrenztes dingliches Recht, unvererblich, unübertragbar und unpfändbar, das ausgeübt werden kann nur zur Verwirklichung des Sammelzwecks; vergleichbar dem gesetzlichen Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Ehemanns oder des elterlichen Gewalthabers (85). Der nach § 1914 zur Verwaltung des Sammel-

vermögens berufene Sammler besitzt ein absolutes Recht, in dessen Ausübung ihn nicht einmal der Spender, obwohl Eigentümer, stören darf; sein Recht kommt zur Entstehung mit der Tradition der Spende und erlischt mit der Erreichung des Sammelzwecks; dem Spendungsgeschäfte liegt eine eigenartige, auf dem Gebiete der Liberalität liegende causa, die Spendungskausa zugrunde (88). Die rechtlichen Verhältnisse gestalten sich noch gesondert, wenn der Spender nicht alsbald die Spende übergibt, sondern sich zunächst nur vertraglich zur Hingabe einer Spende verpflichtet. Darüber s. 91 ff., über Beitragszuwendungen von Todes wegen s. 94 ff. **d)** *König aaO. Das Sammelvermögen ist kein Rechtssubjekt, auch nicht analog zu behandeln. Vgl. unter § 1914. **e)** *Storck aaO. Das Spendungsgeschäft für Sammelunternehmen zu dauernden Zwecken unterliegt den Formvorschriften der §§ 80, 81. **f)** Zöllner aaO. Sammlung i. S. des BGB., StGB. usw. ist das Zusammenbringen von Beiträgen zu einem außerhalb der Person des Veranstalters liegenden Zwecke, wobei der Geber sich im Hinblick auf diesen Zweck zu einem Aufwande bestimmen läßt, den er anderenfalls nicht gemacht hätte. Zu unterscheiden sind öffentliche und private, Wohltätigkeits- und Kultussammlungen. Eine allgemein gültige Antwort auf die Frage nach dem Eigentümer am Sammelfonds wird sich überhaupt nicht geben lassen; es kommt dabei auf den Parteiwillen an; auch die Einteilung nach dem Zwecke (Bekker) genügt nicht. Rechtlich denkbar ist als Regelfall ein Gesamthandsverhältnis unter den Spendern, oder fiduziarisches Eigentum der Sammler; letztere Konstruktion entspricht am meisten den tatsächlichen Verhältnissen. Eine bestimmungswidrige Verfügung des Treuhänders ist nicht wirksam. Im Konkurs des Sammlers besteht ein Aussonderungsrecht für die Anvertrauenden; mit dem Tode des Sammlers treten seine Erben an seine Stelle; sein Tod allein gibt genügenden Anlaß zur Bestellung eines Pflegers aus § 1914 nicht. — Ein Sammelkomitee bildet eine Gesellschaft nach §§ 705 ff. BGB.; der Sammelfonds ist Gesellschaftsvermögen. **g)** Aus der Praxis. HansGZ. **07** Beibl. 62 (Hamburg). Das Charakteristische aller stiftungsähnlichen Gebilde ist darin zu sehen, daß eine bindende Satzungsnorm hergestellt ist.

4. Juristische Persönlichkeit kommt zu: **a)** öffentlichen Gymnasien. **RG.** JW. **06** 427, PucheltsZ. **38** 247, RheinA. **103** II 269. Juristische Persönlichkeit kommt ohne weiteres den öffentlichen Gymnasien im Geltungsbereiche des ALR. zu, nicht aber auch im rheinischen Rechtsgebiete. **b)** Pfälzischen Bergwerksgesellschaften. BayObLG. **7** 516 (BayObLG.). Für die Frage der Rechtsfähigkeit der vor dem Inkrafttreten des BayBergG. von 1869 in der Pfalz entstandenen Bergwerksgesellschaften sind die Vorschriften maßgebend, die vor diesem Zeitpunkte gegolten haben. Danach ist die juristische Persönlichkeit solcher Gesellschaften, wenigstens soweit sie körperschaftliche Verfassung haben, anzuerkennen. **c)** Niederländischen Gemeinden. FrankfRundsch. **41** 113 (LG. Frankfurt). Die Niederländische Gemeinde Augsburg. Konfession in F. ist ein noch zur Zeit der freien Reichsstadt F. obrigkeitlich anerkannter mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteter Verein, auf den nach Art. 82, 163 EGBGB. das BGB. nur soweit Anwendung findet, als nicht das Landesrecht besondere Vorschriften aufstellt. Soweit die Satzung zu entscheiden hat, steht ihr das Herkommen gleich. So bezüglich der Voraussetzungen für die Abgabe rechtsverbindlicher Erklärungen. Dieses bindet auch den Grundbuchrichter.

5. Übergangsfrage. SchlHolstAnz. **06** 321. Eine vor 1900 begründete und nach altem Rechte mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Korporation (Amtssparkasse), der auf Grund des neuen Rechtes die Rechtsfähigkeit verliehen ist, ist dadurch kein neues Rechtssubjekt geworden. Der unter der neuen Form auftretende rechtsfähige Verein kann daher ohne weiteres alle Ansprüche geltend machen, die der alten Korporation zugestanden haben.

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

Literatur: Gerstlauer, Zum bayrischen Vereinsrechte. BayRpflZ. **07** 322. — Wiedemann, Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen. Die Voraussetzungen und Rechtswirkungen der Eintragung in Deutschland und der Schweiz. (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft). Zürich 1908.

Vorbemerkungen. 1. Begriff des Vereins; Verhältnis des rechtsfähigen zu dem nicht rechtsfähigen. **a)** Binder (s. oben) 95 ff. Vereine sind die Personenverbände, die, weil sie auf eine unbeschränkte und wechselnde Zahl von Mitgliedern angelegt sind, einer körperschaftlichen Organisation bedürfen, um tätig werden zu können. Der rechtsfähige Verein unterscheidet sich nicht begrifflich, sondern nur in formeller, rein technischer Beziehung von dem nicht rechtsfähigen. Auch der rechtsfähige Verein ist nichts anderes, als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Die ihm zustehende rechtliche Macht ist eine Macht seiner Mitglieder, und was an ihr als Besonderheit anzuerkennen ist, das teilt der rechtsfähige mit dem nicht rechtsfähigen Vereine: daß nämlich diese Macht abweichend von den primitiveren Gesamtverhältnissen, durch einen besonderen Apparat, die körperschaftliche Organisation, ausgeübt wird (106). Beide Arten unterscheiden sich positivrechtlich in der grundbuchrechtlichen Behandlung, der prozeßrechtlichen Stellung, der rechtlichen Stellung des Vorstandes, in bezug auf die Schuldenhaftung, das Schicksal des Vermögens bei Auflösung und die Deliktshaftung (114). **b)** Neubecker aaO. Verein im weitesten Sinne ist eine Verbindung mehrerer Menschen, welche einen gemeinschaftlichen Zweck in bewußter Beziehung aufeinander freiwillig verfolgen; er charakterisiert sich nach dem verbindenden Zwecke, der Art, wie dessen Erreichung erstrebt wird und nach den verbundenen Elementen. **c)** *Wiedemann aaO. Ein Verein ist gegeben, wo eine (offene oder geschlossene, 365/66) Mehrzahl von (physischen oder juristischen, 331/32) Personen eine vertragliche Vereinigung mit mehr oder minder ausgebildeter Organisation zu gemeinsamer Verwirklichung oder Förderung eines bestimmten, nicht ganz vorübergehenden Zweckes eingegangen ist (121). Der rechtsfähige Verein des BGB. ist eine reale Gesamtperson. Der Eintragung kommt dabei lediglich die Bedeutung der vom objektiven Rechte vorgesehenen Form zu, in welcher die Einzelnen ihren Willen, einen rechtsfähigen Verein zu schaffen, rechtserheblich zum Ausdrucke zu bringen haben. Sie ist conditio sine qua non für den Eintritt der Rechtssubjektivität, nicht aber causa efficiens (448 ff.). **d)** *Storck aaO. 36 ff. Der Unterschied zwischen der Gründung des rechtsfähigen und nicht rechtsfähigen Vereins ist nicht materieller, sondern formeller Natur. Die förmlichen Zwecksatzungen stehen den formlosen gegenüber. — Alle Vorschriften, die zunächst für den nicht rechtsfähigen Verein gelten, gelten für alle formlosen Zwecksatzungen, so auch für die Willenserklärungen der Spender zu einem öffentlichen Sammelunternehmen. — Der Unterschied zwischen rechtsfähigem und nicht rechtsfähigem Verein stellt sich praktisch so: Während im rechtsfähigen Vereine die Mehrheit die Minderheit terrorisieren kann, ist eine Herrschaft der Mehrheit über die Minderheit beim nicht rechtsfähigen Vereine ausgeschlossen, da jede Änderung in den Vereinsbestrebungen am Widerspruche der geringsten Minderheit scheitert (38).

2. Inhalt der Persönlichkeit des Vereins. *Wiedemann aaO. Die Rechtsfähigkeit der Vereine geht insofern über die Vermögensfähigkeit hinaus, als der Verein auch Zeichen-, Urheber- und Erfinderrechte, Gewerberechte und Persönlichkeitsrechte haben kann. Der eingetragene, bzw. konzessionierte Verein hat das Recht auf den Vereinsnamen im Umfange des § 12 BGB. (550). Ferner besitzt er Handlungsfähigkeit (Geschäfts-, Delikts- und Prozeßfähigkeit) (455).

3. Bayrische Vereine. Gerstlauer aaO. Die anerkannten Vereine alten Rechts gelten seit dem 1. 1. 00 als eingetragene Vereine des BGB.; auf die privilegierten kommen dagegen nur die §§ 25—53, nicht auch die §§ 55—79 zur Anwendung.

§ 21. 1. Begriff des Idealvereins. **a)** *Wiedemann aaO. Hierher gehören alle Vereine, welche die ausschließliche Befriedigung von egoistisch-geistigen, und bzw. oder altruistischen Bedürfnissen ihrer Mitglieder, oder aber neben der Befriedigung dieser immateriellen noch die Befriedigung materieller Bedürfnisse Dritter oder ihrer Mitglieder verfolgen (268). Wo sie im Dienste solcher Zweckverfolgung eine wirtschaftliche Tätigkeit entwickeln, darf sich diese nicht zu einem wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe verdichten. Hält sich die wirtschaftliche Betätigung in diesen Schranken, so besteht die unwiderlegliche Präsumtion, daß die materielle Bevorteilung der Mitglieder stets nur Mittel zur rationellen Befriedigung der geistigen Bedürfnisse der Vereinsmitglieder sei. Allein auch derjenige Verein gehört zu den eintragungsfähigen, welcher einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb lediglich als Mittel zur Verfolgung seiner idealen Zwecke hat (273, 278, 271), was anzunehmen ist, wenn er den etwaigen wirtschaftlichen Vorteil bestimmungsgemäß ausschließlich Dritten zuwendet, oder nur immaterielle oder gleichzeitig immaterielle und solche altruistische Bedürfnisse seiner Mitglieder befriedigen will, die der Befriedigung von materiellen Bedürfnissen der Dritten dienen. — Das Erfordernis der idealen Zweckverfolgung hat nur den Wert einer legalwesentlichen, nicht einer begriffswesentlichen Eintragungsvoraussetzung (735 ff.). Dies resultiert insbes. aus § 43 Abs. 2 BGB. So auch Ehrenberg 276. Über die Folgen ihrer Mißachtung vgl. § 55. — Der Verein erlangt Rechtsfähigkeit sowohl den Mitgliedern, wie Dritten gegenüber erst mit der Eintragung. Nach erfolgter Eintragung ist er jedermann, auch demjenigen Dritten gegenüber rechtsfähig, welcher den Beweis erbringt, daß ihm die Rechtsfähigkeit ohne sein Verschulden unbekannt geblieben ist (635). Maßgebender Zeitpunkt ist die Eintragung als solche. Die Veröffentlichung ist für die Erlangung der Rechtsfähigkeit unerheblich. Im Falle einer Divergenz zwischen Eintragung und Veröffentlichung ist auf die Eintragung abzustellen (453 ff., 717). **b)** *Königsberger, Die berufliche Auskunfterteilung (Stuttgart 1907) 23. Wirtschaftsverein ist ein Verein, der regelmäßig und in erster Linie Betätigungen in eigener Unternehmung entfaltet, die mit dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe wirtschaftlicher Güter von selbständigen Wirtschaftssubjekten verbunden sind und mittels deren er die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile oder die Abwendung wirtschaftlicher Nachteile für sich oder seine Mitglieder erstrebt (vgl. Oppenheimer, JheringsJ. **47** 180). — Die Auskunftsvereine, insbes. die Vereine Kreditreform, sind nichtwirtschaftliche Vereine und daher eintragungsfähig (26). **c)** Aus der Praxis. α. OLG. **14** 6 (Hamburg). Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb liegt vor, wenn der Betrieb nach normal wirtschaftlichen Grundsätzen eingerichtet, also auf Gewinnung von Vorteilen für den Unternehmer angelegt ist. Gleichgültig ist, ob die Vorteile in positivem Gewinn oder der Ersparnis von Ausgaben bestehen, ob der Gewinn dem Verein oder seinen Mitgliedern zufällt; unerheblich ist, wie und zu welchen Zwecken (z. B. Wohltätigkeit) er verwendet wird. — Die Erzielung des Gewinns muß aber Zweck des Vereins sein. Dies ist auch dann der Fall, wenn er im Verhältnisse zu einem anderen Zwecke des Vereins nur als Mittel erscheint. Es muß allerdings dann dies Mittel selbst von solcher Bedeutung sein, daß es zum Wesen des Vereins gehört, nicht bloß als das zur Zeit Beste gewollt ist, sondern als etwas, das dem Verein seine Eigenart gibt. β. OLG. **15** 323 (Hamburg). Der Unternehmer einer Schule kann unter Umständen einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bezwecken, so wenn er (hier der Verein „Höhere isralitische Töchterschule") Schulgelder erhebt, aus ihnen Lehrer bezahlt und deren Ruhegehalte bestreitet. Vorliegend ist dies jedoch nicht Zweck, sondern nur Mittel zum Zwecke des Vereins, welcher nicht einen Umsatz von Gütern oder Werten bezweckt, sondern auf Erteilung von Unterricht gerichtet ist. γ. PosMSchr. **07** 63 (LG. Tilsit). Ein Arbeitgeberverband, dessen Zweck die Abwendung wirtschaftlicher Nachteile von seinen Mitgliedern, insbesondere gegenüber unberechtigten Ansprüchen und Streiks

von seiten der Arbeitnehmer ist, kann eingetragen werden. Ein wirtschaftlicher Verein setzt einen eigenen Geschäftsbetrieb und eine auf Produktion oder Umsatz von Gütern gerichtete fortgesetzte eigene wirtschaftliche Tätigkeit voraus. An beiden fehlt es hier. d. Vereine und PrivVUntG. SchlHolstAnz. **07** 14 (Kiel). Eintragungsfähig ist eine Sterbekasse, die ihren Mitgliedern Unterstützungen ohne Rechtsanspruch auf sie zu gewähren bezweckt; sie fällt nicht unter das PrivVUntG.

2. Über Bedeutung und Wirkung der Eintragung s. Wiedemann Note zu § 55.

§ 22. 1. Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb. *Wiedemann aaO. Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb liegt immer vor, wenn der Verein ein Gewerbe (qualifiziertes Geschäft) betreibt. Ein solcher Betrieb ist auch da anzunehmen, wo der für den Verein als solchen bezweckte über die Deckung der Selbstkosten hinausgehende wirtschaftliche Vorteil für Dritte, d. h. Nichtvereinsmitglieder, eine dauernde Einnahmequelle bilden soll (259). Wenn ein Verein ein Unternehmen betreibt, welches zwar hinsichtlich der objektiven Merkmale sich mit dem Gewerbe deckt, indessen subjektiv der Gewinnabsicht entbehrt, so gehört er zu den wirtschaftlichen Vereinen des § 22, wenn der von ihm bezweckte Vorteil (264 f.) seinen ausschließlichen Zweck ausmacht, oder wenn er mit einem idealen Zwecke konkurriert (Vereine mit Doppelzweck), wobei es kein Unterschied ausmacht, ob sich die beiden Zwecke wie Haupt- und Nebenzweck oder wie gleichwertige Zwecke zueinander verhalten; denn überall, wo eine Befriedigung materiell-egoistischer Bedürfnisse der Mitglieder mittels des durch den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erzeugten Produktes vom Vereine beabsichtigt wird, besteht (286) eine unwiderlegliche Präsumtion für die wirtschaftliche Zweckverfolgung des Vereins (256, 283). Der wirtschaftliche Nutzen, der den Mitgliedern zufließt, ist dabei stets absolut zu berechnen (290).

2. Rechtliche Bedeutung der Verleihung. **a)** Vgl. JDR. 5 zu § 22. **b)** *Wiedemann aaO. Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, der aber doch staatlich konzessioniert wird, wird trotz dieses Mangels rechtsfähig (229). Wird hernach der ideale Charakter seines Zweckes durch Gerichtsurteil festgestellt, so verliert er die durch den Konzessionsakt erworbene Rechtsfähigkeit (241).

3. *Derselbe. Die besonderen reichsgesetzlichen Vorschriften, betreffend die Kranken- und Hilfskassen, die Berufsgenossenschaften für Unfallversicherung, die gewerblichen Innungen, fallen nicht unter die durch diesen Paragraphen Vorbehaltenen. Die Vorschriften des BGB. finden auf diese Verbände deshalb keine Anwendung, weil diese als juristische Personen des öffentlichen Rechtes vorbehaltlich des § 89 von den Bestimmungen des BGB. ausgenommen sind. AM. Planck 78, Fischer-Henle 13, zum Teil auch Rehbein 37 (144). S. auch § 89.

§ 23. 1. Über das Verhältnis zwischen § 23 und Art. 10 EGBGB. vgl. Isay zu Art. 10 EG.

2. *Wiedemann aaO. Hierher gehören auch alle idealen und wirtschaftlichen Vereine, welche ihren Sitz in einem deutschen Schutzgebiet oder Konsulargerichtsbezirk haben (387); dagegen nicht solche, welche in einem auch völkerrechtlich von Deutschland getrennten Gebiete, im Auslande, domiziliert sind. Für die rechtliche Stellung der letzten Gruppe macht Art. 10 EGBGB. Regel, auch dann, wenn die Mitglieder solcher Vereine nur Deutsche sind. AM. v. Staudinger-Wagner 22, Planck 81 (389). Wo für die Erlangung der Rechtsfähigkeit eines Vereins besondere reichsgesetzliche Vorschriften bestehen, verstößt seine Eintragung gegen eine begriffswesentliche Eintragungsvoraussetzung (734). Über die Folgen einer solchen Eintragung vgl. § 55 BGB.

§ 24. *Wiedemann aaO. Als Vereinssitz gilt schlechthin der von der Satzung als solcher bezeichnete; die Berücksichtigung tatsächlich abweichender Verhältnisse ist nicht angängig (383). Fehlt eine solche Satzungsbestimmung, so ist der Vereinsitz auch dann an dem Orte, an welchem die Verwaltung geführt wird, wenn die Zwecktätigkeit des Vereins an einem vom Orte der Vereinsvermögensverwaltung verschiedenen Orte entwickelt wird (385).

§ 26. 1. Stellung des Vorstands. *Wiedemann aaO. Vorstand ist dasjenige satzungsmäßige Organ, welchem die laufende Verwaltung und die Vertretung des Vereins zusteht. Dies gilt in allen Fällen, in welchen das BGB. vom Vorstande spricht, insbes. auch in den §§ 28, 59, 64. So v. Staudinger-Löwenfeld 145/46, Rospatt, DJZ. **00** 457. AM. Planck 84, W. Lehmann 527, v. Bülow 34, Hölder 140 (373). Der Vorstand des rechtsfähigen Vereins ist Organ und nicht Stellvertreter kraft Gesetzes; die von ihm vorgenommenen Handlungen gelten nicht nur hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen, sondern auch hinsichtlich der Vornahme als solche des Vereins (561). Seine Vertretungsbefugnis reicht soweit, wie die Zwecke des Vereins reichen (559). Sind alle Vorstandsmitglieder ungültig bestellt oder unzurechnungsfähig in zivilistischem Sinne, so fehlt der Vorstand; gegenteils ist er vorhanden, sobald eines der Vorstandsmitglieder gültig bestellt, bzw. zurechnungsfähig ist (734 f.). Das Erfordernis des Vorstands als solchen ist eine begriffswesentliche Eintragungsvoraussetzung. Wo nicht alle Vorstandsmitglieder, sondern z. B. nur die vertretungsbefugten bei der Anmeldung mitwirken, wird die Eintragung unter Verletzung einer legalwesentlichen Eintragungsvoraussetzung vorgenommen. Über die verschiedenen Folgen der Mißachtung dieser beiden Arten von Eintragungsvoraussetzungen vgl. § 55 BGB. (734). Über die prozessuale Stellung des Vorstands des nichtrechtsfähigen Vereins vgl. § 50 ZPO.

2. Umfang der Vertretungsmacht. a) **RG.** R. **07** 1059. Der Satz, daß eine juristische Person durch ihren gesetzlichen Vertreter nur innerhalb des diesem zugewiesenen Wirkungskreises rechtsgültig vertreten werde, insbesondere verpflichtet werden könne, gilt jedenfalls in bezug auf die Vertretung der juristischen Person des öffentlichen Rechtes, z. B. einer Hospitalverwaltung als einer milden Stiftung. — Wer sich in ein Rechtsgeschäft mit den Vertretern einer juristischen Person einläßt, muß sich daher über die Grenzen der Befugnisse der Vertreter unterrichten. Sind diese Grenzen von den Vertretern überschritten worden, so ist darin, daß die Korporation dieserhalb sich auf die Richtigkeit des Rechtsgeschäfts beruft, nicht ohne weiteres eine Verletzung von Treu und Glauben zu finden. **b) RG. 65** 292, JW. **07** 249[11]. Der Verein muß das Verhalten seines Vorstandes so gegen sich gelten lassen, wie es von denen, die mit dem Verein in geschäftlichen Beziehungen standen, nach Treu und Glauben aufgefaßt werden durfte. Hat der Vorstand mehrfach geduldet, daß ein Angestellter selbständig über Geldempfang quittiert, obwohl er nicht dazu ermächtigt war, so muß der Verein eine an diesen Angestellten geleistete, von diesem quittierte Zahlung gegen sich gelten lassen.

3. Kann der Vorstand Generalvollmacht zu seiner Vertretung erteilen? a) KGJ. **32** A 187 (KG.). Unzulässig ist es, die Vertretungsmacht des Vorstands insgesamt auf einen anderen dergestalt zu übertragen, daß der Vorstand vollständig als Vertretungsorgan der juristischen Person ausscheidet und diese in ihrem Willen lediglich durch den Generalbevollmächtigten vertreten wird; eine solche Übertragung würde als Rechtskonstruktion der juristischen Person als einer fingierten Persönlichkeit, die kraft Gesetzes und Satzung ihren Willen durch ihren Vorstand als Vertretungsorgan kundgibt, widerstreiten. Aber die Bestellung eines Bevollmächtigten seitens des Vorstands enthält, auch wenn es sich um eine Generalvollmacht handelt, nicht die Übertragung der Vorstandsrechte insgesamt, vielmehr bleibt der Vorstand nach wie vor Vertretungsorgan und der Bevollmäch-

tigte handelt nur kraft seines Willens; die Dauer der Vollmacht hängt von dem Willen des Vorstands als Organ ab; von dem Wechsel der Mitglieder des Vorstands ist sie unabhängig. Kollektivberechtigte Vorstandsmitglieder können einem von ihnen Generalvollmacht erteilen; darin liegt keine Umgehung der Vorschriften über Kollektivvertretung. **b)** OLG. **15** 303 (Colmar). Nach dem Beschlusse des Verwaltungsrats der Gewerkschaft sind die Mitglieder des Grubenvorstands zur Einzelvertretung nicht berechtigt, bedarf es vielmehr des Zusammenwirkens von mindestens zwei Vorstandsmitgliedern. Diese Vorschrift, die eine Gewähr für sorgfältige Geschäftsführung bieten soll, darf von den Vorstandsmitgliedern nicht umgangen oder hinfällig gemacht werden; insbesondere können sie die Gesamtvertretung nicht dadurch tatsächlich in eine Einzelvertretung umwandeln, daß einer von ihnen durch die übrigen in die Vertretungsbefugnis substituiert oder zum Generalbevollmächtigten bestellt wird.

4. HessRspr. **8** 124 (LG. Gießen). An den von dem Vorstand einer juristischen Person aufbewahrten Sachen der juristischen Person hat diese durch den Vorstand Besitz; sie und nicht der Vorstand ist also für die Klage auf Vorlegung der Urkunden passiv legitimiert.

5. Amtsniederlegung. WürttJ. **19** 53 (Stuttgart). Das Amt des Vorstandes beruht, vermittelt durch die Wahl, auf dem Gesellschaftsvertrage, zufolge dessen ist er zur Führung der Vorstandsgeschäfte nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Sofortige Amtsniederlegung ist daher nur dann wirksam, wenn ein dazu berechtigender Grund vorliegt, und wenn die Erklärung dem zuständigen Organ gegenüber erfolgt.

§ 27. Muß der Vorsitzende Vereinsmitglied sein? Berufung des Inhabers eines bestimmten Amtes zum Vorsitz. OLG. **15** 306, R. **07** 122 (BayObLG.). Auf die Stelle des 1. Vorsitzenden des Vorstands beruft die Satzung den „jeweiligen Hofkuraten"; sie geht dabei von dem Gedanken aus, daß der Inhaber dieser Stellung vorzugsweise zu dem Amte geeignet sei; Bestimmungen solcher Art, die bezwecken, die Tätigkeit des jeweiligen Inhabers eines bestimmten Amtes für die Zwecke des Vereins zu gewinnen, sind häufig; es ist keineswegs erforderlich, daß der danach Berufene vorher Mitglied des Vereins werden muß. Dem BGB. fehlt eine dem § 9² GenG. entsprechende Bestimmung. — Durch die erwähnte Stelle der Statuten wird die im übrigen für die Vorstandsbestellung dem Abs. 1 des § 27 BGB. entsprechende Vorschrift eingeschränkt; sie tritt bei Besetzung der Stelle des 1. Vorsitzenden nur dann in Wirkung, wenn der Hofkurat das Amt ablehnt oder die Stelle des Hofkuraten vakant ist oder eingeht.

§ 28. OLG. **15** 308. R. **07** 122 (BayOLG.). Ob ein einzelnes Vorstandsmitglied zur Vertretung des Vereins ermächtigt werden kann, ist bestritten (Planck 4 zu § 26, Dernburg § 77 III³, Cosack § 31 IV³, Altmann zu Note 27); die Frage ist jedoch mit dem LG. zu bejahen. § 28¹ ist dispositiv. Ihre Bejahung, die für andere Gesellschaften besonders ausgesprochen ist, so im § 232¹ HGB., § 35² GmbHG., § 26¹ GenG. entspricht einem offenbaren Bedürfnisse.

§ 29. OLG. **14** 366, R. **07** 632 (KG.). Anträge aus § 29 kann jedes einzelne Vereinsmitglied stellen. Die Vorschrift hat gerade den Fall im Auge, daß es der Körperschaft an einer geordneten gesetzlichen Vertretung fehlt. Ebenso hat jedes Mitglied das Recht der Beschwerde gegen die Bestellung eines Vertreters aus § 29.

§§ 30, 31. 1. *Wiedemann aaO. Die besonderen Vertreter des § 30 sind identisch mit den verfassungsmäßig berufenen Vertretern des § 31 BGB.; sie haben gleich dem Vorstande die Stellung von gesetzlichen Vertretern mit der besonderen Qualifikation Vereinsorgan. Über ihre Begriffsbestimmung s. § 31 BGB. (566).

2. **RG.** BayRpflZ. **07** 434. Eine AG. hat gemäß einer statutarischen Bestimmung die Leitung einer ihrer chemischen Fabriken einem nicht zu ihrem Vorstande gehörigen Chemiker übertragen. Dieser ist für seinen Geschäftskreis ihr Vertreter nach §§ 30, 31,

auch wenn er nicht zum Abschlusse von Geschäften, sondern lediglich zur technischen Leitung des Unternehmens berufen war.

§ 30. **RG.** JW. **07** 669. Die Aufsicht in einem großen Betriebe darf nicht deshalb Not leiden, weil der Vorstand außerstande ist, sie persönlich zu üben; er ist in solchem Falle verpflichtet, Stellvertreter und Hilfsbeamte zu bestellen.

§ 31. 1. Grundsätzliches. a) Linckelmann, JLBl. **07**. 162 wendet sich gegen Billmann (s. JDR. **5** Note 1), welcher unter Ablehnung der Deliktsfähigkeit der juristischen Personen den Obligationsgrund ihrer außerkontraktlichen Haftung in der durch das Äquivalenzprinzip gerechtfertigten Haftung für fremde Schuld sieht. Dies Prinzip ist inhaltlich zu allgemein, um für einen Sonderfall nutzbar gemacht zu werden, und ließe sich mit gleichem Rechte für die Haftung der nicht zu den verfassungmäßig berufenen Organen gehörigen Personen heranziehen. b) *Wiedemann aaO. Im § 31 wird die Haftung für kontraktliches und außerkontraktliches Verschulden geregelt. Für ersteres hat § 31 neben § 278 BGB. selbständige Bedeutung, weil alle dem § 31 unterfallenden gesetzlichen Vertreter die besondere Qualifikation von Vereinsorganen haben (566 f.). Die Haftung aus § 31 ist Haftung für eigenes, nicht für fremdes Verschulden. AM. v. Bülow 36, Meurer 44, 167 ff., Hafter 39. Beweise: Nach dem § 831 BGB. wird für fremde Schuld nur bei widerrechtlicher Schadenszufügung gehaftet; die den Verein aus § 31 verpflichtenden Handlungen der verfassungsmäßig bestellten Vertreter brauchen dagegen keine widerrechtlichen zu sein. § 43 Abs. 1 BGB. bezeichnet den Verein selbst als Täter bei der Vornahme einer das Gemeinwohl gefährdenden Handlung. Die Abgrenzung der den Verein durch ihr Verhalten gemäß § 31 schadensersatzpflichtig machenden Personen wird vom Gesetz insofern in eigentümlicher dem Organbegriff entsprechender Weise vorgenommen, als § 31 die Haftbarkeit des Vereins als solchem auf die Fälle beschränkt, wo die durch die Vereinssatzung zur Vertretung des Vereins berufenen Personen in Ausführung der ihnen nach der Satzung zustehenden Verrichtungen tätig werden. So auch Lenel 10 und **RG. 53** 267 ff., **55** 171 ff., 229 ff. (566 ff.).

2. Persönliche Haftung der Schädiger **RG.** R. **07** 966. Der Geschädigte kann statt des Vereins die Vorstandsmitglieder persönlich auf Schadensersatz verklagen, die ihn geschädigt haben; es muß dann aber klargestellt werden, inwiefern die einzelnen ein Verschulden trifft.

3. Ausschluß der Haftung. R. **07** 242 (Frankfurt). Die vertragsmäßige Ausschließung der Haftbarkeit eines Vereins für Versehen des Vereins und seine Organe, Gehilfen und Vertrauensmänner ist trotz der Vorschriften der §§ 31, 40 BGB. für rechtswirksam zu erachten.

4. Vgl. auch Weyl in der Kieler Festgabe für Hänel (s. unten bei § 89) 102 f.

§ 32. 1. Mitwirkung Minderjähriger bei Vereinsbeschlüssen. OLG. **15** 324 (KG.). In der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eines Minderjährigen zu dessen Eintritt in einen Verein ist die im voraus erklärte Einwilligung zu allen Handlungen zu erblicken, die der Minderjährige in Ausübung seiner Mitgliedschaft vornehmen wird. Die Gegenansicht führt zu praktisch unmöglichen Ergebnissen. Auch gelten die Beschränkungen der Handlungsfähigkeit des Minderjährigen nur für vermögensrechtliche Rechtsgeschäfte unter Lebenden in eigenen Angelegenheiten. Dies gilt nicht nur für rechtsfähige, sondern auch für nicht rechtsfähige Vereine, für letztere mindestens insoweit, als der Minderjährige nicht durch seine Abstimmung eine eigene vermögensrechtliche Haftung gegen sich begründet.

2. Bezeichnung des Gegenstands. a) Vgl. JDR. **5** Note 2. b) OLG. **15** 304 (Hamburg). Unter „Generalversammlung" ist mangels besonderer Bestimmungen des Statuts eine Versammlung der Mitglieder zu verstehen, an der

teilzunehmen sämtlichen Mitgliedern durch gehörige Ladung die Möglichkeit geboten ist. Ein allgemeiner Rechtssatz, daß „bei Personenvereinen zu dauernden Zwecken die Angabe des zu verhandelnden Gegenstands bei der Berufung der Generalversammlung Voraussetzung für die Gültigkeit der zu setzenden Beschlüsse ist" (**RG.** **12** 233), ist nicht anzuerkennen.

§ 33. *Storck aaO. 24ff., 33ff. Dem Schuldvertrage des Obligationenrechts entspricht im Sozialrechte die Satzung. Sie ist das Produkt der Willenseinigung der Gründer. Diese handeln nicht in bezug aufeinander, die Leistung des einen ist nicht das Entgelt für die Leistung des anderen, die Handlungen und Willen verhalten sich nicht wie Bedingung und Folge, sondern die Willen sind sich koordiniert, es besteht zwischen ihnen eine Parallelwirkung. Die Gründer wollen innerhalb der gemeinschaftlichen Sphäre nicht mehr die Willen der einzelnen als entscheidend gelten lassen, sondern ihre Willen sollen zugunsten eines einheitlichen Willens untergehen; über dem Einzelwillen soll ein Gemeinwille stehen, in der Art, daß von jetzt an eine Änderung der Zweckbestimmung der Vereinigung nicht mehr durch die Willensänderung des Einzelnen herbeigeführt werden kann. Diese Wirkung gibt der § 33 dem Willen der Gründer (34).

§ 39. Nachprüfung der Ausschließung eines Mitglieds durch das Gericht. a) Vgl. JDR. **2** Ziff. 1, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. 2. b) **RG.** SchlHolstAnz. **07** 35. in Bestätigung von OLG. Kiel (JDR. **5** Note 2). Hat sich das Mitglied durch seinen Beitritt zum Vereine freiwillig einer Bestimmung unterworfen, welche die Ausschließung eines Mitglieds in geordneter Weise durch die Mitgliederversammlung zuläßt, so unterliegt ein gegen dasselbe erlassener Ausschließungsbeschluß nicht der materiellen Nachprüfung durch das Gericht. § 35 steht nicht entgegen, da ein Recht, welches durch die Satzung dem Mehrheitsbeschlusse der Mitgliederversammlung unterstellt ist, eben deshalb kein Sonderrecht mehr ist.

§ 43. *Wiedemann aaO. 174/75, 625. § 43 hat dem im § 1 Bundesbeschl. v. 13. Juli 1864 und in etlichen bundesstaatlichen Vereinsgesetzen statuierten Auflösungsgrund der Gefährdung der allgemeinen Wohlfahrt und Sicherheit nicht derogiert. Die gegenteilige Auffassung von Hatscheck wird durch den § 74 und den Charakter des BGB. als Privatrechtsgesetzbuch widerlegt.

§ 45. *Derselbe aaO. Die §§ 45 ff. finden auch im Falle der Löschung wegen Anfechtbarkeit der Eintragung Anwendung, denn diese Löschung wirkt als Auflösung. Vgl. § 55 BGB. (756).

§§ 46 ff. Fiskus als Sukzessor. *Weyl in der Kieler Festgabe für Hänel (s. unten bei § 89) 94 f. Zum Vorbehalte des EGBGB. Art. 85 das. 100 ff.

§ 46. Satz 2. *Weyl 94 f. Es liegt nicht etwa eine klaglose öffentlich-rechtliche, sondern eine klagbare zivilrechtliche Pflicht des Fiskus vor; das Wort „tunlichst" enthält ein (allerdings unbestimmt gelassenes) objektives Moment und weist nicht etwa auf subjektives Ermessen des Fiskus.

§ 49. Abs. 2. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Zuweilen wird die Beschränkung einer Fiktion durch Angabe des Zweckes zum Ausdrucke gebracht. Die Anfallsberechtigten erwerben sofort Eigentum; nur soweit das Liquidationsverfahren in Frage steht, haben die Liquidatoren dieselbe Rechtsstellung, als wenn sie Organe des Vereins wären. Vgl. auch § 45 Abs. 1.

§ 54. Literatur: Danz, Die Haftung der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins mit ihrem Vermögen, DJZ. **07** 378. — Neubecker, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. Leipzig 1908. — Rümelin, Zur Frage nach der Haftung der Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins, AcivPr. **101** 361—371.

1. Unterschied zwischen dem rechtsfähigen und dem nicht rechtsfähigen Vereine (s. Note 1 vor § 21).

2. Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins. Verhältnis

zur Gesellschaft u. ähnl. a) Vgl. JDR. 1 Note 1, 3 Note 1, 4 Note 1, 4 zu § 54. b) Binder (s. Vorbem. zum 2. Titel) 93 handelt von dem nicht rechtsfähigen Vereine. Dieser ist eine Gesellschaft, die auf die Dauer berechnet und unabhängig von dem jeweiligen Mitgliederbestand ist, also Kontinuität besitzt. Das Gesellschaftsrecht gilt für ihn nur insoweit nicht, als das Gesetz etwas anderes vorschreibt; es gilt vor allem nicht für den Begriff des Vereins, welchen das BGB. voraussetzt (s. vor § 21). c) *Wiedemann aaO. 122. Der nicht rechtsfähige Verein ist kein Rechtssubjekt, sondern ein Rechtsverhältnis: eine auf obligationenrechtlicher Verbindung ruhende Vereinigung. Von der Gesellschaft unterscheidet sie sich dadurch, daß, wo sie gegeben ist, das aus den §§ 54 Satz 2 BGB., 735 und 50 Abs. 2 ZPO. und 213 KO. sich ergebende Spezialrecht Platz greift, welches sie dem Körperschaftsrecht annähert. Sie kann sich vom Typus der societas communis dadurch noch mehr entfernen, daß sie die dispositiven Vorschriften der §§ 705—740 BGB. im Sinne des Körperschaftsrechts vertraglich abändert. In dubio, d. h. solange nicht die Mitglieder durch ausdrückliche und positive Vereinbarung Ausnahmen davon statuiert haben, gilt immer das Normalgesellschaftsrecht der §§ 705—740. AM. insbes. Gierke 9, 14. d) RG. Holdheims MSchr. 07 45, LeipzZ. 07 139, SeuffA. 62 129. Das Wesen des Vereins im Gegensatze zur Gesellschaft besteht darin, daß die behufs Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu einer dauernden Verbindung zusammengetretenen physischen oder juristischen Personen dieser Verbindung eine die wesentlichen Merkmale korporativer Organisation enthaltende Gestaltung gegeben haben, die einen Gesamtnamen führt, und bei welcher ein Wechsel im Mitgliederstande nicht nur vermöge besonderen Ausnahmerechts, sondern naturgemäß infolge des Wesens der Vereinigung stattfindet. S. insbes. RG. 60 97 ff., JDR. 4 Note 1 e zu § 54.

3. Haftung der Mitglieder für Rechtsgeschäfte des Vorstands. Haftung nur mit dem Vereinsvermögen. a) Vgl. JDR. 1 Note 7, 5 Note 5. b) Die Entsch. JDR. 5 Note 5 d steht auch RG. 63 63. c) Lenel, DJZ. 07 453, wendet sich gegen RG. 63 63 ff. Das BGB. wollte den wirtschaftlichen Vereinen, deren Geschäftsbetrieb sie ständig in obligatorische Beziehungen verwickelt, es im Interesse ihrer Gläubiger erschweren, die persönliche unbeschränkte Haftung ihrer Mitglieder zu beseitigen, falls sie nicht eine der Typen des Handelsgesellschaftsrechts wählen. Damit steht im Widerspruche, daß alle, also auch die wirtschaftlichen Vereine selbstherrlich durch ihr bloßes Statut zu dieser Beschränkung kommen können, wie das RG. annimmt. d) Danz aaO. In allen Fällen, wo der Vertreter eines nicht rechtsfähigen Vereins in dessen Namen abschließt, werden die Mitglieder stets nur mit dem Vereinsvermögen verhaftet, einerlei, ob diese beschränkte Haftung im Statute bestimmt ist oder nicht. Sollen die Vereinsmitglieder persönlich verhaftet werden, so muß dies der Dritte erklären, und sie haften erst, wenn dies ausdrücklich ausgemacht ist. Nennt der Vereinsvertreter den Verein als den Gegenkontrahenten, so wird das nach der Lebensauffassung (§ 157 BGB.) dahin gedeutet, daß er nur das Vereinsvermögen verpflichten will. Die Willenserklärung der Vereinsmitglieder, eine bestimmte Person zum Vorstande zu ernennen, hat die verkehrsübliche Bedeutung, daß diese nur bezüglich des Vereinsvermögens Vertretungsmacht haben soll; damit ist der Umfang ihrer Vollmacht genau bestimmt. Dem RG. 63 63 ff. (s. b), welches noch das Vorhandensein weiterer Tatsachen verlangt, um den Ausschluß der Haftung der Mitglieder mit ihrem Privatvermögen herbeizuführen, ist insoweit nicht beizutreten. e) Rümelin aaO. polemisiert gegen die Danzsche Auslegung, die zu unbilligen Ergebnissen führe, und der Tendenz des BGB. widerspreche, durch die Bestimmungen über Erlangung der juristischen Persönlichkeit und die Subsumtion der nicht rechtsfähigen Vereine unter das Gesellschaftsrecht, das Publikum gegen schwindelhafte Vereinsgründungen zu

schützen, und gelangt zu folgenden Ergebnissen: Aus § 54 folgt, daß die Rechte und Pflichten des Vereins nichts anderes sind, als Rechte und Pflichten der Mitglieder, und daß der Vorstand nach § 714 lediglich ein Vertreter der socii ist; als solcher darf er vom Gegenkontrahenten aufgefaßt werden; daraus ergibt sich, daß von einer unbeschränkten Solidarhaftung der Mitglieder auszugehen ist. Die Beschränkung ihrer Haftung auf das Vereinsvermögen setzt eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung voraus. Die besonderen Umstände, welche die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung rechtfertigen, können liegen in den der Gegenseite bekannten oder leicht erkennbaren Verhältnissen des Vereins, seinen Zwecken, der Zahl und Qualität seiner Mitglieder, der Fixierung der Beiträge; wichtig ist dabei, ob der Verein nach seinen ganzen Verhältnissen darauf rechnen darf, daß das Publikum sich auf die Haftungsbeschränkung einläßt. f) *Wiedemann aaO. 538. Nach außen kann die Haftung der Mitglieder und die Verpflichtungsfähigkeit des Vorstands durch die Satzung nicht auf die Höhe des Vereinsvermögens beschränkt werden; eine solche Beschränkung der Haftung auf die Höhe des Vereinsvermögens des nicht rechtsfähigen Vereins kann mit dem Dritten nur im einzelnen Falle vertraglich vereinbart werden. Bestritten. g) **RG.** JW. **07** 136[16]. Der nicht rechtsfähige Verein ist keine Gesellschaft, wenn er auch für seine äußeren Rechtsbeziehungen nach den Regeln der Gesellschaften behandelt wird. Die gesamtschuldnerische Haftung der Vereinsmitglieder aus §§ 714, 427 gilt daher nur im Zweifel. Sie kann in dem geschlossenen Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen sein; letzteres ist regelmäßig der Fall, wenn aus den Satzungen eine Beschränkung der Mitgliederfassung auf das Vereinsvermögen und den Anteil der Gesellschaft an diesem hervorgeht und die Satzungen dem anderen Teile bekannt sind. Diese Absicht der Beschränkung der Haftung in den Statuten wird regelmäßig auch dann zu unterstellen sein, wenn es an einer ausdrücklichen Bestimmung dieses Inhalts fehlt.

4. Stellung des Vorstands. *Wiedemann aaO. 576. Der Vorstand des nicht rechtsfähigen Vereins ist einfacher Stellvertreter, nicht Organ. AM. Hachenburg 487, Dernburg I 173. Für den Schaden, den der Vorstand einem Dritten zufügt, haften deshalb die Vereinsmitglieder, welche nicht Vorstandsmitglieder sind, nur nach Maßgabe von § 831 BGB.

5. Verschiedenes. a) Rechtliche Lage des Vereins, der die erstrebte Rechtsfähigkeit nicht erreicht. OLG. **15** 305 (Hamburg). Die Vereinigung ist als rechtsfähiger Verein gedacht, mangels Erlangung der Rechtsfähigkeit aber nichtrechtsfähiger Verein, auf den gemäß § 54 die Vorschriften über die Gesellschaft anzuwenden sind. Da sie den Betrieb von Handelsgeschäften zum Gegenstande hat, würde sie sich als oHG. charakterisieren, falls sie nicht unter § 4 HGB. fällt. b) Verein Kaffeeküche. HansGZ. **07** Beibl. 61 (Hamburg). Seit etwa 20 Jahren bilden die jeweiligen Arbeiter der deutsch-amerikanischen Petroleumraffinerie eine Kaffeeküche, aus deren Überschüssen sich ein Vermögen angesammelt hat. Die Kaffeeküche ist mangels einer bindenden Satzungsnorm weder eine Stiftung, noch ein stiftungsähnliches Gebilde; sie ist auch keine Gesellschaft, da sie durch den Wechsel im Arbeiterbestande nicht berührt wird, sondern ein nicht rechtsfähiger Verein, bei dem als stillschweigende Vereinssatzung zu gelten hat, daß das austretende Vereinsmitglied mit dem Austritt jegliche Rechte an dem Vereinsvermögen verliert, auch dann, wenn der Austritt nicht freiwillig, etwa infolge Lösung des Arbeitsverhältnisses, erfolgt. Die Grundsätze der Gemeinschaft sind nicht anwendbar, weil eine stillschweigende Satzung anzunehmen ist. Auf vor 1900 gegründete nicht rechtsfähige Vereine ist nach Art. 170 EGBGB. das alte Recht anwendbar. c) Spielverein, strafbar? **RG.** (Strafs.) **39** 48. Der Lotterieverein hat den Zweck, behufs Erhöhung der Gewinnchancen und Verminderung des Risikos eine bestimmte Anzahl von Losanteilen der preußischen Staatslotterie

zu erwerben und zu spielen. Sein Verhalten fällt nicht unter das prG. v. 18. August 1891 über das Verbot des Privathandels mit Staatslotterielosen, da nach den tatsächlichen Feststellungen des 1. Richters der Verein die Lose für die Gesamtheit der Mitglieder erwarb, und die Mitglieder nur Anteilsrechte hatten. **d)** Krümperfonds ein Verein? v. Stempel, DJZ. **07** 1023. Der Krümperfonds, aus welchem die Kosten der Krümperfuhrwerke bei den einzelnen Truppenteilen bestritten werden, ist keine juristische Person, auch kein nichtrechtsfähiger Verein. **e)** Der nicht rechtsfähige Verein als Kläger. α. Vgl. JDR. **4** Note 6, 7, **5** Note 3. β. OLG. **15** 70 (KG.). Der klagende Verein ist eine erlaubte Privatgesellschaft des ALR., steht hinsichtlich der Rechts- und Prozeßfähigkeit dem nicht rechtsfähigen Vereine gleich; die Fähigkeit, im Prozeß als Partei aufzutreten, muß ihm daher versagt werden. γ. OLG. **15** 69 (KG.). Der Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins kann durch das Statut ermächtigt werden, in den Angelegenheiten des Vereins Prozesse zu führen; danach hat er die Macht zur gerichtlichen Vertretung der jeweiligen Vereinsmitglieder. Das Ausscheiden von Mitgliedern, die bei der Klagerhebung dem Verein angehörten, während des Prozesses, ist auf seinen Gang ebenso ohne Einfluß, wie der Eintritt neuer Mitglieder. Mit dem Ausscheiden endet die Befugnis des Vorstands, den Ausgeschiedenen zu vertreten. Diese Erwägungen führen dahin, nicht rechtsfähigen Vereinen, die ein selbständiges Vereinsvermögen haben, auch die aktive Parteifähigkeit zuzugestehen (Hellwig, Lehrbuch des ZivProz. I § 45, R. **8** 207); die Aufführung der einzelnen Mitglieder im Klagerubrum ist von ganz nebensächlicher Bedeutung. **f)** Ausschluß eines ausgetretenen Mitglieds. α. Vgl. JDR. **4** Note 5 b. β. Bay. RpflZ. **07** 216, R. **07** 128 (BayObLG.). Ein Mitglied ist der Satzung unterworfen nur solange seine Mitgliedschaft dauert (**RG. 51** 86). Ausgeschlossen werden können nur Mitglieder; es verstößt gegen die Satzungen und nicht minder gegen die Logik, die Ausschließung eines Vereinsmitglieds zu beschließen, das dem Vereine zwar angehört hat, aber zur Zeit des Ausschließungsbeschlusses nicht mehr angehört. **g)** Letztwillige Zuwendungen. JDR. **5** g (Stuttgart) steht auch WürttJ. **19** 141. **h)** Über Mitwirkung Minderjähriger bei Vereinsbeschlüssen s. Note 1 bei § 32. **i)** Darüber, ob nicht rechtsfähige Vereine Mitglieder von rechtsfähigen sein können, s. Gierke bei § 58. **k)** Änderung des Zwecks. **RG.** FrankfRundsch. **41** 7 ff., GruchotsBeitr. **51** 1117, LeipzZ. **07** 216. Aus der vertraglichen Natur der Gesellschaft und der Satzungen eines nach den Vorschriften über die Gesellschaft nach § 54 BGB. zu beurteilenden Vereins folgt notwendig, was auch § 33 Abs. 1 Satz 2 für die rechtsfähigen Vereine ausspricht, daß der Verein an den vertragsmäßig festgesetzten Zweck gebunden ist, die Mitglieder zu Beiträgen nur für diesen Zweck verpflichtet sind, die Änderung des Zweckes einen neuen Vertrag und die Zustimmung aller Mitglieder des Vereins fordert, nicht nur der Mehrheit.

6. Gilt § 54 auch für die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Vereine? **a)** Vgl. JDR. **2** Note 76, **3** Note 5, **5** Note 1, sowie die Noten zu Art. 163 EGBGB.; ferner oben Note 5 b. **b)** *Wiedemann aaO. 207 ff. Die vor 1900 gegründeten nicht rechtsfähigen Vereine, wozu nur solche Personenvereinigungen gerechnet werden dürfen, welche in ihren Statuten rechtlich wirksam zum Ausdrucke gebracht haben, daß sie körperschaftlich organisierte, vom Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig gestellte und zu einheitlichem Auftreten nach außen befähigte Verbände sein wollen, sind, soweit sie nicht um der Artt. 164 u. 167 EGBGB. willen nach Landesrecht beurteilt werden müssen, Schuldverhältnisse des Art. 170 EGBGB. Dennoch finden auf sie, abgesehen von der Frage ihrer Entstehung, die Vorschriften der §§ 705—740 BGB. in Verb. mit den §§ 54 Satz 2 BGB., 50 Abs. 2, 735 ZPO. und 213 KO. Anwendung (vgl. Art. 170 EGBGB.). Richtiger Ansicht nach gelangt man übrigens zum gleichen Schlusse, wenn man annimmt,

das Vereinsstatut der vor dem 1. Januar 1900 gegründeten nicht rechtsfähigen Vereine sei kein Schuldverhältnis des Art. 170 EGBGB. So Jacobi, DJZ. **99** 180 ff., 734. Wird ein Verein eingetragen, welcher zeitlich nicht unter die Herrschaft des BGB. fällt, so bedeutet dies die Mißachtung einer begriffswesentlichen Eintragungsvoraussetzung. Über die Folgen dieser Mißachtung § 55 BGB. c) WürttJ. **19** 53 (Stuttgart). Auf nicht rechtsfähige Vereine alten Rechtes findet auch nach dem 1. Januar 1900 das alte Recht Anwendung. Es fehlt an einer dem Art. 113 EG. entsprechenden Bestimmung; auch folgt das Gegenteil nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

2. Eingetragene Vereine.

§ 55. Literatur: Pitel, Kann die Satzung eines eingetragenen Vereins bestimmen, daß der Sitz des Vereins dort sein soll, wo der jeweilige Vereinsvorsitzende wohnt? Welches Gericht ist für die weitere Registerführung zuständig, wenn der Verein seinen Sitz an einen Ort verlegt, der außerhalb des Bezirks des für die Ersteintragung des Vereins zuständig gewesenen Gerichts liegt? ZBlFG. 8 273.

1. Bedeutung und Wirkung der Eintragung. a) *Wiedemann aaO. 695, 710 Der Eintragungsvermerk ist nicht, wie die herrschende Meinung annimmt, die Beurkundung der Tatsache, daß die Beteiligten die eingetragenen Erklärungen abgegeben haben, sondern der Niederschlag der Entscheidung des Amtsgerichts darüber, ob eingetragen werden soll oder nicht. Der Amtsrichter trägt ein, weil er selbst die Überzeugung erlangt hat, daß die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Deshalb kann das Publikum bis zum Beweise des Gegenteils annehmen, die eingetragenen Tatsachen seien wahr und dem Gesetz entsprechend (711/712). — Der Beweis des Gegenteils liegt demjenigen ob, gegen den das Vereinsregister zeugt. Diese praesumptio juris macht das Wesen des öffentlichen Glaubens des Vereinsregisters aus (714, 715). — Die Mißachtung der Soll- oder bloßen Zulässigkeitsrequisite der Eintragung affiziert die vorgenommene Eintragung als Ganzes nicht. Der Amtsrichter hat von Amts wegen das Vernachlässigte, soweit möglich, nachzuholen (734, 723 f.). — Die Mißachtung der begriffswesentlichen Eintragungsvoraussetzungen (s. §§ 23, 26, 57, 60, 73 BGB.) hat völlige Nichtigkeit der Eintragung zur Folge. Der Vorstand und alle sonstigen Personen, auf deren rechtlich erhebliche Verhältnisse die Nichtigkeit einwirken könnte, und welche deshalb an ihrer Löschung ein juristisches Interesse haben, können im ordentlichen Verfahren eine auf Löschung der Eintragung gehende Nichtigkeitsklage erheben. Exoffizial-löschung des Registerführers aus eigener Machtvollkommenheit gemäß §§ 142, 143 FGG. (736 f.). — Heilung und Liquidation sind ausgeschlossen. Dritte können aus mit dem Verein abgeschlossenen Rechtsgeschäften nur diejenigen Rechte ableiten, welche ihnen nach allgemeinen von der Frage der Eintragung unabhängigen Haftungsgrundsätzen gegen die für den Verein Handelnden zustehen (739). — Die Mißachtung der legalwesentlichen Eintragungsvoraussetzungen (s. §§ 21, 26, 57, 59, 61, 63) hat Anfechtbarkeit der Eintragung zur Folge. Berechtigung des Vorstands und seiner einzelnen Mitglieder, die auf Löschung des Vereins gehende Anfechtungsklage zu erheben. Exoffiziallöschung des Registerführers gemäß §§ 142, 143 FGG., wobei er löschen darf, weil er vom anfechtungsberechtigten, auf die Löschungsandrohung hin stillschweigenden oder der Löschung ohne Erfolg widersprechenden Vorstand freiwillig oder gezwungen (§ 141 Abs. 3 FGG.) zur Löschung ermächtigt wird (746). — Anfechtungs- und Löschungsberechtigung gehen unter durch Verzicht der Anfechtungsberechtigten auf die Anfechtungsklage, und durch Heilung (752). — Die Löschung wirkt als Auflösung. Daher findet Liquidation statt. Die Rechtsgeschäfte, welche Dritte mit dem Vereine vor seiner Löschung abgeschlossen haben, sind wirksam, wie wenn die Eintragung von Anfang an fehlerlos oder ihre Anfechtbarkeit bereits gehoben gewesen wäre (754 f.). — Über die Haftung aus der Anmeldung vgl. § 59 BGB.

b) WürttZ. 19 55 (Stuttgart). Durch die Eintragung eines bisher nicht rechtsfähigen Vereins entsteht zwar kein neuer Verein, aber immerhin eine neue juristische Person. Der Übergang des Vermögens von jenem auf diese wird der Regel nach als stillschweigend gewollt, und, soweit zur Übertragung ein Vertrag genügt, als stillschweigend erfolgt, anzusehen sein.

2. Eintragung bei dem unzuständigen Gerichte. a) JDR. 5 zu § 85. b) *Wiedemann aaO. 434, 446. Die Vorschrift des § 55 ist eine bloße Sollvorschrift: Auch die bei einem örtlich unzuständigen Amtsgerichte vorgenommene Vereinseintragung ist rechtlich vollwirksam (§§ 7 u. 1 FGG.). Doch wird dadurch nicht die Zuständigkeit dieses Gerichts für alle weiteren Eintragungen des betreffenden Vereins begründet.

3. Pitel aaO. stellt die im Titel erwähnten Fragen zur Besprechung. Er bejaht die erste. Für nicht eingetragene Vereine ergibt sich die Bejahung aus § 24; für die eingetragenen könnten sich Zweifel an §§ 57 und 55 knüpfen. Weil die Satzung den Sitz des Vereins angeben muß, kann der Sitz nur durch Satzungsänderung verlegt werden; doch ist die Satzungsänderung nach §§ 33, 40 auch stillschweigend, durch Bestellung eines anderswo wohnenden Vorstands, möglich. Ebensowenig kann man aus § 55 herleiten, daß der Verein einen dauernden Sitz haben müsse. — Für die Registerführung bleibt auch nach Verlegung des Sitzes das ursprüngliche Gericht zuständig. Eine dem § 1559 BGB. entsprechende Vorschrift fehlt. Auch der Umstand, daß ein Teil der dem Registergericht übertragenen Befugnisse (§§ 72 f., 78, 29, 37²) eine mehr örtliche Berührung des Gerichts mit dem Verein voraussetzt, steht dem nicht entgegen. Es fehlt auch an jeder Bestimmung darüber, auf wessen Betreiben, auf welcher Grundlage, und mit welcher Wirkung die etwaigen Eintragungen in dem Register des neuen Vereinssitzes erfolgen sollen.

§ 57. a) Abs. 1. *Wiedemann aaO. 734. Daß der Verein Name und Sitz habe, ist eine begriffswesentliche Eintragungsvoraussetzung; daß Zweck, Name, Sitz und die Wendung, aus der sich ergibt, daß der Verein eingetragen werden soll, in dem Schriftstücke, welches die Statuten enthält, bezeichnet sein müssen, ist eine bloß legalwesentliche Eintragungsvoraussetzung (aM. Hölder 172). Über die verschiedenen Folgen der Mißachtung dieser beiden Arten von Mußvorschriften vgl § 55 BGB. b) Abs. 2. Gemeinde ist die unter einer kommunalen Verwaltung stehende politische Verbindung; Ort dagegen ist der engste geographische Flächenraum, dessen Namen man gewöhnlich nennt, um das Domizil einer Person in einer auch weiteren Kreisen verständlichen Weise zu bezeichnen. Dieser Flächenraum kann größer oder kleiner sein als der politisch-administrative Kommunalverband Gemeinde (439).

§ 58. Literatur: Gierke, Nicht rechtsfähige Vereine als Mitglieder eines eingetragenen Vereins, DJZ. 07 207.

Gierke aaO. spricht sich dafür aus, daß nicht rechtsfähige Vereine Mitglieder eines eingetragenen Vereins sein können, und verteidigt diese Ansicht gegen entgegengesetzte Entscheidungen des AG. und LG. Frankfurt a. M. Die Bestimmungen über die Mindestzahl der Mitglieder in §§ 56, 59³, 73 sprechen nicht gegen die Zulassung; der nicht rechtsfähige Verein wiegt mindestens ein menschliches Individuum auf. Ebensowenig läßt sich die Unzulässigkeit daraus herleiten, daß die Zulassung unter Umständen zur Umgehung der Vorschriften über die Eintragungsfähigkeit (§§ 21 ff. nicht wirtschaftlicher Zweck, 61) führen kann.

§ 59. 1. Allgemeines. *Wiedemann aaO. 417/19. Die Anmeldung gehört zu den Mußvorschriften. So auch Hölder 174. AM. Planck 107. Sie muß durch den Vorstand oder durch den beurkundenden Notar vorgenommen werden; jede andere Stellvertretung des Vorstands ist unzulässig. — Der Anmeldende haftet dem Dritten aus der Anmeldung als solcher gemäß den allgemeinen zivil- und straf-

rechtlichen Haftungsgrundsätzen, gleichviel, ob die auf Grund ihrer Anmeldung vorgenommene Eintragung regulär oder mit einem Mangel behaftet ist (758). So auch Ehrenberg 334, Lührs, Folgen der falschen Eintragung ins Handelsregister (1898), 14, **RG. 50** 428/31, **45** 146/47.

2. Anmeldepflicht persönliche Pflicht. a) OLG. **15** 308, R. **07** 123 (BayObLG.). Die Anmeldepflicht ist keine Verpflichtung des Vereins, sondern eine persönliche Pflicht der Vorstandsmitglieder; gegen sie und nicht gegen den Verein richtet sich also auch das Ordnungsstrafverfahren. Der Verein kann auch nicht, gewissermaßen als Nebenintervenient, Beschwerde einlegen. b) Vgl. Note 2 zu § 67.

§ 60. 1. OLG. **14** 143 (KG.). § 202 GVG. findet trotz § 60 Abs. 2 BGB. auf die Vereinsregistersachen keine Anwendung.

2. *Wiedemann aaO. 151/52. Das Amtsgericht hat die Anmeldung auch dann zurückzuweisen, wenn der angemeldete Verein auf einen unmöglichen Erfolg gerichtet ist, den guten Sitten widerspricht oder durch eine lex perfecta verboten ist. — Desgl. die Anmeldung, welche mit einem öffentlich-rechtlichen Verbot allgemeiner Natur im Widerspruch steht; dagegen darf es nicht zurückweisen wegen eines Verstoßes gegen das öffentliche Vereinsrecht; die Prüfung der Erlaubtheit des Vereins nach öffentlichem Vereinsrecht ist ausschließliche Aufgabe der zuständigen Verwaltungsbehörde (§ 61 BGB.) (170). — Durch die Zurückweisung des Amtsgerichts wird gegen den nicht rechtsfähigen Verein kein Rechtsstreit im Sinne des § 50 Abs. 2 ZPO. eröffnet; der nicht rechtsfähige Verein kann deshalb nicht als solcher die sofortige Beschwerde einlegen, sondern nur die Gesamtheit der Mitglieder (545). AM. namentlich Gierke 45, Zitelmann 69.

§ 61. 1. Allgemeines. *Wiedemann aaO. 173. Ob ein Verein, ohne nach öffentlichem Vereinsrecht unerlaubt zu sein, verboten werden kann, bestimmt sich nach der Fassung des öffentlichen Vereinsgesetzes des Bundesstaates, in dem der betreffende Verein seinen Sitz hat. — Der politische Zweck ist ein einheitlicher, vom öffentlichen Vereinsrechte der Bundesstaaten unabhängiger Begriff: gegeben, wo ein Verein die Lösung staatlicher, die Gesamtheit des Gemeinwesens betreffender und dieselbe interessierender Aufgaben in der Weise zu fördern bestrebt ist, daß er diesen Aufgaben nachstrebt durch das Mittel der Inanspruchnahme der hoheitlichen Verwaltung des Staates und seiner organischen Teile, wie sie in Verfassung und Gesetzgebung ihren Ausdruck findet und durch die staatlichen und kommunalen Organe betätigt wird (184). — Der sozialpolitische Zweck ist eine Unterart des politischen Zweckes (189). Der religiöse Zweck ist der Vereinszweck, welcher die Gottesverehrung betrifft, auch ohne jede Beziehung zum Staatswesen. Die religiös-politischen Vereine bilden eine Gruppe dieser Vereine (194 f.); ebenso die geistlichen Orden des Privatrechts, für welche nicht eine landesgesetzliche Vorschrift besteht, nach welcher sie Rechtsfähigkeit nur durch besonderes Gesetz erlangen können. AA. v. Staudinger 209 ff.

2. *Derselbe aaO. 426. Die Unterlassung der Mitteilung oder Nichtbeachtung der Frist macht die Eintragung nichtig.

3. Einspruchsrecht des Regierungspräsidenten. SchlHolstAnz. **07** 14 (Kiel). Der Regierungspräsident hat nicht das Recht des Einspruchs nach Abs. 1, ist dagegen nach § 20 FGG. zur Beschwerde gegen die Zulassung eines Vereins zur Eintragung befugt, soweit sein Aufsichtsrecht aus § 2 PrivVUntG. v. 12. Mai 1901 in Verbindung mit der V. v. 30. Juni 1901 in Frage kommt.

§ 62. *Wiedemann aaO. 545. Der zurückgewiesene Verein kann nicht als solcher im Verwaltungsstreitverfahren klagen. S. Note 2 bei § 60.

§ 64. *Derselbe aaO. 638. Diese Eintragung hat rechtsbestärkende Wirkung (vgl. Note 1 zu § 55). — Maßgebender Zeitpunkt für den Eintritt der rechtsbestärkenden Registerfolgen ist die Publikation; die erwähnten Rechtsvermutungen

entstehen nur, wenn zur Eintragung die in der gesetzlich vorgeschriebenen Form (§ 66 BGB.) vorgenommene Veröffentlichung hinzukommt.

§ 66. *Derselbe aaO. 453. Die ganze Eintragung, nicht nur die Tatsache, daß der Verein eingetragen ist, ist zu veröffentlichen. AM. Dernburg I 208. — Für die Rechtswirksamkeit der Eintragung zum Vereinsregister ist ihre Veröffentlichung in allen Fällen unerheblich (453/54, 635, 717, 761). Bei einem Widerspruche zwischen der Eintragung und der Veröffentlichung geht erstere vor (717). — Dagegen ist der Eintritt der rechtsbestärkenden oder modifiziert deklarativen Wirkung der Eintragung von der Veröffentlichung der Eintragung abhängig (638) (vgl. § 64 BGB.). — Nach Analogie von § 66 Abs. 1 BGB. sind auch diejenigen Satzungsänderungen zu veröffentlichen, welche sich auf Satzungsbestimmungen beziehen, die auch bei der ersten Eintragung (Grundeintragung) bekannt zu machen waren (627 f.). So auch Eck 77, Cosack 104. AM. v. Staudinger-Löwenfeld 220.

§ 67. 1. *Wiedemann aaO. 638. Diese Eintragung hat rechtsbestärkende oder modifiziert deklarative Wirkung, deren Eintritt von der Veröffentlichung der Eintragung gemäß § 66 BGB. abhängt. Vgl. § 64 BGB.

2. Die Anmeldepflicht liegt allen Vorstandsmitgliedern ob. RJA. **9** 48 (KG.). Diese Vorschrift ist dahin zu verstehen, daß die Anmeldungen ohne Rücksicht auf eine etwaige abweichende Bestimmung der Satzung von allen Vorstandsmitgliedern bewirkt werden müssen, nicht dem Vorstand als gesetzlichem Vertreter des Vereins, sondern den Mitgliedern des Vorstands als physischen Personen obliegen (s. KGJ. **21** A 271, RJA. 2 183 — JDR. **1** Note 2 und oben Note 2 zu § 59). Eine statutarische Bestimmung, daß Anmeldungen nur von einem Teile der Vorstandsmitglieder vorgenommen werden sollen, kann auch nicht als generelle Bevollmächtigung der Handelnden durch die übrigen aufgefaßt werden. Die Vereinssatzung enthält lediglich Bestimmungen über die Verfassung des Vereins, während es sich hier nicht um in Vertretung des Vereins vorgenommene, sondern um auf persönlicher Verpflichtung ruhende Handlungen handelt.

3. Ist für die Anmeldung durch Vertreter Spezialvollmacht erforderlich? RJA. **8** 130, KGJ. **32** A 144, R. **07** 921, ZBlFG. **7** 927 (KG.). § 67 besagt nicht, daß die Anmeldungen persönlich erfolgen müssen; sie können vielmehr mündlich oder schriftlich, auch durch Bevollmächtigte bewirkt werden (KGJ. **26** A 232). Zur Legitimation des Bevollmächtigten genügt regelmäßig eine öffentlich beglaubigte Vollmacht, deren Inhalt allgemeine Anmeldungen zum Vereinsregister umfaßt. Es ist nicht erforderlich, daß der Inhalt der Einzelanmeldung in der Vollmacht konkret bezeichnet ist. Das Registergericht kann aber anordnen, daß die Vorstandsmitglieder die Anmeldungserklärung selbst abgeben, oder Spezialvollmacht erteilen. Dies folgt aus § 13 FGG., der auch auf die Fälle anzuwenden ist, in denen das Gericht mit den Beteiligten nicht persönlich verhandelt. Den entwickelten Grundsätzen widerspricht auch nicht der Umstand, daß das Gesetz den im § 67 erwähnten Anordnungen eine besondere Wichtigkeit wegen ihrer weittragenden Folgen zumißt.

§ 68. *Wiedemann aaO. Die in diesem Paragraphen ausgesprochenen Rechtsfolgen treten gleicherweise in allen anderen Fällen ein, in denen die Eintragung in Verbindung mit entsprechender Veröffentlichung rechtsbestärkende Wirkung hat. Vgl. die §§ 64, 67, 70, 76.

§ 70. *Derselbe aaO. 638. Diese Eintragung gewinnt mit der Veröffentlichung rechtsbestärkende Wirkung. Vgl. § 64 BGB.

§ 73. *Derselbe aaO. 341. Daß der Verein für kürzere Zeit weiter bestehen kann, auch wenn die Zahl der Mitglieder unter drei sinkt, ist eine Ausnahmebestimmung aus Zweckmäßigkeitsgründen. — Logischerweise ist ein rechtsfähiger Verein nur da möglich, wo mindestens drei Vereinsmitglieder vorhanden sind, denn nur dann be-

steht die begriffliche Möglichkeit des Majoritätsbeschlusses, welcher vom BGB. für die Vereinsbeschlüsse stets (§§ 40, 32 Abs. 1 33 Abs. 1, 41) vorausgesetzt wird (341, 359).

§ 74. *Derselbe aaO. 624. Wenn die Statuten nicht bestimmen, daß der Verein auch nach Entkleidung seiner Rechtsfähigkeit fortbestehen will, geht er durch die Entziehung der Rechtsfähigkeit, Verlust derselben gemäß §§ 42, 73 Abs. 2 oder Auflösung unter. Die Mitglieder können aber für diese Fälle, während des Bestandes oder bei Begründung des Vereins, übereinkommen, daß der Verein auch nach durchgeführter Liquidation als nicht rechtsfähiger Verein fortbestehen soll. Ein solcher Beschluß kommt einer satzungsmäßigen Bestellung des Anfallsberechtigten gleich. Der Liquidationsverein hat dann nach Befriedigung der Gläubiger das Vereinsvermögen dem nicht rechtsfähigen Verein auszuantworten, welcher für diesen Fall schon früher begründet worden ist. Dieser nicht rechtsfähige Verein ist weder der Gesamtnachfolger des rechtsfähigen Vereins (aM. Gierke 8), noch in dem Sinne ein neuer Verein, daß er erst bei Eintritt des die Rechtsfähigkeit vom alten Verein abhebenden Ereignisses begründet wurde (aM. Planck 93, Meurer 293, 294). Hierdurch unterscheidet er sich von einem nach Auflösung des rechtsfähigen Vereins von den Mitgliedern neubegründeten nicht rechtsfähigen Vereine. So auch v. Staudinger-Löwenfeld 169.

§ 75. *Derselbe aaO. 659. Maßgebender Zeitpunkt für den aus der Konkurseröffnung sich ergebenden Verlust der Rechtsfähigkeit ist der gerichtliche Ausspruch der Konkurseröffnung (§ 108 KO.).

§ 76. *Derselbe aaO. 638. Diese Eintragung hat rechtsbestärkende Wirkung, deren Eintritt von der Veröffentlichung der Eintragung gemäß § 66 BGB. abhängig ist. Vgl. § 64 BGB.

§ 77. *Derselbe aaO. 763. Das Erfordernis der öffentlichen Beglaubigung der Anmeldungen zum Vereinsregister ist eine bloße Sollvorschrift. Über die Folgen ihrer Mißachtung vgl. § 55 BGB.

II. Stiftungen.

Literatur: Heimburger, Die konfessionell beschränkte weltliche Stiftung und ihre Verwaltung im Großherzogtum Baden (Stutz, Kirchenrechtliche Abhandlungen **16** 149).

§ 80. 1. Allgemeines. Binder (s. Vorbem. zum 2. Titel) 126 behandelt das Wesen der Stiftung. Bei der Stiftung haben wir eine Person — oder einen Personenverband —, der die rechtliche Macht zusteht, die den Inhalt der im Stiftsvermögen vereinigten Rechte bildet, in demselben Sinne, in dem die den Inhalt des Rechtes bildende Macht dem gesetzlichen Vertreter eines Menschen zusteht. Es ist nicht private, sondern amtliche Macht. Damit aber sind wir der Notwendigkeit überhoben, nach einem weiteren Willensträger zu suchen und die Stiftung selbst als solchen zu bezeichnen. Der Stiftungsverwalter übt seine Willensmacht aus, wenn er die Stiftungsrechte ausübt, gerade so, wie er seine Macht ausübt, wenn er den Stiftungsgenuß einem Bewerber zuweist, und sein wirklicher psychologischer Wille ist es, der sich in der Ausübung der einen wie der anderen Funktion betätigt. Es handelt sich um amtliche Rechte des Stiftungsverwalters. Das bedeutet ein Doppeltes: daß er die ihm verliehene Macht in der ihm durch den Stiftungszweck vorgeschriebenen Weise betätigen muß, und daß die Sukzession in diese Macht nicht auf dem privatrechtlichen Sukzessionstatbestand beruht, der die Sukzession in das private Vermögen des Verwalters bewirkt, sondern auf einem besonderen amtlichen Sukzessionsbestande. Gerade so wie beim Vormunde. Wann unter diesen Umständen eine Stiftung vorliegt, ist jedoch eine Frage des positiven Rechtes.

2. Stiftungsgeschäft. a) *v. Hugo, Die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts 3. Das Stiftungsgeschäft ist entweder ein solches unter Lebenden oder eine Verfügung von Todes wegen. Letztere kann ein Testament oder ein Erbvertrag

sein. b) *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 320 ff. Die Stiftungserklärung darf nicht als nicht empfangsbedürftig bezeichnet werden. Sie muß vielmehr behufs Wirksamkeit auch erst im Sinne des § 130 „zugehen". Vorher, solange sie noch im Besitze des Stifters ist, ist sie überhaupt nicht Erklärung und daher unerheblich. Vollzogen ist die Erklärung erst mit Eingang bei der zuständigen Behörde.

3. Ist Genehmigung bei Organisationsänderungen erforderlich? OLG. **15** 324 (Naumburg). Die Genehmigung des Königs ist sowohl nach den Vorschriften des öffentlichen Rechtes, als im Falle des Art. 4 PrAGBGB. nur erforderlich, wenn die Verfassung der Stiftung in Ansehung des Zweckes geändert werden soll, nicht dagegen, wenn wie hier, der Zweck der Stiftung unverändert bleibt und nur ihre Organisation insofern geändert wird, als das Kapital der Stiftung der bisher allein zur Verwaltung berufenen Muttergemeinde und der aus ihr gebildeten Tochtergemeinde durch Vertrag zu gleichen Teilen zugewiesen wird; hier genügt die Genehmigung der Aufsichtsbehörden.

4. Über die Vertretungsmacht des Vorstands vgl. Note 2 zu § 26.

5. Über Sammelunternehmen vgl. Note 3 zum 2. Titel.

§ 86. Vgl. Note zu § 89.

§ 87. Abs. 2 Satz 1. Wegen „tunlichst" vgl. *Weyl aaO. (oben zu § 46 unten zu § 89) 94 f., 122.

§ 88. Über den Stand des — primär in Frage kommenden — Partikularrechts vgl. *Weyl 95 ff. (118 ff.).

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

Literatur: Baumann, Die juristischen Personen nach dem im rechtsrheinischen Bayern geltenden Staatskirchenrechte, BayRpflZ. **07** 230. — Geigel, Erleichterter Nachweis der Rechtsfähigkeit der Synagogen außerhalb des Rabbinatssitzes, ElsLothJZ. **32** 392. — Letzgus, Sind die württembergischen Kommunalsparkassen (Gemeinde-, Oberamtssparkassen) selbständige öffentliche Behörden? WürttZ. **07** 211—217. — Samulon, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts betreffend die Haftung des Fiskus und der Körperschaften des öffentlichen Rechtes für Handlungen ihrer Beamten und sonstigen Angestellten gemäß §§ 31, 89, 831 BGB., PosMschr. **07** 17 ff. — Schiller, Haftpflicht der Gemeinden und Lehrer, Selbstverw. **34** 129. — Stier-Somlo, Haftung des Staates für die Beamten, DWirtschZ. **3** 289 ff. — Tretzel, Die Kirchengemeinde nach bay. Rechte, AKathKirchR. **86** 652. — Derselbe, Die Kirchengemeinde nach pfälzischem Rechte, DZKirchR. **17** 17. — Weyl, Der Fiskus im gegenwärtigen deutschen Privatrechte. Kieler Festgabe für Hänel. Kiel und Leipzig 1907 (auch als Sonderabdruck erschienen).

§ 89. 1. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes. a) Begriff. *Wiedemann aaO. 133. Die Körperschaft, d. h. der öffentlich-rechtliche Verein, ist ein Verein mit juristischer Persönlichkeit zur Führung eines Stückes öffentlicher Verwaltung. Kriterium gegenüber dem privatrechtlichen Verein ist die positiv gesetzliche Anerkennung seiner öffentlich-rechtlichen Qualität, und, wo solche fehlt, die Verpflichtung des Vereins gegenüber dem Staate zur Erfüllung seines korporativen Zweckes als einer ihm überwiesenen Staatsaufgabe (133, 138). b) Der Fiskus. *Weyl aaO. I. Der Fiskus hat eine privatrechtliche Sonderstellung nach dem BGB. (und nach einigen anderen reichsrechtlichen sowie nach den landesrechtlichen Quellen, insbes. den Ausführungsnormen zum BGB. und seinen Nebengesetzen) namentlich in folgenden Punkten (87 ff.): 1. Rechtsbeziehungen zu gewissen bona vacantia (Erbschaften insbes. § 1936, Vereinsvermögen § 46 Satz 1, Stiftungsvermögen § 88 Satz 2, Grundstücke § 928 Abs. 2, Versteigerungserlös bei Bürofund, § 981 Abs. 1); über die Unterschiede zwischen den einzelnen Vorrechten und über die inneren Gründe 99; über die Vorbehalte zugunsten des Landesrechts (BGB. §§ 85, 88, EGBGB. Artt. 85, 129, 138) und über den diesbezüglichen Stand des Partikularrechts 100 ff. 2. Haftung für seine Beamten 102 f. 3. Partikular-

rechtlich-hypothetische Ansprüche aus EG. Art. 145 Abs. 1 Satz 1 sowie aus Artt. 91 und 139 und aus Artt. 92, 100, 118 (104 ff., 107 ff., 113 ff.). 4. Sonderbestimmungen im BGB. §§ 196 Abs. 1 Nr. 15, 395, 411, 795 Abs. 4, 979 Abs. 1 Satz 2 (110 ff.). 5. Zu GBO. §§ 12 Satz 2, 90 Abs. 1 Satz 1 (115 ff.). 6. Sonstige reichsrechtliche Einzelvorschriften (99 f., 115 f.). — II. Die Gesamtbetrachtung (117 ff.) lehrt folgendes: Diese Sondernormen lassen sich zum großen Teile gewissen übergeordneten Prinzipien einordnen (117 f.); sie bestehen vielfach nur auf untergeordneten ökonomisch technischen Bedürfnissen (118); man muß zwischen reichsrechtlichen und den (einen sehr bunten Rechtszustand bietenden) partikularrechtlichen Normen unterscheiden (118 f.) und innerhalb letzterer zwischen den älteren und den auf den Ausführungsnormen beruhenden (119 f.); zumeist handelt es sich um Privilegien des Fiskus und zwar größtenteils um privilegia favorabilia (120 ff.), von denen aber die meisten für die Praxis recht belanglos sind (121 ff.) und die der Fiskus durchweg mit anderen Verbandspersönlichkeiten des öffentlichen Rechtes, zum Teil auch mit juristischen Personen des Privatrechts oder mit gewissen physischen Personen teilt (122); im Vergleiche zum älteren gemeinen und deutschen Privatrechte sind diese Privilegien, entsprechend der Entwickelung der Staatsstellung in der deutschen Rechtsgeschichte, sehr verringert (122 ff.); an der zivilrechtlichen Persönlichkeit des Reichsfiskus im besonderen ist nicht zu zweifeln, zumal er auch im BGB. und in verschiedenen anderen Gesetzen ausdrücklich erwähnt wird (124 f.). c) Die Kirche und Verwandtes. α. Baumann aaO. Juristische Persönlichkeit hat die katholische Kirche in Bayern, d. h. die bayerische Landeskirche, dagegen nicht eine über das bayerische Staatsgebiet hinausgreifende Organisation der Kirche, ferner die Bistümer nebst der mensa episcopalis und dem Domkapitel, sowie die Kirchen- und Pfründenstiftung der Pfarrei. β. *Tretzel, AKathKirchR. **86** 652. Die Kirchengemeinde ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes zur ortskirchlichen Finanzverwaltung. Sie ist der organisierte Kirchenverband des kanonischen Rechtes in räumlicher Beziehung und umfaßt die Konfessionsgenossen, die einer Pfarrkirche oder Filialkirche mit selbständigem Pfarrgottesdienst und selbständiger Seelsorge zugewiesen sind, bzw. im Sprengel einer solchen wohnen. Mehrere Gemeinden können in einem öffentlich-rechtlichen Verbandsverhältnisse stehen; ein solches ist das Simultanverhältnis. Die Vertretung in allen Beziehungen hat die Kirchenverwaltung. Bei gewissen wichtigeren Rechtsgeschäften ist die Kirchengemeindeversammlung einzuvernehmen, auf deren Votum die Kuratelbehörde entscheidet. Die Kirchengemeinde hat den fehlenden Bedarf des Kirchenvermögens aufzubringen. Ihre Baupflicht ist öffentlich-rechtlich. Das Kirchenvermögen, welches der Kirchenstiftung gehört, stellt das Vermögen der Kirchengemeinde dar. Gesondertes Kirchengut gibt es nicht. Die Kirchengemeinde kann zur Aufbringung des Bedarfs insbesondere zu Kultusbauten Umlagen erheben und Hand- und Spanndienste anordnen. Die Reichnisse für die Geistlichen und Kirchendiener, die Stolgebühren sind Kirchengemeindeabgaben. Soweit Kuratelgenehmigung nötig ist, sind Rechtsgeschäfte ohne Genehmigung ungültig. γ. *Tretzel, DZKirchR. **17** 17. In der Pfalz gilt noch das wenig modifizierte französische Recht. Nach diesem steht das Eigentum am katholischen Kirchenvermögen den Kirchenfabriken zu, rechtsfähigen gemeindlichen Anstalten (Stiftungen), es ist nicht Kirchengemeindevermögen noch Gemeindegut. Die Gemeinden haben aber den fehlenden Bedarf der Kirchenfabriken zunächst aus ihren überschüssigen Gemeinderevenüen zu decken, den fehlenden Rest durch gemeindliche Sonderumlagen nur von den Konfessionen, aber von denen der ganzen Pfarrei aufzubringen. Eine Kirchengemeinde gibt es in der Pfalz nicht, aber die an der Aufbringung des Bedarfs beteiligten Gemeinden bilden einen Kirchengemeindeverband. In der unierten Kirche gibt es Kirchengemeinden, diese sind aber innerkirchliche Organisationen, doch ist ihnen das Kirchenvermögen zur Verwaltung überlassen Dieses ist nicht Eigentum der Kirchenge-

meinde, sondern der Kirchenstiftung, nur mittelbares Kirchengemeindegut. Die Aufbringung des fehlenden Bedarfs obliegt den politischen Gemeinden, bzw. dem Kirchengemeindeverbande der beteiligten Gemeinden. δ. Geigel aaO. Allen, vom Bezirkskonsistorium in Elsaß-Lothringen fortlaufend überwachten Synagogenverbänden kommt die Eigenschaft eines etablissement public, folglich die Rechtsfähigkeit zu, schon deshalb, weil sie ihnen durch das Bezirkskonsistorium als staatlich eingesetzter Oberbehörde tatsächlich stets zuerkannt wurde. **d)** Sparkassen. α. **RG.** PucheltsZ. **38** 192. Die nach Maßgabe des Sparkassenreglements vom 12. Dezember 1838 errichteten städtischen Sparkassen sind nicht selbständige juristische Personen, vielmehr eine Anstalt der Gemeinde. Daraus folgt aber nicht, daß eine gegen eine solche Sparkasse gerichtete Klage mangels Passivlegitimation abzuweisen ist. Die Sparkassenverwaltung ist vielmehr in solchen Fällen als gesetzliche Vertreterin der Gemeinde anzusehen. β. Ebenso **RG.** JW. **07** 81, PucheltsZ. **38** 241, RheinA. **104** 208 γ. Pos. MSchr. **07** 74 (KG.). Die nach dem SparkRegl. vom 12. Dezember 1838 begründeten kommunalen Sparkassen sind nicht kraft Gesetzes juristische Personen, sondern (in Ermangelung ausdrücklicher Verleihung der Persönlichkeit) lediglich eine Einrichtung des Kommunalverbandes, der Inhaber des Sparkassenvermögens ist (KGJ. **28** A 71); der Magistrat ist danach zur Vertetung einer städtischen Sparkasse befugt, und zwar nach außen gemäß § 56[8] StädteO. auch dann, wenn in dem Sparkassenstatute die Vertretung dem Sparkassenvorstand ausschließlich übertragen ist. **e)** Schule. Über die Rechtsverhältnisse der öffentlichen Volksschulen in Rheinpreußen, die Eigentumsverhältnisse am Schulvermögen und die Unzulässigkeit einer Realteilung s. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1187.

2. Allgemeine Grundsätze. **a)** **RG. 64** 409 ff. Die Bestimmungen des 2. Titels finden nur in den Grenzen des § 89 Anwendung auf die Körperschaften öffentlich-rechtlicher Art. Die Organisation dieser Körperschaften ist, als nicht dem Privat-, sondern dem öffentlichen Rechte angehörig, den Landesgesetzen überlassen, die u. a. auch zu bestimmen haben, in welcher Weise sie durch Willensorgane zu vertreten sind, und in welcher Form die Organe mit verbindlicher Kraft Willenserklärungen abzugeben haben. **b)** **RG. 65** 113. Auch öffentlich-rechtliche Verhältnisse können Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen, die unter analoger Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen sind und Schadensersatzverpflichtungen herbeiführen können. Besteht demnach gemäß § 97 GewUVG. für die Berufsgenossenschaft dem Postfiskus gegenüber eine Verpflichtung, für eine solche Aufbewahrung der Formulare, Stempel, Siegel usw. zu sorgen, daß ein Mißbrauch damit ausgeschlossen, so haftet sie nach §§ 276, 31, 89, 278 BGB. für etwaigen Schaden.

3. Öffentliche Stiftungen. **RG.** JDR. **5** Note 2 steht auch DJZ. **07** 74.

4. Anwendungsgebiet des § 89. **a)** Allgemeines. Samulon aaO. kommt auf Grund der Rechtsprechung des RG. zu folgenden Ergebnissen: I. Die Haftung des Staates, der Gemeinden und der Kommunalverbände gemäß BGB. für Handlungen ihrer Angestellten tritt nur ein, soweit es sich um die Vertretung des Fiskus ꝛc. als privatrechtlichen Vermögenssubjekts und nicht als Inhaber der öffentlichen Gewalt handelt. Das unterscheidende Merkmal liegt in dem Gebiet, auf dem die Handlung begangen wird: nach BGB. haftet der Staat, soweit er in privatrechtliche Beziehung zu den Beteiligten tritt, im Gegensatze zur Ausübung der öffentlichen Staatsgewalt. — Dabei wird er aber nur demjenigen schadensersatzpflichtig, dem gegenüber die Beziehungen privatrechtlicher Natur sind. Gleichgültig, ob sie etwa nur bei Gelegenheit oder im Interesse der Ausübung öffentlicher Gewalt entstanden sind. II. Die Haftung ist unbedingt und nicht abwendbar nur bei Vorständen, deren Mitgliedern und verfassungsmäßig berufenen Vertretern, während

bei sonst zu einer Verrichtung Bestellten culpa in eligendo hinzutreten muß, § 89 (31—831). Der Unterschied der beiden Personengattungen liegt in der Art ihrer Berufung, nicht darin, ob sie Beamte oder Nichtbeamte, nicht allein darin, ob sie Vertreter oder nicht Vertreter sind. Satzungsgemäß berufene Vertreter sind solche, die auf Grund der Verwaltungsorganisation zu einer organisatorisch geregelten Dienstaufgabe und selbständigen Vertretung berufen sind, im Gegensatze zu solchen nur zu einer Verrichtung bestellten Personen,die ihre Dienstaufgabe nur auf die Berufung durch einen solchen Vertreter zurückführen. Trotzdem kann auch für Handlungen solcher Bestellten eine unbedingte Haftung eintreten, wenn die allgemeine Pflicht der satzungsgemäß berufenen Vertreter zur Aufsicht gegenüber den Bestellten verletzt ist. **b)** Verfassungsmäßig berufener Vertreter. α. *Wiedemann aaO. 571,577. Damit ein Vertreter die juristischen Personen des öffentlichen Rechtes durch seine Handlungen nach § 31 BGB. haftpflichtig macht, ist nötig, daß er im privatrechtlichen Verkehr und nicht in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt (Art. 77 EGBGB.) handelt und daß er durch die Verfassung, Gesetz oder organisatorische Verwaltungsbestimmungen als Vertreter berufen und in Ausübung der ihm nach diesen Bestimmungen zustehenden Verrichtungen tätig wird. So auch Lenel 11/12, Kißkalt, DJZ. **02** 552/53, **RG. 53** 267/82, **55** 171/79, 229 ff. β. Bahnbeamte. **RG.** BadRpr. **07** 120. In Baden sind die Betriebsinspektoren verfassungsmäßig berufene Vertreter der Großherzoglichen Staatseisenbahn. — SchlHolstAnz. **07** 305 (Kiel). Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß als verfassungsmäßig berufene Vertreter des Fiskus oder einer anderen öffentlichen Körperschaft nicht nur die Zentralbehörde, sondern auch die unter deren Oberaufsicht fungierenden Vorstände und Leiter der einzelnen Verwaltungsressorts anzusprechen sind (Planck [3] Bem. 2 zu § 31); also ist der Betriebsdirektor einer Bahnverwaltung ihr Vertreter i. S. der §§ 31, 89. γ. Baudeputation. **RG.** R. **07** 966. Was für den Verein die Satzung, das sind für die Körperschaften des öffentlichen Rechtes die die Gliederung ihrer Verwaltung regelnden Bestimmungen, für die Stadtgemeinden der östlichen preußischen Provinzen die StädteO. vom 30. Mai 1853. Danach vertritt der Magistrat die Stadtgemeinde nach außen (§§ 10, 56 Ziff. 8). Gemäß § 59 können aber zur dauernden Verwaltung oder Beaufsichtigung einzelner Geschäftszweige besondere Deputationen gewählt werden. — Die Baudeputation war zwar dem Magistrat untergeordnet (§ 59 Abs. 2), und es ist auch nicht festgestellt, wie weit auf Grund von Magistrats- und Gemeindebeschlüssen ihre Zuständigkeit und ihre Selbständigkeit reichten. Ohne weiteres darf jedoch angenommen werden, daß sie die laufenden Geschäfte ihres Verwaltungszweigs selbständig besorgte (vgl. Oertel, StädteO. § 59 Note 4, 5). Hierzu gehörte die Beaufsichtigung des baulichen Zustandes der Straßen und deren Instandhaltung, im besonderen die Ausbesserung von Schäden, wie die fraglichen an dem Senkschachte, die mit geringen Kosten behoben werden konnten. Mindestens in der hier erheblichen Beziehung war daher die Baudeputation eine andere verfassungsmäßige Vertreterin der Beklagten neben dem Magistrat i. S. §§ 31, 89 BGB. δ. Postbeamte. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1103, JW. **06** 706[1], SchlesHolstAnz. **07** 23, R. **07** 51. Ein Postassistent ist kein Vertreter des Fiskus im Sinne der §§ 30, 31, 823; er hat als Hilfsbeamter der Postanstalten keine selbständige Vertretungsbefugnis. — OLG. **14** 2 (Celle). Ein Postillon ist nicht verfassungsmäßig berufener Vertreter des Reichspostfiskus; seine Tätigkeit charakterisiert sich ebensowenig als Vertretung, wie die eines Bahnmeisters oder des Hausmeisters eines Postamts. Ist das gesamte Postfuhrwesen, einschließlich der Anstellung der Postillone, einer Privatperson übertragen, so ist diese es, nicht der Postfiskus, die den Postillon zu Verrichtungen gemäß § 831 bestellt. ε. Lehrer, Schulvorsteher. Schiller aaO. In der Regel wird der Lehrer nicht als verfassungsmäßig berufener Vertreter der Gemeinde

handeln, sondern als Vertreter der Schulhoheit infolge Auftrags des Staates. In solchem Falle haftet die Gemeinde nicht aus §§ 31, 89 für ihn. — SchlHolstAnz. **07** 290 (Kiel). Die beklagte Schulgemeinde ist eine juristische Person des öffentlichen Rechtes, die Schulvorsteher sind ihre verfassungsmäßigen Vertreter. Sie haben nach der revidierten Instruktion für die Schulvorsteher vom 1. August 1890 dafür zu sorgen, „daß das Schulgebäude mit allen Zubehörungen beständig in einem guten baulichen Zustand erhalten werde", und verhaften daher die Schulgemeinde, wenn infolge Außerachtlassung dieser Pflicht jemand sich an einer schadhaften Kletterstange verletzt. ζ. Lotse (vgl. JDR. **5** 3b ζ). DJZ. **07** 136, OLG. **14** 3 (Rostock). Die Stadt Rostock würde für ein Versehen eines von ihr bestellten Zwangslotsen nur dann haften, wenn dessen Verrichtungen in Ausführung eines zu ihrer Privatrechtssphäre gehörenden Geschäfts vorgenommen würden. Dies ist nicht der Fall. Die Bestellung der Lotsen als Beamte, wie die Einführung des Lotsenzwanges ist lediglich zur Sicherheit der Schiffahrt und aus Gründen der Hafenpolizei erfolgt; das Verhältnis der Stadt zu den Zwangslotsen ist daher lediglich öffentlich-rechtlich und die Lotsen handeln, soweit sie bei ihren Verrichtungen als verfassungsmäßige Vertreter der Stadt erscheinen, in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt. — HansGZ. **07** Hptbl. 109 (Hamburg). Die Kuxhavener Kreuzerlotsen sind selbständige Gewerbetreibende mit ausschließlicher Berechtigung, welche ihr privilegiertes Gewerbe unter staatlicher Aufsicht ausüben. Diese Aufsicht ist aber öffentlich-, nicht privatrechtlicher Natur; mithin haftet der Staat nicht aus §§ 31, 89 für sie. η. Vgl. JDR. **1** 8c—o, **2** 5, **3** 2, **4** 3, **5** 3. **c)** Klagebegründung. α. **RG.** JW. **07** 315[19]. Daß eine Fahrlässigkeit eines bestimmten Vertreters des Eisenbahnfiskus dargetan werde, ist nicht erforderlich. Die gefährliche Einrichtung befand sich als eine dauernde unter den Augen der Vorstandspersonen des Fiskus im Hauptbahnhofe in M., am Sitze der Verwaltung; war es aber wahrgenommen, so mußte Abhilfe geschaffen werden. β. **RG.** R. **07** 1128. Steht fest, daß ein Unfall auf das fahrlässige Verhalten eines der Vertreter einer Gemeinde zurückzuführen ist, so bedarf es nicht der Feststellung, welche physische Person ihrer Vertretung der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft. **d)** Einzelne Fälle. α. Vgl. JDR. **4** 5, **5** 3c. β. PucheltsZ. **38** 249, RheinA. **103** I 45 (Cöln). Eine kleine Gemeinde ist nicht polizeilich verpflichtet, sich fortgesetzt davon zu überzeugen, daß von allen Stellen ihres Bezirks die hierzu Verpflichteten die zur Verhütung von Unfällen erforderlichen Vorkehrungen getroffen haben. Sie haftet nicht für die Verletzung, welche der Kläger dadurch erlitt, daß sein Wagen auf einem von Legung der Wasserleitung herrührenden Schutthaufen umschlug, weil die Warnungslaterne zufällig ausgelöscht war. γ. SeuffBl. **07** 959 (München). Der Eisenbahnfiskus haftet als Betriebsunternehmer dafür, daß die Abortanlage, welche er tatsächlich dem reisenden Publikum (mit oder ohne Fahrkarte) zur Verfügung stellt, sich in einem die Gefährdung des Publikums ausschließenden Zustande befindet. Er wird von der Haftung nicht dadurch frei, daß er die Sorge dafür einer Wartefrau überträgt, muß sich vielmehr davon überzeugen, daß sie ihren Verpflichtungen nachkommt.

5. Die §§ 31, 89 und Art. 37 EG. **a)** JDR. **1** 10, **2** 56, **3**, **4** 6, **5** 5. **b)** Das Reich. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 619. Das Reich haftet nicht für den Schaden, der durch das Verschulden eines Konsulatsbeamten in Ausübung seines Amtes entsteht. **c)** Bayern. BayNotZ. **07** 106 (München). Der bayerische Staat haftet nicht für solche Schäden, welche einem Dritten aus unrichtiger Auskunft seitens des Personals eines Notars erwachsen sind; seine Haftung beschränkt sich nach dem Wortlaute des Art. 126 BayNotG. auf Schäden aus Amtspflichtverletzungen des Notars selbst oder seines Amtsverwesers. **d)** Hamburg. HansGZ. **07** Hptbl. 109 (Hamburg). Der hamburgische Staat haftet nicht für schuldvolle Unterlassungen seiner Beamten und Organe. **e)** Preußen. α. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1194,

RheinA. **104** 221, R. **07** 718. Nach Art. 1384 C. c. haftet in der Rheinprovinz der Staat auch dann, wenn der Fremde im einzelnen Falle keine Weisungen von seiner vorgesetzten Behörde erhalten, sondern auf Grund feststehender gesetzlicher Bestimmungen gehandelt hat. Die KabO. vom 4. Dezember 1831 gilt für die Rheinprovinz nicht, wohl aber in den neuen Provinzen. Außer in der Rheinprovinz ist deshalb eine Haftpflicht des Staates nicht begründet. β. RheinA. **103** 46 (Cöln). Es ist richtig, daß auch unter der Herrschaft des BGB. in der Rheinprovinz der Staat und die juristischen Personen des öffentlichen Rechtes auf Grund des Art. 1381 C. c. in Verb. mit Art. 77 EGBGB. und mit Art. 89 Nr. 2 PrAGBGB. für den von ihren Beamten in Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden haften. Es entspricht auch der bestehenden Rechtsprechung, daß die rheinische Stadtgemeinde auf Grund des Art. 1384 für Handlungen, welche die von ihr angestellten und bezahlten Polizeibeamten in Ausübung der Polizeigewalt vornehmen, verantwortlich gemacht werden kann (**RG. 54** 19, RheinA. **102** I 103). Auch gilt derselbe Grundsatz für die rheinische Landgemeinde, weil auch hier die Handhabung der Polizei „ein auf gesetzlicher Delegation beruhendes Attribut der Gemeindeverwaltung" ist (**RG.** aaO.). Sache der Polizeibehörde ist jedoch nur, die Aufsicht darüber zu führen, daß die dem öffentlichen Verkehre dienenden Wege verkehrssicher sind und gegebenenfalls einen verkehrssicheren Zustand zu erzwingen. **f)** Sachsen. OLG. **14** 1 (Dresden). Nach sächs. Gewohnheitsrecht haftet der Staat für den Schaden, den seine Beamten durch Verschulden in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt, besonders durch Mißbrauch ihrer Amtsgewalt, verursachen.

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Vorbemerkung: Gegen den im letzten Jahrgange mitgeteilten Vorschlag Neumanns zur Sicherung der Maschinenfabrikanten sind von mancher Seite Bedenken erhoben worden (vgl. Ziff. I zu § 95). Es scheint aber, als wenn das RG. die aus seiner Auslegung des Gesetzes für die Maschinenindustrie hervorgehenden Schädigungen neuerdings nach Möglichkeit zu vermeiden bestrebt wäre. Von besonderer Bedeutung sind hier die Entscheidungen vom 2. 11. 07 und 17. 12. 07, Ziff. II 1 b u. c zu §§ 93, 94.

Literatur: Affolter, Der körperliche Gegenstand und die Bestandteile einer Sache im BGB., DJZ. **07** 930—935. — Alsberg, SeuffBl. **07** 333—335. — Dennler, Das Erbbaurecht als Ersatzmittel des Eigentumsvorbehalts bei Lieferung von Maschinen, ZBlFG. **8** 237—239. — Frank, Die Maschinenindustrie und ihre Gefährdung durch die Rechtsprechung. Freiburg 1907. — Hoyer, Wesentliche Bestandteile einer Sache als Gegenstand besonderer Rechte, DJZ. **07** 1368/69. — Kloeß, Die allgemeinen Sachen, Luft und Wasser nach geltendem Rechte. Halle 1907. — Kretzschmar, Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über die wesentlichen Bestandteile, R. **07** 285—290. — Krückmann, Die Beschränkung der Dienstbarkeit oder der Hypothek auf einen bestimmten Teil eines Grundstücks und die Lehre von den wesentlichen Bestandteilen, ZBlFG. **7** 663—674. — Marty, Der Eigentumsvorbehalt an Maschinen, SchweizJZ. **4** 33—36. — Niedner, Bestandteil und Zubehör, SeuffBl **07** 8—14. — Nissen, Wesentlicher Bestandteil und Eigentumsvorbehalt, JW. **07** 193—195. — Oberwinter, Ist eine Änderung der Gesetzgebung zwecks Ermöglichung des Eigentumsvorbehalts an Maschinen notwendig? JheringsJ. **51** 253—290. — Scherer, Wann sind Maschinen Bestandteile im Sinne des BGB. (§ 94 Abs. 2, § 93)? ZBlFG. **8** 369—386. — Suppes, Maschinenlieferungsvertrag als Mietvertrag im Konkurs des Bestellers, ZBlFG. **8** 879—888. — Tretzel, Kirchliche Sachen, SeuffBl. **07** 704—716. — Türk, Die Zubehöreigenschaft von Baumaterialien, KGBl. **07** 25—29. — Wedemeyer, Der Eigentumsvorbehalt beim Verkaufe von Maschinen, DWirtschZ. **07** 817—822. — Weil, Begriff und Bedeutung der Nebensachen und Zutaten im bürgerlichen Rechte. München 1907. — Zelter, Eigentumsvorbehalt an Maschinen, JW. **07** 195—196.

§ 90. 1. Luft und Wasser (JDR. **4** Ziff. 3). *Kloeß. Die allgemeinen Sachen Luft und Wasser stellen „Sachen" und „körperliche Gegenstände" im Sinne

des BGB. nur in unfreiem Zustande dar, sofern sie durch Ausscheidung aus der freien Gesamtmenge, die ein Verfließen mit dieser verhindert, in den Eigenbesitz einer Person übergegangen sind. Nur unfreie allgemeine Sachen bilden das Objekt eines Vermögensrechts. Im freien Zustande dienen sie dem allgemeinen Gebrauche der Menschen zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse, die dazu kraft privaten Eigen- oder Persönlichkeitsrechts berechtigt sind. ➠ Gegenüber dem Einwurfe, daß dieses Eigenrecht vielleicht keinen privaten, sondern einen „natürlichen" Charakter habe, bemerke ich, daß man es wohl am besten als ein Gemeineigenrecht jedes Gebietsangehörigen zum Gemeingebrauche von verkehrsunfähigen allgemeinen Sachen im Gegensatze zu den öffentlichen Eigenrechten besonderer Personenkreise an beschränkt verkehrsfähigen Sachen und den privaten Eigenrechten von Einzelpersonen an unbeschränkt verkehrsfähigen „Gegenständen" kennzeichnet. ⟵

2. Burckas, Eigentumsrecht, Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht an Briefen 2, 6 f., 22. Der Brief, wie überhaupt jedes Schriftstück, ist eine bewegliche Sache im Sinne des BGB. Er ist deshalb, soweit das körperliche Substrat des Briefes selbst in Frage kommt, allenthalben nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des BGB., insbesondere des Sachenrechts (Besitz-, Eigentumsübergang, Klagen aus dem Besitz und dem Eigentum) zu beurteilen. Diese allgemeinen Grundsätze erleiden nur insoweit eine eigentümliche und gegebenenfalls sehr bedeutende Einschränkung, als an den Briefen oder an sonstigen Schriftstücken ein Urheberrecht oder Persönlichkeitsrecht haftet, das der schrankenlosen Ausübung des Eigentums entgegensteht (s. oben Anhang zu § 12 Ziff. IV α).

3. Kirchliche Sachen (vgl. JDR. 5 Ziff. 4b). a) *Tretzel, SeuffBl. **07** 704. Über die rechtlichen Eigenschaften der kirchlichen Sachen entscheidet das staatliche Recht, nur über die kirchliche Bedeutung der res sacrae bestimmt das kirchliche Recht. Die kirchlichen Sachen werden durch die Weihe nicht dem Verkehr entzogen, sie unterliegen nur als öffentliche Sachen landesgesetzlichen Verfügungsbeschränkungen. Die Verfügungsbeschränkungen des bayerischen Rechtes sind zwingender Natur, nicht bloße Verwaltungsanordnungen an die Verwaltungsorgane. Sie lassen fremdes Eigentum und Nutzungsrechte insoweit zu, als dadurch nicht die gottesdienstliche Bestimmung beeinträchtigt wird. Die Befugnis zur Benutzung von Kirchenstühlen kann in einem privaten Kirchenstuhlrechte beruhen, sie kann den Kirchengemeindegliedern als öffentliches Verbandsrecht eingeräumt sein; soweit solche Rechte nicht bestehen, kann der Kirchenvorstand kraft seiner Kirchenzuchtgewalt die Benutzung regeln. Auch an kirchlichen Begräbnisstätten gibt es dingliche Gebrauchsrechte oder öffentlichrechtliche durch Kirchengemeindesatzung begründete Verbandsrechte. b) Über das Recht auf Benutzung bestimmter Kirchenstühle vgl. ThürBl. **54** 289 ff. (Jena).

4. Hauptsachen, Nebensachen und Zutaten. Weil 17 ff., 49 ff. führt zur Unterscheidung der Zutaten von den Nebensachen aus: Während die Existenz der Nebensachen im allgemeinen von dem Umstand abhängig ist, daß an sich selbständige Sachen durch Parteiwillen oder Zufall in gewisse Beziehungen zu anderen Sachen geraten, ist das Vorhandensein solcher Beziehungen eine den Zutaten begrifflich innewohnende Eigentümlichkeit. Sie sind von vornherein nicht dazu bestimmt, in ihrer Selbständigkeit wirtschaftliche Bedeutung zu gewinnen, ihre wirtschaftliche Zweckbestimmung erfüllt sich vielmehr erst in der durch diese Zweckbestimmung gebotenen Verbindung mit der herrschenden Sache. Es kann daher auch die Verabredung der Parteien keiner Sache Zutateneigenschaft beilegen, ohne daß ihr diese Eigenschaft innewohnt (s. unten zu § 470).

§ 92. R. **07** 1394 (BayObLG.). Wertpapiere, die in Schuldverschreibungen auf den Inhaber bestehen, gehören nicht schlechthin zu den beweglichen körperlichen Sachen, weil in ihnen ein Forderungsrecht (gegen den Aussteller) verbrieft ist; sie

werden nur in einzelnen Beziehungen nach sachenrechtlichen Vorschriften behandelt. Jedenfalls sind sie nicht verbrauchbare Sachen.

§§ 93 ff. 1. Affolter, DJZ. **07** 932. Die Bestimmungen der §§ 93 ff. finden nur Anwendung bei einer Mehrheit rechtlich am Eigentum interessierter Personen; nur in diesem Falle bedeutet die Sache das Eigentum, ist also, wie § 90 sagt, ein „körperlicher Gegenstand"; nur dann hat die Sache Bestandteile im Rechtssinne. Für den Besitzer allein hat die Sache keine Bestandteile von rechtlicher Bedeutung, sondern nur Bestandteile rein tatsächlicher Natur.

2. Unwesentliche Bestandteile. **a)** Die Frage, ob es unwesentliche Bestandteile einer beweglichen Sache gibt, bejahen Planck I zu § 93 Ziff. 2, Eck, Vortr. I 104, Crome I 278. Dagegen Affolter, DJZ. **07** 934, der auch bei Grundstücken keine unwesentlichen Bestandteile anerkennt. AM. Sohm, Der Gegenstand Anm. 10. **b)** Riedner, SeuffBl. **07** 11. Als unwesentliche Bestandteile sind diejenigen zu bezeichnen, deren Wertsteigerung durch die Verbindung im Verhältnisse zu ihrem Eigenwert nur unbedeutend ist; die Bestandteile, bei denen diese Voraussetzung nicht zutrifft, sind wesentliche.

3. Über den Begriff der Bestandteils- und Zubehöreigenschaft von Gegenständen, die sich in einem zum Gewerbebetriebe (Dampftischlerei) eingerichteten Gebäude befinden, handelt SchlHolstAnz. **07** 295 ff. (Kiel) unter Anwendung der vom RG. aufgestellten Grundsätze.

4. LG. Mannheim, BadNotZ. **07** 43: Die ein Grundstück bildenden Flächenteile sind nicht wesentliche Bestandteile des Grundstücks in dem Sinne, daß sie nur Gegenstand einheitlicher Rechtsverhältnisse sein können; sie werden hierzu auch nicht dadurch, daß das Grundstück überbaut wird. Gerade aus der im § 94 Abs. 1 anerkannten Bestandteilseigenschaft des Gebäudes ergibt sich, daß dieses mit dem Grund und Boden, auf dem es steht, durch vertikale Linien geteilt werden kann.

§§ 93, 94. I. 1. Maschinen wesentliche Bestandteile. (JDR. **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. I 2 u. II 1.) **a)** Kretzschmar, R. **07** 285 ff. bemängelt in Übereinstimmung mit Oertmann (JDR. **5** Ziff. II 3), daß das RG. nicht ausreichend berücksichtige, wie eine Sache zur Herstellung des Gebäudes eingefügt sein müsse, um einen wesentlichen Bestandteil desselben zu bilden. Maschinenanlagen, Wasser-, Gas- und Elektrizitätsanlagen, Badeeinrichtungen, Aufzüge u.dgl. stellten sich aber als eine Verbesserung des fertigen Gebäudes und damit als Einrichtungen im Sinne des Gesetzes dar, die der Wegnahme nach § 951 Abs. 2 unterliegen. Die Wegnahme sei aber auch gegen den Hypothekengläubiger zulässig. AM. allerdings das RG., das den § 949 Satz 3 nicht berücksichtige. Näheres s. unten zu § 951. **b)** *Oberwinter, JheringsJ. **51** 253 ff. Maschinen sind mit verschwindend wenigen Ausnahmen nie wesentliche Bestandteile der Fabriken. Sie „können" regelmäßig von dem Fabrikgebäude getrennt werden, ohne daß nennenswerte Wertverluste entstehen. Diese Möglichkeit wird auch durch fehlenden Ersatzwillen oder fehlendes Ersatzvermögen (zu vgl. **RG.** JW. **06** 190) des Eigentümers nicht ausgeschlossen. Regelmäßig behalten die Maschinen sogar trotz intensivster Verbindung mit einem Fabrikgebäude die Qualität selbständiger Sachen, sind also nicht einmal einfache Bestandteile der Fabriken. Zu sagen, sie hätten „zur Herstellung" des Fabrikgebäudes gedient, unterliegt erheblichen Bedenken. Endlich liegt eine feste Verbindung „mit dem Grund und Boden" dann nicht vor, wenn etwas mit einem Gebäude verbunden ist trotz indirekter Verbindung mit dem Grund und Boden. Die abweichende vom RG. vertretene Ansicht hat ihren tieferen Grund in der historischen Entwickelung, welche basiert auf einer irrtümlichen Auffassung der römischen Quellen. Der Satz omne quod inaedificatur solo cedit hat in dem von der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis vertretenen Umfange nie bestanden; die Quellen berechtigen

seine Anwendung nur auf Baumaterial im engeren Sinne. c) Scherer, ZBlFG. **8** 369 ff. stellt bezüglich der Frage, ob Maschinen Bestandteile eines Grundstücks werden können oder ob sie regelmäßig nur Zubehör sind, die Rechtsprechung des RG. aus der Zeit vor und nach 1900 zusammen und gelangt zu dem Resultate, daß sie — wie auch nach gemeinem und französischem Rechte — regelmäßig Zubehör sind. Nur dann seien sie Bestandteil, wenn sie eingemauert sind, z. B. Heizanlagen, elektrische Beleuchtungsanlagen eines Grundstücks. Die beweglichen Sachen aber, welche zum Betriebe der Heizanlagen dienen und beliebig weggebracht werden können, sind nur Zubehör. Der Begriff „wirtschaftliche Einheit" sei dem BGB. fremd, dessen Einführung würde eine Revolution in unserem Rechtsleben hervorbringen, weil dann jeder Eigentumsvorbehalt wirkungslos wäre bei Einfügung irgendeiner beweglichen Sache in die wirtschaftliche Einheit.

2. Affolter, DJZ. **07** 933. Steht eine teilbare Sache im Besitz einer Person bei einer Mehrheit rechtlich am Eigentum interessierter Personen und zwar auf Grund von Vermischung, Verarbeitung oder Umbildung ohne vorhergehende Vereinbarung, dann hat die teilbare Sache wesentliche Bestandteile, obschon durch die Trennung keine Änderung des wirtschaftlichen Wertes des abgetrennten oder des verbleibenden Stückes bewirkt wird. Sobald aber die teilbare Sache im Besitz einer Person steht, ohne daß eine Mehrheit rechtlich am Eigentum interessierter Personen vorhanden ist, so hat sie keine Bestandteile von rechtlicher Relevanz, aber nicht wegen des wirtschaftlichen Wesens der Sache, sondern wegen des Mangels jedweden rechtlichen Interesses. Die Wolle auf dem Rücken des Schafes, die stehende reife Frucht auf dem Grundstück ist nur dann Bestandteil von rechtlicher Relevanz, wenn eine Mehrheit von Personen da ist, die rechtlich an ihrem Eigentum interessiert sind (Nießbraucher, Pächter, Pfandgläubiger). In solchen Fällen sind Wolle und Frucht Bestandteile und zwar wesentliche.

3. Gegen die Ansicht Affolters, DJZ. **07** 934, der Satz des § 93, daß wesentliche Bestandteile einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, werde durch jeden gültigen Vertrag ausgeschlossen, Hoyer, DJZ. **07** 1368. Die im § 95 getroffene Sonderregelung beweise nicht, daß § 93 „kein zwingendes Recht" enthalte, sondern nur, daß die darin enthaltene Zwangsnorm Ausnahmen erleidet, in welchen innerhalb gesetzlich bestimmter Grenzen der Parteiwillkür Raum gelassen bleibt.

4. a) *Krückmann, JW. **06** 674, ZBlFG. **7** 671. Nach Prot. III 18 sollten Maschinen in ihrer dinglichen Rechtsstellung gesteigert werden dadurch, daß sie zum Zubehör erhoben wurden. Sie waren früher vielfach nicht einmal Zubehör gewesen. b) *Krückmann, JW. **06** 674, ACivPr. **101** 155 ff. RG. verkennt Unterschied zwischen Gesamtheit und Summe: die Gesamtheit verträgt Bestandteilsverluste und bleibt trotzdem dieselbe identische Gesamtheit. c) *Krückmann, JW. **06** 675. Je individueller eine Fabrik eingerichtet ist, desto schwerer streift sie ihre Wesenheit ab, desto mehr Bestandteile können ihr, ohne ihr Wesen zu ändern, genommen werden. d) *Krückmann, ZBlFG. **7** 663 ff. Die Meinung des RG., der Eigentumsvorbehalt führte zur Zerlegung eines Baues in seine Teile, trifft nicht zu, weil immer die Kosten der Loslösung in vernünftigem Verhältnisse zu dem erzielten Vorteile stehen müssen. Aber das Gesetz über den Schutz der Bauhandwerker kann hier sehr einfach helfen, indem es den Eigentumsvorbehalt an Bestandteilen nur mit einem Exekutionsanspruch, nicht auch mit einem Lösungsanspruch ausrüstet. Dieser letzte Gedanke liegt in Wirklichkeit schon in unserem heutigen Rechte ausgesprochen, da die §§ 93, 94 sonst gar nicht in Einklang mit §§ 5, 6 GO. zu bringen sind. Wird die Dienstbarkeit oder die Hypothek auf einen bestimmten Teil des Grundstücks ohne Abschreibung dieses Teiles beschränkt, so entsteht ein Widerspruch zu §§ 93, 94, sobald dieser Teil besäet, bepflanzt, bebaut, d. h. mit wesentlichen Bestandteilen versehen ist.

Folglich muß § 93 unter „besonderen Rechten" nur Rechte mit Lösungsanspruch, nicht solche mit bloßem Exekutionsanspruch verstehen. Nimmt man dem Eigentumsvorbehalte die weitere Wirkung des Lösungsanspruchs und begnügt man sich mit der geringeren des Exekutionsanspruchs, fallen die Schwierigkeiten fort. Der Rechtszustand ist folgender: Alle Rechte ohne Lösungsanspruch sind zulässig an jedem Bestandteil; an den unwesentlichen Bestandteilen sind außerdem auch Rechte mit Lösungsanspruch zulässig (670).

II. Aus der Praxis. 1. Maschinen wesentliche Bestandteile? (vgl. unten Ziff. I zu § 97). a) SchlHolstAnz. **07** 1 ff. (Kiel) schließt sich der Auffassung des **RG. 62** 406 ff. (JDR. **5** Ziff. II 1b) an und erachtet die Bedenken Oertmanns, R. **06** 1114 ff. (JDR. **5** Ziff. I 2a zu § 93) nicht für durchschlagend. **b) RG.** 2. 11. 07, JW. **08** 2 f. BoschersZ. **08** 44. Für die Bestandteilseigenschaft einer Maschine im Verhältnisse zu einer Fabrik ist zu erfordern, daß beide miteinander derart vereinigt sind, daß nach der Verkehrsauffassung nur eine Sache und zwar in Gestalt des für den betreffenden gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäudes vorliegt. Dazu wird nicht immer unbedingt notwendig sein, daß die Maschinen in den Körper des Gebäudes völlig aufgenommen sind, vielmehr kann unter Umständen auch eine lose Verbindung genügen; dann muß aber die Art der Herstellung und Einrichtung der Maschinen oder des gewerblichen Gebäudes eine solche sein, daß der Verkehr trotz der losen Verbindung alles zusammen als nur eine Sache auffaßt. Dies kann z. B. der Fall sein, wenn die Maschinen nicht Marktwaren, sondern individuell für das betreffende gewerbliche Gebäude hergestellt sind, oder wenn das Gebäude eigens um eine Maschine herumgebaut ist. **c) RG.** 17.12.07, JW. **08** 67 f. Ein Vertrag, welcher eine Sache zum Gegenstande hat, die Bestandteil eines Grundstücks ist oder es nach dem Vertragsschlusse geworden ist, ist trotz des Umstandes, daß die Erfüllung des Vertrages nicht ohne Trennung dieses Bestandteils von dem Grundstücke möglich ist, doch in der Regel als gültig und wirksam anzusehen. Zur Erfüllung eines gültigen Vertrages ist der Schuldner in der Regel verpflichtet, somit in dem vorliegenden Falle der Beklagte auch zur Trennung der Lokomobile von dem Grundstück oder wenigstens zur Duldung dieser Trennung seitens des Klägers, sofern eine solche Trennung zu der vertragsmäßigen Herausgabe der Lokomobile erforderlich sein sollte. Mit der Vornahme einer solchen Trennung, deren physische Unmöglichkeit nicht behauptet ist, wird das der Herausgabe z. Zt. etwa entgegenstehende Hindernis beseitigt. An der dem Kläger gegenüber begründeten unbeschränkten vertraglichen Verpflichtung zur Herausgabe der Lokomobile wird auch dadurch nichts geändert, daß das Grundstück, mit dem diese Maschine zur Zeit zu einem nicht bloß vorübergehenden Zwecke verbunden ist, mit Hypotheken belastet ist. **d)** R. **07** 180 (Stuttgart). In einer Druckerei gehören die Schnellpressen und Setzmaschinen zu den „wesentlichen Bestandteilen" des Fabrikgrundstücks. Ohne Belang hierbei ist, ob einzelne der Maschinen entbehrt werden könnten; es kommt auf den im konkreten Falle eingerichteten Betrieb an. **e) RG.** ZBlFG. **8** 38 ff. Maschinen einer Schuhfabrik als wesentlicher Bestandteil des Fabrikgrundstücks. **f) RG.** R. **07** 1060. Lokomobile wesentlicher Bestandteil eines Ziegeleianwesens. **g)** Über Vorbehalt des Eigentums an einer in einem Fabrikgrundstück aufgestellten Steindruckschnellgangpresse **RG.** JW. **07** 128. **h) RG.** JW. **07** 242 wie **RG.** JDR. **5** Ziff. II 1b.

2. Restaurationseinrichtung (vgl. unten Ziff. IV 3 zu § 97). **a)** MecklZ. **26** 12 (Rostock) erachtet in eine Restaurationsräumlichkeit eingefügte Gegenstände nicht für wesentliche Bestandteile des Gebäudes, sondern für Zubehör (16). **b)** PosMSchr. **07** 138 (Posen). Ein in einem Restaurationslokal auf die Dielen gelegter Teppich ist nicht Bestandteil des Grund und Bodens, selbst dann nicht, wenn er mit Nägeln auf dem Fußboden befestigt ist.

3. a) HessRspr. 8 43 (LG. Darmstadt). Gasleitung wesentlicher Bestandteil eines modernen besseren Hauses. b) **RG.** SächsRpflA. 07 181. Sauggasanlage wesentlicher Bestandteil eines als Elektrizitätswerks erbauten Gebäudes.

4. a) OLG. 15 325, KGBl. 07 33 (KG.) über die Frage, wann Türen und Fenster Bestandteile eines Grundstücks geworden sind. Ein Einsetzen und Befestigen der noch nicht verglasten Fenster genügt noch nicht, da dies noch keine Einfügung zur Herstellung des Gebäudes ist. (Vgl. JDR. 4 Ziff. II zu § 94 u. unten Ziff. IV 6 zu § 97.) b) SächsRpflA. 07 160 (Dresden). Rollläden wesentliche Bestandteile eines Grundstücks. Über Jalousien vgl. JDR. 2 Ziff. 3 zu § 94. c) BayRpflZ. 07 283 (Nürnberg). Ein Vollgatter ist wesentlicher Bestandteil eines Sägewerks. Vgl. JDR. 3 Ziff. IIc zu § 94.

§ 94. Abs. 2. Zum Begriff „einfügen". 1. Riedner, SeuffBl. 07 13. Von einem „Einfügen" kann bei Maschinen nur dann die Rede sein, wenn sie entweder in das Gebäude eingemauert, mit demselben fest verankert, oder etwa dergestalt angebracht sind, daß sie auch im Falle ordnungsmäßiger Demontierung nur durch ganze oder teilweise Niederlegung der Umfassungsmauern wieder entfernt werden können.

2. SächsRpflA. 07 14 (Dresden). Maschinen sind allemal dann zur Herstellung des Gebäudes eingefügt, wenn erst durch ihre Verbindung mit dem Bauwerk die beabsichtigte Anlage sowohl nach der Ansicht des Unternehmers wie nach der Auffassung des Verkehrs vollendet und dazu fähig gemacht wird, den Fabrikbetrieb in sich vorgehen zu lassen.

§ 95. I. 1. Bing, DJZ. 07 348 f. macht zur Sicherung der Maschinenlieferanten hinsichtlich der Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit den gleichen Vorschlag wie Neumann, JDR. 5 Ziff. I zu § 95; dagegen zieht Dennler, ZBlFG. 8 237 ff. das Erbbaurecht als Ersatzmittel vor, weil der Dienstbarkeit der Mangel der Unveräußerlichkeit anhafte.

2. Nissen, JW. 07 193 ff. macht verschiedene Bedenken gegen die Konstruktion Neumanns geltend, unter anderem meint er, es könne nicht davon gesprochen werden, daß die Verbindung des Werks mit dem fremden Grundstück in Ausübung des Rechtes an diesem erfolgt sei, wenn die verwendeten Sachen ihren Zweck nicht bloß für die Ausübung der Dienstbarkeit, sondern mindestens in gleichem Maße für die das Rechtsverhältnis der Beteiligten maßgeblich bestimmende Kaufobligation von vornherein erfüllen sollen (195).

3. Auch Zelter, JW. 07 195 bezweifelt, ob man bei dem Neumannschen Vorschlage sagen könne, daß die Verbindung in Ausübung der Servitut vorgenommen worden sei; auch müsse die Anlage den Zwecken des Rechtes zu dienen bestimmt sein, sie müsse der Dienstbarkeit Hilfsdienste gewähren; die Servitut dürfe sich nicht — wie hier bei der in das Grundstück eingefügten Maschine — in der Anlage konzentrieren. Hiergegen Replik Neumanns aaO. 196—198.

4. Frank 4 ff. wendet sich insbesondere gegen **RG. 63** 416 ff. Hinsichtlich des Neumannschen Vorschlages befürchtet er, daß die Rechtsprechung auch diesem von den Parteien gewollten Schutzmittel ebenso wie dem Mietvertrage die Anerkennung versagen werde.

5. Gegen die Zulassung des Eigentumsvorbehalts an Maschinen oder die Gewährung des Vorranges für eine zur Sicherung der Kaufgeldforderung auf das Fabrikgebäude einzutragende Hypothek vor den bereits eingetragenen Hypotheken wendet sich unter Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse Wedemeyer, DWirtschZ. 07 817 ff. Die unbeschränkte Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts sei mit den Interessen des Hypothekengläubigers und daher auch mit denen des Fabrikeigentümers unvereinbar.

II. Zum Begriff „einfügen“ (s. o. zu § 94). *Krückmann, JW. **06** 676. Entscheidend ist bei der Einfügung der primäre Zweck, aber je nach der Voraussetzung kann der eine Zweck primär sein und aufhören, und der andere kann an seine Stelle treten.

III. Vorübergehender Zweck (JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1a, **4** Ziff. 4, **5** Ziff. III). 1. Suppes, ZBlFG. **8** 879 ff. Wenn ein Gasmesser, ein Elektrizitätszähler oder dgl. vom Grundstücksbesitzer gemietet wird, damit er auf die Dauer der Versorgung des Hauses mit Gas, Elektrizität dort befestigt wird, dann aber an den Vermieter zurückzugeben ist, so ist der Zweck der Verbindung ein vorübergehender, auch wenn die in Aussicht genommene Zeitdauer lang ist. Wenn dagegen eine Anlage nach dem Inhalt und Zwecke des Vertrages bestimmt ist, in absehbarer Zeit in die Verfügungsgewalt des Grundeigentümers überzugehen und dem Grundstücke für die Lebensdauer der Anlage einverleibt zu werden, so liegt keine Verbindung zu einem vorübergehenden Zwecke vor. Nur in jenem, nicht in diesem Falle ist die Bestandteilseigenschaft zu verneinen (886).

2. a) **RG.** R. **07** 1311. Daß eine Maschine zunächst nur mietsweise in den Besitz des Grundstückseigentümers gelangt ist, schließt die Anwendung des § 94 Abs. 2 sowie des § 946 BGB. nicht aus; es folgt daraus nicht, daß dieselbe nur zu einem vorübergehenden Zwecke in das Gebäude gebracht und eingefügt worden ist (§ 95 BGB.), wenn in dem Vertrage der künftige Eigentumsübergang und mithin die dauernde Belassung der Maschine im Grundstücke vorausgesetzt war. b) OLG. **14** 108, HansGZ. **07** Beibl. 56, SeuffBl. **07** 312 ff. (Hamburg). Wenn ein Handwerker Maschinen von nicht unerheblichem Werte in das Miethaus einbringt, so tut er das in der Absicht, die Maschinen, falls er dieses Miethaus verläßt, in die neue Wohnung mitzunehmen. Das genügt zur Annahme eines „vorübergehenden“ Zweckes im Sinne des § 95. Ob der Mietvertrag nur auf kurze oder längere oder auf unbestimmte Zeit geschlossen ist, kommt nicht in Betracht. c) **RG. 66** 88 ff., JW. **07** 356. Baumschulenbestände nicht Bestandteile des Grundstücks; da sie aus demselben Grunde auch nicht Zubehörstücke sein können, sind sie als selbständige bewegliche Sachen anzusehen, weil die Einpflanzung bloß zu vorübergehendem Zwecke erfolgt (wie OLG. Dresden, JDR. **5** Ziff. II 1b). d) SchlHolstAnz. **07** 4 ff. (Kiel). Zu einem vorübergehenden Zwecke werden stets solche Sachen eingefügt, die auf Grund eines persönlichen Rechtes eingefügt werden, denn es liegt in der Natur eines jeden persönlichen Rechtes, daß es zeitlich begrenzt ist, wenn auch das Ende erst nach Jahren oder Jahrzehnten eintritt.

§ 96. 1. RheinA. **104** I 30 (Cöln). Der Ersatzanspruch des Erbauers wegen Mitbenutzung einer Scheidemauer gegen den anbauenden Nachbar haftet an dem Grundstücke des Erbauers, gilt nach § 96 als Bestandteil dieses Grundstücks, kann zwar Gegenstand eines Sonderrechts sein, aber nur dem nachfolgenden Eigentümer übertragen werden.

2. Apothekengerechtigkeit (JDR. **2** u. **3** Ziff. 2). PrVerwBl. **29** 27 (PrOVG.). Die vor dem Edikt vom 2. November 1810 erteilten Apothekenprivilegien stellen sich als Bestandteile des Grundstücks dar. (Vgl. PrOVG. **43** 49.)

3. ZBergr. **48** 540 (PrOVG.). Das Recht des Besitzers einer zum Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikate gehörenden Zeche, an den Vorteilen des Syndikats teilzunehmen, kann nicht als Bestandteil des Bergwerksgrundstücks im Sinne des § 96 angesehen werden. Bei einem Verkaufe der Zeche geht daher das bezeichnete Recht, insbesondere „die Beteiligungsziffer“ nicht ohne weiteres auf den Ankäufer über, vielmehr bedarf es hierzu des Abschlusses eines besonderen Vertrags. (Vgl. JDR. **5**.)

4. **RG.** JW. **07** 702, BankA. **7** 76. Das Recht des Eigentümers eines bepfandbrieften Grundstücks auf den Amortisationsfonds bzw. Reservefonds ist als Bestand-

teil (nicht wesentlicher Bestandteil) des Grundstücks anzusehen. Turnau-Förster (3) II 381.

§ 97. I. Maschinen (vgl. oben Ziff. II 1 zu §§ 93, 94). a) Riedner, SeuffBl. **07** 14. Die mit einem Fabrikgebäude nur durch Anschrauben oder Vernagelung einer Bodenleiste in einen leicht lösbaren Zusammenhang gebrachten Maschinen sind nicht Bestandteile desselben, sondern bloße Zubehörstücke. b) PuchelsZ **07** 596 (Cöln). Maschinen, die auf das Fabrikgrundstück gebracht, aber noch nicht an den Plätzen aufgestellt sind, die sie im Betrieb einnehmen sollen, sind als Zubehör der Fabrik zu betrachten, auch wenn sie der Fabrik als Bestandteil eingefügt werden sollen. — Ziegelsteine und andere allenthalben verwendbare Materialien, die zur Verwendung bei einem Bau auf den Bauplatz gebracht sind, gelten nur dann als Zubehör, wenn ihre Bestimmung für den Bau sich aus ihrer Beschaffenheit selbst ergibt, wenn sie insbesondere eigens für den Bau abgepaßt und hergerichtet sind.

II. Baumaterialien (JDR. **2** Ziff. I 1b, **3** Ziff. II 1c, **5** Ziff. II 1). a) Türk, KGBl. **07** 25 ff. hält auf der Baustelle lagernde Baumaterialien für Zubehör des im Bau begriffenen Grundstücks. Die Bedenken, die gegen die Zubehöreigenschaft daraus hergeleitet würden, daß die Baumaterialien durch ihre Verwendung aufhören, selbständige Sachen zu sein, wären unberechtigt, denn der wirtschaftliche Zweck eines im Bau begriffenen Grundstücks sei der, fertiggestellt zu werden, und diesem Zwecke gerade dienten die Baumaterialien als selbständige bewegliche Sachen vor ihrer Verwendung in das Grundstück (27). Auch die Bestimmung des § 98 Ziff. 2 über die landwirtschaftlichen Erzeugnisse und den Dünger spreche dafür, daß das BGB. von dem Begriffe des Zubehörs diejenigen Gegenstände nicht habe ausschließen wollen, die zur Verwendung in der Hauptsache unter Verlust ihrer selbständigen Existenz bestimmt sind. b) RheinA. **104** I 57, OLG. **14** 13 (Cöln). Baumaterialien nicht Zubehör des Grundstücks, weil sie nicht dazu bestimmt sind, dem wirtschaftlichen Zwecke des Baugrundstücks als bewegliche und selbständige Sachen zu dienen, sondern dessen Bestandteil werden sollen. Ebenso OLG. **14** 12 (Breslau).

III. Winckler, ZBlFG. **7** 628 ff. Die Kundenlisten und Adreßbücher einer Kunst- und Handelsgärtnerei sind nicht Zubehör des Gärtnereigrundstücks, sondern gehören zur Konkursmasse des Geschäftsinhabers.

IV. Einzelnes aus der Praxis. 1. **RG. 66** 356 ff., DJZ. **08** 78, JW. **07** 703. Die Zubehöreigenschaft kann auch solchen Sachen zukommen, die dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt sind, wenn auch unter demnächstiger Aufhebung ihrer eigenen Selbständigkeit. (So auch Dernburg III 26, Gierke II 81). AM. die Mehrzahl der Schriftsteller, vgl. bei Turnau-Förster (3) II 36.

2. **RG.** JW. **07** 129, R. **07** 180. Durch eine Veränderung, die sich in der Benutzungsfähigkeit der Hauptsache vollzieht (Ersaufen einer Grube), geht die Eigenschaft des ihr gewidmeten Zubehörs nicht ohne weiteres unter.

3. (Vgl. oben Ziff. II 2 zu §§ 93, 94.) a) KGBl. **07** 7 (LG. I Berlin). Der Wandschmuck eines Hotel- und Restaurationszimmers ist Zubehör des Hotels und der Restauration. b) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 116 ff. über Restaurationssachen als Zubehör des zu dem Zwecke des Restaurations- und Saalgeschäftsbetrieb errichteten Grundstücks.

4. **RG.** PrVerwBl. **29** 151, SeuffA. **62** 433 ff., BayRpflZ. **07** 454. Hat eine Stadt, um eine für jedermann zugängliche Wage zu beschaffen, dem Eigentümer eines Gasthofgrundstücks das Recht eingeräumt, auf dem an dasselbe angrenzenden städtischen Grund und Boden eine Zentesimalwage zu errichten, so kann, wenn auch der Gasthofbesitzer den Zweck verfolgt haben mag, sich, abgesehen von den einzunehmenden Wägegebühren, durch die die Wage benutzenden Leute eine erhöhte Einnahme aus dem Gasthofbetriebe zu verschaffen, die Wage doch mangels des objektiv

zu beurteilenden Merkmals der wirtschaftlichen Zweckbestimmung nicht als Zubehör des Gasthofgrundstücks angesehen werden. Dagegen hatte das BerG. sie als Zubehör behandelt. Vgl. OLG. **15** 308 (Kiel).

5. a) **RG. 66** 356 ff., JW. **07** 703. Eine zu einer Glashütte gehörige sogenannte Materialreserve ist Zubehör. (Nähere Begr. oben Ziff. IV 1). b) OLG. **14** 9 ff. (Königsberg). Kohlenvorräte, die der Zwangsverwalter eines Ziegeleigrundstücks anschafft, sind als dessen Zubehör anzusehen. c) R. **07** 1128 (Colmar). Nicht Zubehör sind die in einer Fabrik vorrätigen, zur Verarbeitung bestimmten Materialien, ebensowenig die in Arbeit befindlichen oder bereits verarbeiteten Sachen. Holzvorräte daher kein Zubehör einer Dampfschreinerei. d) **RG.** R. **07** 1060. Reserveteile einer Maschine sind Zubehör der letzteren und bleiben es bis zu ihrer Verwendung. Dagegen sind Formen, welche dazu bestimmt sind, je nach der Art der herzustellenden Sache in eine Maschine eingefügt zu werden, Bestandteile der Maschine, auch wenn sie von ihr zeitweilig getrennt sind.

6. Das KG., KGBl. **07** 68 hat Fenster- und Türflügeln deshalb die Zubehöreigenschaft abgesprochen, weil sie dem Grundstücke nicht in ihrer damaligen Eigenschaft als bewegliche Sachen zu dienen bestimmt waren, sondern durch Einfügen in das Gebäude Bestandteile desselben werden sollten. (Vgl. oben Ziff. II 4a zu §§ 93, 94.)

7. a) SeuffA. **62** 130 (Dresden) handelt darüber, ob fertige Ziegelfabrikate Zubehör des Ziegeleigrundstücks sind, auf dem sie lagern. b) BreslauAK. **07** 26 (LG. Breslau). Ziegel nicht Bestandteile des Grundstücks.

8. (Vgl. JDR. **5** Ziff. II 2d u. Ziff. 2 zu § 98.) a) PucheltsZ. **07** 279, RheinA. **104** I 159 (Düsseldorf). Die im Betriebe einer Brotfabrik benutzten und deren Eigentümer gehörigen Wagen, Pferde und Geschirre sind als Zubehör des Fabrikgrundstücks anzusehen. Eine die Zubehöreigenschaft verneinende Verkehrsauffassung besteht im Bezirke des früheren rheinisch-französischen Rechtes nicht. Ebenso hinsichtlich eines Meiereigrundstücks R. **07** 1460 (Hamburg). b) **RG.** JW. **07** 703. Fuhrpark Zubehör einer Glashütte. c) OLG. **15** 310 (Dresden). Fourageleiterwagen Zubehör eines Speditionsgeschäfts.

9. E l e k t r i s c h e A n l a g e n. (JDR. **5** Ziff. II 2 zu § 93.) a) OLG. **14** 8 (Bamberg). Elektrische Anlagen und Beleuchtungsapparate Zubehör eines Grundstücks, wenn sie vom Eigentümer zum f o r t g e s e t z t e n Gebrauch im Hause angeschafft sind. b) BayRpflZ. **07** 23 (Bamberg) über Gasuhren als Zubehör, nicht als wesentlicher Bestandteil eines Hauses.

10. a) OLG. **15** 310 (KG.). Auch ein nur der Dekoration dienender, nicht heizbarer Kamin ist Zubehör. b) SächsOLG. **28** 360. Vom Eigentümer eines Hauses zu dessen Austapezierung angeschaffte Tapetenvorräte sind nicht Zubehör des Hauses. — Bei Gazefenstern wird die Zubehöreigenschaft gleichfalls verneint.

§ 98. 1. Z i f f. 1. a) **RG.** BadRpr. **07** 93, ZBlFG. **8** 35. Inventar einer Pension Zubehör des Grundstücks, da der Pensionsbetrieb als Gewerbebetrieb anzusehen ist. b) R. **07** 1128 (Frankfurt a. M.). Ein Gebäude ist für einen gewerblichen Betrieb auch dann dauernd eingerichtet, wenn nur ein Teil des Gebäudes für diesen Betrieb dauernd eingerichtet, ein anderer Teil aber zum Wohnen vermietet ist, wie ein Gebäude auch für mehrere gewerbliche Betriebe dauernd eingerichtet sein kann. c) R. **07** 1128 (Frankfurt a. M.). Gegenstände, die zum Betrieb eines Gewerbes auf ein Grundstück eingebracht sind und dazu verwendet werden, können die Zubehöreigenschaft nicht durch einfache Vereinbarung der Parteien verlieren, vielmehr nur dadurch, daß das räumliche Verhältnis, in das die Gegenstände zu dem Grundstück gebracht waren, wieder aufgehoben wird.

2. Z i f f. 2. a) OLG. **15** 326 (KG.). Geflügel Zubehör eines Landguts. b) BreslauAK. **07** 45 (LG. Schweidnitz). Dreschmaschine und Göpel als Zubehör eines Grundstücks.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Literatur: Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach dem BGB. Berlin 1907. ten Hompel, Der Verständigungszweck im Recht. Berlin 1908.

Zu §§ 104 ff. I. Zum Begriffe des Rechtsgeschäfts. (JDR. 2 Ziff. 1 u. 2 vor § 104, 3 Ziff. I, 4, 5 Ziff. I). 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 639 ff. Das Rechtsgeschäft ist die juristische Handlung, der der in äußerem Verhalten zur Vollendung gekommene Erfolgswille wesentlich ist. Wo das Interesse eines von den Wirkungen betroffenen Gegners es erheischt, muß das Verhalten eine Erklärung des Erfolgwillens sein; wo dies nicht der Fall ist, genügt ein sog. Willensgeschäft. Vgl. unten Ziff. I 1 zu §§ 116 ff. — Den Rechtsgeschäften stehen die Rechtshandlungen gegenüber. Dies sind alle die juristischen Handlungen, deren Rechtswirkungen ungewollt, rein ex lege eintreten. Hierher gehören Spezifikation, Fruchterwerb, Fund, Wohnsitzbegründung, Geschäftsführung, Verzeihung, gewisse Anerkennungen, ferner die Gruppe der Vorstellungs- und Willensmitteilungen. Über deren Behandlung vgl. Manigk aO. 701 ff.

2. *ten Hompel, Der Verständigungszweck. Die bisherige Definition des Rechtsgeschäfts als ParteiwillensErklärung, wirksam weil gewollt oder weil gesollt, weil getragen vom Wirkungswillen oder von einer rechtswirksamen Sollens-Erklärung, ist unzureichend, denn sie versagt gegenüber der suspensiven freien Wollensbedingung beim Kaufe auf Probe, beim Vorkaufs-, Rückkaufs-, Reu-, Rücktritts- und Wandelungsrecht. Obwohl bei diesen Geschäften vor der Erfüllung der Suspensivbedingung durch die freie Probebilligungs-, Rückkaufs-, Reu-, Rücktritts- und Wandelungs-Erklärung von einem rechtswirksamen und rechtlich irgendwie relevanten Sollen- oder Wirkungswillen keine Rede sein kann, ist doch während der Schwebezeit bereits ein Rechtsgeschäft vorhanden und nicht etwa nur ein pactum de contrahendo oder eine Offerte. Es muß also im Begriffe des Rechtsgeschäfts einen bisher noch nicht aufgedeckten Faktor geben, welcher zumal bei der suspensiven freien Wollensbedingung während der Schwebezeit, während der Nichtwirksamkeit des Wirkungswillens das Wesen des Rechtsgeschäfts ausmacht. Das ist der Verständigungswille. Er ist die bis heute in der Rechtswissenschaft nicht beachtete, unantastbare Grundlage eines jeden rechtsgeschäftlichen Tatbestandes. Er ist für keine Bedingung zugänglich und bildet so auch das Mindestmaß eines jeden rechtsgeschäftlichen Tatbestandes. Zugänglich für die Bedingung ist nur der Wirkungswille. Der Wirkungs- und der Erklärungswille aber ordnen sich dem alles beherrschenden Verständigungswillen unter. — Für die Auslegung der Rechtsgeschäfte führt der Verständigungswille ohne weiteres zu der praktischen Erkenntnis, daß die von der Wahrheit ausgehende und vom Verstande beratene Logik nicht unverständig und das Verständige nicht unpraktisch sein kann. Die Logik kann also mit dem innersten Wesen des im Verständigungswillen begründeten Rechtsgeschäfts niemals in Konflikt geraten und befindet sich mit der einzig praktischen Frage, was haben die Parteien verständigerweise gewollt?, stets in der Richtung aller Verästelungen des rechtsgeschäftlichen Gesamtvorganges. — Iherings Zweck und Hegels Wille an sich ist also der Verständigungszweck und -Wille entgegenzustellen. Der Mensch ist mit Verstand und Willen begabt, muß also vernünftigerweise im Rechte das Verständige, die Verständigung, den Frieden wollen. So bringt der Mensch zum geselligen Leben bereits die Urkeime des Rechtes von allem Verstandesanfange mit. Aus der Gemeinsamkeit des Zusammenlebens entsteht dann notwendig eine gemeinsame Verständigungsrichtschnur, das objektive Recht. Hervorgegangen aus Menschenverstand und Erfahrung ist das objektive

Recht also auch geeignet, sich stets wieder mit dem Verständigungswillen der einzelnen zu verbinden. Aus dieser Vereinigung des subjektiven Verständigungswillens und der objektiven Verständigungsrichtschnur entstehen die Rechtsgeschäfte, die täglichen Rechtsvorgänge als lebensvolle Geschöpfe des objektiven und subjektiven Rechtes.

II. *ten Hompel, Verständigungszweck. Dem Verständigungswillen als Wesensurgrund, als causa prima ordnen sich der Erklärungs- und der Wirkungswille als causa secunda unter und zwar als die zum wesentlichen Endzwecke der Verständigung gewollte Erklärungswirkung und als die zum wesentlichen Endzwecke der Verständigung gewollte Willenswirkung. Der zuerst genannte Verständigungszweck bringt die vom Wirkungswillen abstrahierte causa der Erklärungsgeschäfte zum Ausdrucke, die deshalb allgemein als abstrakte Geschäfte bezeichnet werden, was wesentlich mit zur Verkennung der causa prima des Verständigungswillens führte, indem man übersah, daß die von der causa secunda des Wirkungswillens abstrahierten Erklärungsgeschäfte keinesfalls deswegen auch von der causa prima des Verständigungswillens losgelöst waren. Die Unabhängigkeit der also keineswegs schlechthin abstrakten Erklärungswirkung vom Wirkungswillen ist nun entweder eine parteiseitig bestimmbare, wie bei der Tradition und dem Anerkennungsvertrage oder eine gesetzlich zwingende, wie beim Wechsel und bei der Festlegung dessen, der eine Erklärung unter Mentalreservation abgibt (§ 116 BGB.). Es fehlt hiernach bei der Mentalreservation der Wirkungswille. Auf ihn kann und darf das Gesetz den Erklärenden daher auch nicht festlegen. Wohl aber hat der unter innerer Verneinung des Wirkungswillens Erklärende den Willen, sich durch die Erklärung äußerlich zu verständigen; er muß dies Mindestmaß des Verständigungswillens haben, denn ohne dem kann er die Erklärung gar nicht abgeben. Will er doch so verstanden werden, wie seine Erklärung lautet. Und auf dieses Mindestmaß des Verständigungswillens in der Erklärung legt das Gesetz den unter Mentalreservation Handelnden fest. Er bleibt an seine vom Wirkungswillen abstrahierte Erklärung so gebunden, wie sie verständigerweise aufgefaßt werden muß. Und es geschieht ihm Recht mit dieser unanfechtbaren Bindung; er bewegt sich nicht, wie der anfechtungsberechtigte Irrende, Betrogene, Gezwungene in einem selbst den Verständigungswillen verneinenden Mißverständnis oder den freien Willen schlechthin verneinenden Zwang. Im Gegenteil, er übersieht die Lage und will die äußere Verständigung, um seinen Gegner durch inneren Vorbehalt zu hintergehen. Kennt dieser aber den Vorbehalt, die innere Verneinung des Wirkungswillens und läßt sich doch mit dem Erklärenden ein, so kann natürlich von einem Hintergehen durch den Willensvorbehalter keine Rede mehr sein. Alsdann tritt vielmehr eine stillschweigende Verständigung beider Teile über die Unwirksamkeit des ganzen Geschäfts ein, und diesem Verständigungswillen der Kontrahenten entspricht das Gesetz im § 116 Abs. 2.

§ 104. 1. *Wiedemann, Ideale Vereine 560. Der rechtsfähige Verein ist geschäftsfähig. AM. Hellwig Anspruch und Klagerecht 238, Hölder Kommentar 124. Die §§ 104, 206, 939, 1944, 1947 leiden auf ihn auch dann keine Anwendung, wenn er momentan keinen Vorstand hat.

2. **RG.** JW. **07** 737. Entmündigung wegen Geistesschwäche schließt nicht aus, daß der so Entmündigte für den einzelnen Fall vom Prozeßrichter als geisteskrank und damit als geschäftsunfähig erachtet wird.

§§ 105, 106. *Scholz, ABürgR. **31** 84 ff. Die fehlende oder beschränkte Geschäftsfähigkeit des Adressaten einer Postsendung oder eines Telegramms steht der Aushändigung an ihn nicht entgegen. Er kann auch über solche Sendungen, für die die Post Ersatz zu leisten hat, „quittieren", zumal diese Quittung keine Quittung im Sinne der §§ 368 ff. BGB. ist. Dies folgt schon daraus, daß der Adressat nicht Gläubiger der Post ist, auch der Ersatzempfänger „quittieren" kann. Die Aushändi-

gung ist Erfüllung des zwischen Post und Absender geschlossenen Postbeförderungsvertrags, als dessen Bestandteil die Postordnung gesetzlich fingiert ist (RPostG. v. 28. Oktober 1871, § 50 Abs. 2). Die Gültigkeit der dem Übersendungsgeschäfte zugrunde liegenden causa hat die Post nicht nachzuprüfen. Auch die postordnungsmäßig zugelassenen Ersatzempfänger brauchen nicht geschäftsfähig zu sein, doch müssen sie „erwachsen" sein, was trotz Minderjährigkeit der Fall sein kann.

§§ 106 ff. OLG. **15** 324 (KG.). Die in den §§ 106 ff. ausgesprochenen Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger beziehen sich grundsätzlich nur auf vermögensrechtliche Rechtsgeschäfte unter Lebenden. In der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, die zum Eintritt eines Minderjährigen in einen Verein erforderlich ist, muß die im voraus erklärte Einwilligung zu allen Handlungen erblickt werden, die der Minderjährige in Ausübung seiner Mitgliedschaft vornehmen wird.

§§ 107, 108. HessRspr. **7** 162 ff. (Darmstadt) über das Erfordernis der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters beim Verlöbnis Minderjähriger wie **RG.** JW. **05** 638 (JDR. **4** zu §§ 107, 108).

§ 108. 1. *von Amelunxen, DNotV. **07** 30 ff. Die Genehmigung oder Einwilligung des § 108 ist eine sachliche (objektive) und rechtsgeschichtliche, darum wesentlich verschieden von der obervormundschaftlichen (subjektiven Gestattung), die auch in den Fällen der „Ersatzgenehmigung", §§ 113 Abs. 3, 1304, 1308, 1337, 1358, 1379, 1442, 1447, 1629, 1724, 1727, 1797, 1798, 1803, 1812, 1917 BGB. keine Vertretungshandlung ist. Vgl. unten zu §§ 1812, 1828.

2. Abs. 2. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 235 ff. Daß hier wie in den §§ 177, 1396, 1448, 416, 516, 496 die Genehmigung nach Ablauf einer Frist als verweigert bzw. erteilt gilt, beruht nicht auf einer stillschweigenden Verfügung, sondern auf einer Legalwirkung des Fristablaufs. Eine Anfechtung wegen Irrtums oder sonstigen Willensmangels gemäß §§ 116 ff. käme daher nicht in Betracht.

3. Abs. 3. R. **07** 760 (Colmar). In der Anstellung der Klage auf Schadensersatz aus § 1300 kann eine Genehmigung nach Abs. 3 gefunden werden.

§ 112. *Hörle, Die Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach dem BGB. 20 ff. Soweit die Geschäftsfähigkeit der minderjährigen Ehefrau in dem ihr nach § 112 bestimmten Geschäftskreise reicht, ist der gesetzliche Vertreter der Frau zu ihrer Vertretung nicht befugt. Die güterrechtlich freiere Stellung des § 1405 kommt ihr nur dann zu, wenn der Mann die Einwilligung zu ihrem selbständigen Geschäftsbetrieb erteilt hat.

§ 113. 1. **RG.** JW. **07** 505, R. **07** 1060, HessRspr. **8** 98, GruchotsBeitr. **51** 923, SeuffA. **62** 450. In der Ermächtigung des Minderjährigen durch seinen gesetzlichen Vertreter in Dienst zu treten, liegt nicht auch die Einwilligung oder Ermächtigung, daß der Minderjährige sich im Spital einer Operation unterziehe, selbst wenn man erwägt, daß diese Aufnahme infolge der für Dienstboten bestehenden Krankenversicherung erfolgt ist und letztere sich auf die Vornahme der in Rede stehenden Schieloperation erstreckt.

2. HerzoglVGH. Braunschweig, BraunschwZ. **07** 40. Da sich aus dem Dienst- oder Arbeitsverhältnis unmittelbar die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers gegenüber der Krankenkasse, deren Mitglied er kraft des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses wird, ergeben, so ist ein Minderjähriger, der ermächtigt ist in Dienst oder Arbeit zu treten, auch für solche Rechtsgeschäfte unbedingt geschäftsfähig, welche die Wahrnehmung seiner Rechte und die Erfüllung seiner Pflichten gegenüber der Krankenkasse betreffen.

§ 115. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 41. Abs. 1 Satz 1 enthält eine Konsequenz der Rückwirkung der Vernichtung des Entmündigungsbeschlusses, der zweite Satz eine Ausnahme. Diese ergibt sich aber schon aus § 1897 mit §§ 1882, 1886. Jedenfalls ist sie überflüssig gegenüber dem (später erlassenen) § 32 FGG.

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Vorbemerkung: In der Lehre von der Willenserklärung ist zunächst auf die wertvollen Selbstberichte Manigks und ten Hompels hinzuweisen, des Letzteren mehr auf philosophischem Gebiete liegende Ausführungen zum Begriffe des Rechtsgeschäfts finden sich bereits o. Ziff. I 2 zu §§ 104 ff. Vielfach hat man sich von theoretischer Seite wieder mit dem § 119 beschäftigt. Das bekannte Urteil des RG. vom 1. 7. 05 über das Verhältnis des § 119 Abs. 2 zu § 459 hat zu v. Blumes Ausführungen (Ziff. I 1 a zu § 119) Veranlassung gegeben. Die Praxis war besonders fruchtbar zu den §§ 134, 138. Die Entscheidungen des RG. über Konkurrenzverbote und Konventionalstrafen, seine Beurteilung des Verkaufs einer ärztlichen Praxis wie die einer Sozietät zwischen einem älteren und einem jüngeren Anwalte sind wirtschaftlich von größter Bedeutung.

Literatur: von Blume, Versäumnis des Empfangs von Willenserklärungen, IheringsJ. **51** 1—24. —Derselbe, Das Verhältnis des Anfechtungsrechts zum Wandelungsrechte beim Kauf- u. beim Mietvertrage, R. **07** 351—354. — Damme, Ist der im § 126 vorgeschriebenen Schriftform genügt, wenn der Vertreter den Namen des Vertretenen unter die Urkunde setzt? DJZ. **07** 54—56. — Danz, Die Adressierung der empfangsbedürftigen Willenserklärung, BayRpflZ. **07** 137—140. — Derselbe, Die Willenserklärung des BGB., ihre Auffindung und Auslegung, SeuffBl. **07** 317—328. — Depène, Der Dienstvertrag der Versicherungsbeamten und die guten Sitten, GewuKfmG. **13** 30—32. — Gmelin, Zur Rechtsprechung über die „wesentlichen Eigenschaften" im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB., R. **07** 748—751. — Hallbauer, Aphorismen aus dem Gebiete der „Sicherheitsübereignung", SächsRpflA. **07** 73—79. — Haußmann, Der Irrtum im alten und im neuen Rechte. Stuttgart 1907. — Hölder, Zur Lehre von der Auslegung der Willenserklärungen und die Bedeutung des Irrtums über ihren Inhalt, in „Aus Röm. und Bürgerl. Rechte" (Festgabe für Bekker) 57—72. Weimar 1907. — Josef, Überschreitung der Vollmacht und unrichtige Übermittelung der Erklärung, insbesondere bei Kauf auf Borg statt Barkaufs, GruchotsBeitr. **51** 273—286. — Derselbe, Die Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte durch Erklärung der Parteien vor dem Prozeßgerichte, BuschsZ. **37** 42—48. — Klein, Zur Lehre vom negativen Vertragsinteresse, SeuffBl. **07** 140—144. — Kretzschmar, Beiträge zum Zwangsversteigerungsrechte, V. Anfechtung von Geboten wegen Irrtums, SeuffBl. **07** 963—967. — Leist, Die Einschränkung der Irrtums- und Täuschungsanfechtung in der Praxis, ACivPr. **102** 215—281. — Leonhard, Rudolf, Der Verstoß gegen die guten Sitten (Festgabe für Bekker) 87—106. Weimar 1907. — Derselbe, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge (2). Breslau 1907. — Lippmann, Studien zum § 119 Abs. 2 des BGB. AСivPr. **102** 283—404. — Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach BGB. Berlin 1907. — Marcus, Zur Kasuistik des Botenrechts, R. **07** 44—46. — Reichel, Die Bordellhypothek, DJZ. **07** 109—113. — ten Hompel, Der Verständigungszweck im Recht. Berlin 1908.

§§ 116 ff. I. Wesen der Willenserklärung (JDR. **1** vor § 116, **2**, **3**, **4**, **5** zu §§ 116 ff.). 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Willenserklärung ist die den Beteiligten zugeführte, dem Zwecke der Kundgebung dienende Äußerung eines rechtsgeschäftlichen Wollens. Alle echten Willenserklärungen, auf die die gesetzliche Normengruppe allein Anwendung findet, haben einen Erklärungsgegner, auch Testament und Stiftung. Vgl. hierzu die Begründung aaO. 188, 305 ff. Diejenigen rechtsgeschäftlichen Akte, mit denen der Handelnde hingegen einen Kundgebungszweck einem anderen gegenüber nicht verbindet, sind nicht Erklärungsgeschäfte, sondern können als Willensgeschäfte bezeichnet werden. Hierher gehören: die Vertragsannahme nach § 151, Billigung bei Kauf auf Probe, sonstige Zustimmungen, Aneignung, Dereliktion, Eigenbesitzerwerb, der Fall des § 700 Satz 2 u. a. Vgl. hierzu aaO. insbesondere 348 ff., 415 ff., 517 ff. Über die einheitliche Formel, die den §§ 116 ff. zugrunde liegt, ebendort 169 f.

2. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 305 ff. Die §§ 116 ff. sind auch auf die heute sog. nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen anwendbar, vorausgesetzt aber, daß es sich um echte Willenserklärungen, nicht etwa um Willensgeschäfte handelt.

3. Willenserklärung und Erklärungswille. *ten Hompel, Verständigungszweck, definiert das Rechtsgeschäft als den Verständigungswillen, dem sich der Wirkungs- und der Erklärungswille unterordnen. Für ihn ist daher die rechtswirksame Willenserklärung die freigewollte Erklärung des zur Verständigung wirklich gewollten Erklärungs- oder Wirkungswillens. Dabei ist zu beachten: Die Willenserklärung ist zwar die Erklärung der wirklich gewollten Verständigung, aber sie ist deshalb keine Wollenserklärung, kein erklärtes Verständigungswollen. Oder ist es je im Ernste behauptet, zur Rechtswirksamkeit des Kaufes, der Miete, der Schenkung sei die Erklärung nötig, ich will kaufen, will mieten, will schenken und es genüge nicht die Erklärung: ich kaufe, miete, schenke!? Und doch fehlt auch hier der Streit nicht. Keine Geringeren als Windscheid und Planck mußten durch Bülows überzeugende Darlegungen gegen die Wollenserklärung, Geständnisrecht 22/23 Anm. 2 und Text dazu, bekämpft werden. ten Hompel prüft den Verständigungswillen vor und nach der Erklärung und fährt fort: In dieser Stellung ist die Erklärung in der Tat nichts anderes, als das gewollte äußere Zeichen für den inneren Verständigungswillen. Bei ihm steht es, ob er die Erklärung aus ihrer Sklavenrolle zum Bürgerrecht emporheben und aus dem äußeren Zeichen im Dienste jeglichen Willens einen Bestandteil des Erklärungswillens machen will. — So verstehen wir unter der Erklärung je nach dem Inhalte des Verständigungswillens die äußere Zeichensetzung für den Erklärungswillen bei den sogenannten abstrakten Geschäften und die äußere Zeichensetzung für den Wirkungswillen bei den sogenannten kausalen Geschäften.

II. a) **RG.** 10. 11. 06, LeipzZ. **07** 50. Nicht darauf kommt es (von den Ausnahmefällen der §§ 116—118 BGB. abgesehen) an, was die Kontrahenten bei Abschluß eines Vertrags unausgesprochen gedacht oder gewollt haben, sondern darauf, wie sie ihren Vertragswillen erklärt haben und wie diese Willenserklärung objektiv nach Auffassung des Verkehrs aufzufassen ist (vorbehaltlich einer Anfechtung wegen Zwangs, Irrtums, Betrugs). **b)** SächsOVG. **9** 315. Die Anwendung der Vorschriften der §§ 116 ff. auf Verhältnisse des öffentlichen Rechtes erscheint um so unbedenklicher, als es sich hierbei um allgemeine rechtswissenschaftliche Grundsätze handelt, die auch für den innerhalb des Gebietes des öffentlichen Rechtes sich abwickelnden Geschäftsverkehr Geltung beanspruchen und zur Verhütung einer sonst kaum vermeidlichen Rechtsunsicherheit auf ihn sinngemäß angewendet werden müssen. **c)** R. **07** 879 (Stuttgart). Einer Willenserklärung, welche ihrer äußeren Erscheinung nach sich als die Kundgebung eines rechtsgeschäftlichen Willens darstellt, ist in der Regel rechtsgeschäftliche Bedeutung beizulegen. Wer das Gegenteil behauptet, hat es zu beweisen, es sei denn, daß die allgemeine Sachlage auf den Mangel einer Absicht rechtlicher Bindung schließen ließe.

§ 116. 1. R. **07** 444 (Stuttgart). Wird zwischen einem Agenten und einem Käufer verabredet, daß eine bestimmte Vertragsbedingung vor dem Verkäufer zunächst geheim gehalten werden soll, und ist deshalb diese Bedingung dem Verkäufer von dem Agenten nicht mitgeteilt worden, so kommt nach § 116 der Vertrag zwischen dem Verkäufer und Käufer ohne die geheim gehaltene Bedingung zustande.

2. **RG.** 29. 10. 07, **66** 427, JW. **07** 825 f. Ist in einer Vertragsofferte eine Vergütung versehentlich für jede Quadratrute einer bestimmten Fläche statt für jeden Quadratfuß der Fläche ausbedungen, hat aber der andere Teil den Schreibfehler bemerkt und in voller Erkenntnis des wirklichen Willens des Antragenden sein Einverständnis zu der Offerte erklärt, so liegt eine rechtswirksame, verbindliche Einigung der Parteien vor, daß die Vergütung für jeden Quadratfuß zu zahlen sei, und es ist ohne Belang, ob der Annehmende sich insgeheim vorbehielt, eine solche Zustimmung nicht zu wollen. Der Antragende ist jedoch beweispflichtig dafür, daß die von

ihm gebrauchte Bezeichnung Quadrat **rute** statt Quadrat **fuß** ein Schreibfehler gewesen und von dem anderen Teile bei Annahme der Offerte erkannt worden ist.

§ 117. I. 1. Fiduziarisches Rechtsgeschäft (JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 2, **3**, **4**, **5** Ziff. 1). Hallbauer, SächsRpflA. **07** 73 ff. erörtert, anknüpfend an seine Ausführungen im Recht (JDR. **4** Ziff. 1 b) eingehender verschiedene Punkte aus dem Gebiete der Sicherheitsübereignung. Hinsichtlich der Frage, wie sich der Sicherheitsübereigner aus den übereigneten Sachen befriedigen kann, wird darauf hingewiesen, daß der Gläubiger bei der Sicherheitsübereignung selbständiger und freier gestellt ist, als beim Pfande. Der Eigner-Gläubiger ist daher bei der entgeltlichen Verwertung nicht an bestimmte Formen und Modalitäten gebunden; es ist ihm jede Art und Weise der Verwertung gestattet, die sich nach Treu und Glauben rechtfertigen läßt, die der im Verkehre gebotenen Sorgfalt entspricht und die Interessen beider Teile möglichst adäquat berücksichtigt. Vgl. jedoch OLG. **12** 140 (Hamburg). Auch ein Verkauf auf Kredit wie auch Tauschvertrag oder Hingabe an Zahlungsstatt ist nicht ausgeschlossen.

2. *Müller, SeuffBl. **07** 967 ff. Die Inkassozession ist ein Scheingeschäft insofern, als nach dem Willen der Vertragsteile der Inkassozessionar nur als Gläubiger gelten, dies aber nicht sein soll, sie einen Wechsel der materiellen Gläubigerschaft also nicht zur Folge hat, und ein ernstliches Geschäft nur insofern, als sie einen Auftrag oder eine Bevollmächtigung zur Beitreibung der Forderung enthält.

II. Einzelheiten aus der Praxis. 1. a) **RG.** R **07** 1531. Herrscht bei einem Vertrage Einverständnis darüber, daß die von dem einen Teile versprochenen Leistungen in Wirklichkeit nicht geschuldet werden sollen, oder daß sie zwar zu gewähren seien, jedoch nicht als Gegenleistung gegen die Leistungen des anderen Vertragsteils, so liegt eine verschleierte Schenkung vor. Erforderlich ist aber, daß die Vertragsteile sich darüber einig sind, daß der eine Teil die Leistungen des anderen als eine unentgeltliche Zuwendung erhalten soll. **b) RG.** R. **07** 1394. Daraus, daß ein Rechtsgeschäft mit einem im persönlichen Verkehr als „Strohmann" bezeichneten Dritten abgeschlossen ist, folgt nicht ohne weiteres die Richtigkeit des Rechtsgeschäfts. Ein Erblasser, der seiner Ehefrau eine Zuwendung zu machen beabsichtigt, aber eine unmittelbare Zuwendung an sie zu vermeiden wünscht und deshalb sich zu seinem Zwecke eines Bruders seiner Ehefrau als Mittelsperson bedient, kann jenen Zweck einmal in der Weise erreichen, daß er mit seinem Schwager verabredet, daß dieser bei Entgegennahme der äußerlich ihm für seine Person zugewendeten Schenkung nur als Vertreter seiner Schwester handelt, in welchem Falle gemäß § 164 BGB. die Schenkung unmittelbar zugunsten des letzteren wirksam wird. Ein Scheingeschäft liegt hier nur insofern vor, als nach außen die Person des Beschenkten verdeckt und ein anderer als Empfänger angegeben ist. — Jener Zweck kann aber auch in der Weise erreicht werden, daß der Schwager als Fiduziar des Schenkers handelt. In diesem Falle liegt ein Scheingeschäft überhaupt nicht vor, denn der Schwager ist hier in Wahrheit der Schenknehmer; hieran ändert an sich nichts, daß er nach Inhalt der weiteren geheimen Verabredung mit der Verpflichtung belastet ist, den Gegenstand der Schenkung an seine Schwester herauszugeben.

2. a) **RG.** 15. 1. 07, LeipzZ. **07** 219, HoldheimsMSchr. **07** 124, SeuffBl. **07** 825 ff. Darin, daß ein Gründer gemäß Abmachung mit einem ungenannten Dritten Aktien zugleich für diesen bei der Gründung übernimmt, liegt keine Aktienzeichnung zum Schein. **b)** R. **07** 879, PucheltsZ. **07** 667 (Colmar). Daraus allein, daß eine Forderungsübertragung nicht zum Zwecke der Abtretung des Eigentums, sondern zu dem Zwecke stattgefunden hat, daß der Übertragnehmer eigenen Namens die Forderung für den Abtretenden einklage und ihm das Beigetriebene unter Abzug eines Anteils daran für seine Bemühungen abliefere, läßt sich eine Simulierung der Abtretung nicht entnehmen.

3. Über die Nichtigkeit eines Adoptionsvertrags, der lediglich die Übertragung eines Familiennamens bezweckte, s. oben Ziff. I 3 zu § 12.

§ 119. I. 1. Verhältnis des § 119 Abs. 2 zu § 459 (JDR. **2** Ziff. II zu § 459, **4** Ziff. I 1 u. **5** Ziff. I 1 zu § 119). a) von Blume, R. **07** 351 f. hält das Ergebnis des **RG. 61** 171 ff. zu dieser Frage (JDR. **4** Ziff. II 8 d α) für richtig, die mit Gesetzeskonkurrenz operierende Begründung aber für falsch; eine solche liege deshalb nicht vor, weil das Nichtkennen eines unter die §§ 459, 537 fallenden Mangels einen Irrtum des Käufers oder Mieters nicht darstelle. Entscheidend sei für die Klarstellung des Verhältnisses zwischen den §§ 459, 537 einer- und den §§ 119, 123 andererseits, daß die Rechtswirkungen der Haftung für Sachmängel an den Zeitpunkt der Übergabe anknüpfen, während die Rechtswirkungen des Irrtums mit dem Vertragsschlusse eintreten (354). — Auch Gmelin macht R. **07** 750 Bedenken gegen **RG. 61** 171 ff. geltend. **b)** Haußmann aaO. 45 ff. Der Käufer, dem der Anspruch auf Gewährleistung zusteht, ist wegen desselben Irrtums, der den heimlichen Mangel außer acht ließ, nicht auch zur Anfechtung des Kaufes berechtigt. Ein Kläger, der mit dem Gewährleistungsanspruch deshalb abgewiesen wird, weil der Mangel der Sache nicht die Tauglichkeit zum gewöhnlichen oder vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauche — sondern etwa nur zu dem vom Kläger ins Auge gefaßten Gebrauche — beeinträchtigt, kann die Anfechtungsklage erheben, deren Rechtsgrund die ungerechtfertigte Bereicherung ist (§ 812), da gemäß § 142 BGB. das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist. In der Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung, d. h. auf Rückgängigmachung wegen heimlichen Mangels, ist zugleich eine Anfechtung wegen Irrtums zu erblicken, was für die Wahrung der Anfechtungsfrist von Belang werden kann (49). **c)** Auch Lippmann, ACivPr. **102** 342 f., hält eine Anfechtung wegen Irrtums neben dem Gewährleistungsanspruche nicht für zulässig.

2. Gmelin, R. **07** 748 ff. Ein Irrtum über Eigenschaften der Sache ist nach den heute im Verkehre herrschenden Anschauungen als wesentlich nicht nur dann anzusehen, wenn eine solche Beschaffenheit der Sache fälschlich unterstellt wurde, welche die Sache zu einer Sache anderer Art machen würde, sie als zu einem anderen Genus von Sachen gehörig erscheinen ließe. Gegen OLG. Karlsruhe, JDR. **2** Ziff. IV 2c u. OLG. Stuttgart, JDR. **5** Ziff. II B h. — Die gebrauchserheblichen Eigenschaften im Sinne des § 459 sind keineswegs mit den „wesentlichen" Eigenschaften des § 119 Abs. 2 identisch (750).

II. 1. *Manigk, Willenserkl. u. Willensgeschäft 201 ff. Der § 119 ist dort nicht anwendbar, wo der Handelnde eine Willenserklärung überhaupt nicht abgeben wollte. Der legale Begriff der Willenserklärung ist von dem Kundgebungszweck des Subjekts abhängig. Diesen setzt daher auch der § 119 voraus. — Unrichtig ist die Meinung, daß der Anfechtende auf das seinem wirklichen Willen entsprechende Geschäft nach der Wahl des Gegners eingehen müsse. Der Anfechtende hat jedoch seinen Irrtum zu beweisen (212 ff.). Der dem Gegner erkennbare Irrtum des Erklärenden ist schon bei der gemäß § 133 vorzunehmenden Auslegung der Erklärung zu berücksichtigen. Es bedarf daher hier nicht erst des Umweges um die §§ 119, 122.

2. *Hölder, Aus römischem u. bürgerlichem Rechte (Festgabe für E. J. Bekker) 67—72. Die Anfechtung macht hier nicht nur negativ geltend, daß die Erklärung für ihren Urheber den bestimmten Inhalt nicht hatte, sondern zugleich positiv, daß sie für ihn einen anderen Inhalt hatte, und Treu und Glauben fordert, daß ihr Empfänger diesen als ihren Inhalt geltend machen kann.

III. Lippmann, ACivPr. **102** 325 f. Das Recht, eine Willenserklärung gemäß § 119 BGB. anzufechten, ist nicht vererblich. Der Erbe des Erklärenden hat nicht erklärt, er kann sich daher auch nicht in einem Erklärungsirrtume befunden haben; ein Sukzessionsrecht in den Irrtum des Erklärenden, in eine Tatsache kann

es nicht geben. Wenn der Erbe den Irrtum des Erklärenden schon gekannt hätte und zwar zur Zeit der Abgabe der Willenserklärung, könnte er doch nicht widerrufen, weil er nicht irrend gewesen ist. Anders ist die Sache zu beurteilen, wenn die Willenserklärung als zugleich den Tatbestand eines rechtsgeschäftlichen Aktes darstellend aufgefaßt wird. Insoweit die Normen eines solchen konkreten Rechtsgeschäfts Irrtum zugunsten des Erklärenden als beachtlich bestimmen, kann auch der Erbe des Erklärenden dieselbe Beachtlichkeit des Irrtums für sich in Anspruch nehmen. Aber er sieht hier nicht sowohl bloß die Willenserklärung des Erblassers, weil durch Irrtum erzeugt, an und macht die Tatsache derselben ungeschehen, er macht vielmehr positiv den Irrtum in seiner Bedeutung für Bestand oder Inhalt der Erklärung als eines rechtsgeschäftlichen Aktes geltend.

IV. 1. *Leist, ACivPr. **102** 242 ff. In der neueren Praxis tritt vielfach das Bestreben hervor, die Irrtumsanfechtung einzuschränken. So wird z. B. die Anfechtung versagt, wenn nach dem mündlichen Vertragsabschluß eine Urkunde (Bestellschein) in in der irrigen Annahme, daß sie nichts anderes bestimme, als zuvor verabredet war, ungelesen unterschrieben ist, oder wenn der Unterzeichner in demselben Glauben über Bestimmungen von ihm unbekannter Bedeutung hinweggelesen hat. Gegenüber dieser Rechtsprechung kann die Behauptung, daß die Praxis nicht aus Zweckerwägungen contra legem urteile, nur dann aufrecht erhalten werden, wenn im § 119 unter Willenserklärung nicht das Erklärte, sondern nur das Erklärungsmittel, und unter dem Inhalte der Erklärung lediglich der durch Auslegung bestimmte Sinn des Erklärungsmittels verstanden wird. Wenn mit dieser Auffassung der Satz in Verbindung gesetzt wird, daß nicht irrt, wer sich in bewußter Unkenntnis befindet (vgl. **RG. 62** 205), so ist z. B. nicht anfechtungsberechtigt, wer in dem irrtümlichen Glauben an die Übereinstimmung der urkundlichen mit den zuvor verabredeten Bestimmungen eine reproduzierende Dispositivurkunde ungelesen unterschrieben hat; denn er will zwar nicht das in der Urkunde Erklärte, aber er irrt nicht über Wortlaut und Sinn der Urkunde, die er nicht zu kennen sich bewußt ist.

2. *R. Leonhard, Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge (2). Die Texte des römischen Rechtes sind noch jetzt von praktischer Bedeutung, weil sie geeignet sind, über Inhalt und Umfang des Anwendungsgebiets des § 119 aufzuklären.

V. Hölder, Festgabe für Bekker 67. Beachtet wird nur der Irrtum, der für den bestimmten Handelnden als einen verständigen entscheidend war. Ein solcher liegt aber nicht vor, wenn ein Irrtum, der für den Handelnden als einen verständigen entscheidend gewesen wäre, wegen seines Unverstandes diese Bedeutung für ihn nicht gehabt hat. Vgl. Gradenwitz, JDR. **1** Ziff. 1.

VI. Eigenschaften der Person. 1. Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners (JDR. **1** Ziff. 17). Lippmann, ACivPr. **102** 288 ff.: Zahlungsfähigkeit ist keine Eigenschaft der Person (anders Schloßmann, Irrtum, u. Lenel, JheringsJ. **44** 1 ff.). Der Gläubiger, der seinen Schuldner irrtümlich für zahlungsfähig hält, irrt im letzten Grunde doch nur über die subjektive Möglichkeit der speziellen, dem Schuldner obliegenden, genau begrenzten Leistung. Irrtum über Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist immer nur mit Bezug auf solche spezielle Leistung denkbar, er ist niemals Qualitäts-, sondern nur Quantitätsirrtum.

Wäre aber wirklich Irrtum über Zahlungsfähigkeit Irrtum über eine Eigenschaft der Person, so würde § 119 dem Irrenden doch kein Recht auf Anfechtung seiner Erklärung geben können. Bei Durchführung der Anfechtung im Prozesse muß der erkennende Richter zuvor prüfen, ob die in Rede stehende Eigenschaft an der Person oder Sache wirklich vorhanden ist oder nicht, im letzteren Falle erklärt er event. die Anfechtung für gerechtfertigt. Diese Frage ist präjudizierlich für den Ausgang der Sache. Ein solcher Gang der Sache kann

nicht in Frage kommen, wenn es sich um einen Irrtum über Zahlungsfähigkeit des Schuldners handelt. Ob ein Gläubiger, der seine Forderung einklagt, im Irrtum über die Beitreibbarkeit derselben gewesen ist, geht den erkennenden Richter nichts an; das wird sich in der Zwangsvollstreckung herausstellen. Folgeweise kann auch ein besonderes Anfechtungsrecht wegen Irrtums über Zahlungsfähigkeit nicht möglich sein. — Wenn man von einer Verkehrswesentlichkeit der Eigenschaft der Zahlungsfähigkeit sprechen will, so ist diese Verkehrswesentlichkeit doch immer als eine nur relative zu fassen; sie kann nur gegeben sein für den Zeitpunkt, in dem die Person zu zahlen hat, nicht auch für alle diesem vorausgehenden Zeitabschnitte zwischen Begründung und Lösung der Schuld.

2. Haußmann 37. Jede Person, deren Eigenschaft für die Willenserklärung bestimmend war, kann in Betracht kommen, also nicht bloß die Eigenschaften des „anderen", d. h. des Anfechtungsgegners (§ 143) oder des Empfängers der Willenserklärung oder eines etwaigen Gegenkontrahenten, sondern auch eines Dritten. Selbst der Irrtum über die Eigenschaften der Person des Erklärenden selbst, also über eine eigene Eigenschaft ist nicht ausgeschlossen. Es kauft z. B. jemand in dem Glauben, Erbe zu sein, das Erbschaftsanwesen von den übrigen Erben (38). Was alles sich „unter sprachlichem Gesichtspunkt" als Eigenschaft einer Person oder Sache darstellen kann, darüber vgl. Haußmann 26/27.

VII. Eigenschaften der Sache. 1. Lenel, Irrtum über wesentliche Eigenschaften, JheringsJ. **44** 1 ff. (JDR. **1** Ziff. 3) nimmt an, daß nur die Eigenschaften, die zur normalen Individualisierung des Kaufobjekts gehören, und welche also im Falle eines Zweifels des Käufers normalerweise zum Gegenstande vertragsmäßiger Zusicherung gemacht zu werden pflegen, zur Irrtumsanfechtung führen können. Dagegen Haußmann aaO. 33 f. Mit der Zusicherung werde ein nicht im Gesetze stehendes Tatbestandsmerkmal hineingetragen. — Ferner wendet sich Haußmann 34 f. gegen Schloßmanns Ausführungen, JDR. **2** Ziff. III 6.

2. Lippmann, ACivPr. **102** 351 gegen Schloßmann, Irrtum über wesentliche Eigenschaften 59. Unter den im Verkehre wesentlichen Eigenschaften einer Sache sind die sogenannten „rechtlichen Eigenschaften" derselben nicht zu verstehen; auf einen Irrtum in solchen Dingen ist Abs. 2 nicht anwendbar, ebensowenig auf Irrtum über „rechtliche Mängel" (353).

3. Haußmann 44. Dem Gesetzgeber kann bei der Wahl der Worte „Eigenschaften der Person oder der Sache" lediglich die Absicht einer Gegenüberstellung des Subjekts und des Objekts, wie im ALR., nicht aber die Absicht einer Subsumtion dieser Bestimmung unter § 90 BGB. unterstellt werden. Mithin berechtigt auch der Irrtum über die Eigenschaft eines Rechtes zur Anfechtung. Vgl. dagegen Schloßmann, JDR. **2** Ziff. III 1.

4. Hedemann, R. **07** 946. Der Ursprung einer Sache, ihr Herstammen von einem der Großen dieser Erde (z. B. Briefe Richard Wagners), erscheint als eine verkehrswesentliche Eigenschaft, wenn dieses Herstammen fälschlich zugrunde gelegt, also über die Echtheit geirrt worden war. — Die Weggabe von Briefen oder Bildern ist ebenso auch dann zu behandeln, wenn zunächst von der Wertlosigkeit ausgegangen und erst später ihre Rembrandt- oder Wagner-Eigenschaft entdeckt wird.

VIII. Haußmann 24. Der Satz „als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch" bezieht sich nicht nur auf den Hauptsatz des Abs. 1, d. h. die Statuierung der Anfechtbarkeit, sondern auch auf die Bedingung „wenn anzunehmen ist, daß er sie .... nicht abgegeben haben würde". Gegen Endemann, BGB. I (8) 349 Anm. 22, der die Voraussetzung der Wesentlichkeit des Eigenschaftsirrtums ausschließlich auf den objektiven Maßstab abstellen will.

IX. 1. Kretzschmar, SeuffBl. **07** 963, behandelt die Anfechtung eines im Termine zur Zwangsversteigerung abgegebenen Gebots wegen Irrtums und gelangt im wesentlichen zu dem gleichen Ergebnisse wie Lindemann, GruchotsBeitr. **48** 97 ff., JDR. **2** Ziff. II 1. Vgl. u. Ziff. X A 6.

2. Über Irrtum hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit des Mieters s. Lippmann u. zu § 554.

X. Aus der Praxis. A. Allgemeines und Abs 1. 1. a) Über den Unterschied zwischen dem Irrtum einer Partei und dem sog. versteckten Dissense **RG.** 22. 11. 06, GruchotsBeitr. **52** 126 ff., im wesentlichen wie JDR. **5** Ziff. II A 1a zu § 119. **b)** **RG.** 17. 4. 07, **66** 21 ff., DJZ. **07** 770. Divergenz des beiderseitigen Willens und der beiderseitigen Erklärung hindert das Zustandekommen eines rechtsgültigen Vertrags in betreff desjenigen Gegenstands, der nur in der Erklärung erwähnt ist, aber nicht durch entsprechendes Wollen gedeckt wird. Eine Anfechtung nach den §§ 119, 121 ist nicht erforderlich. **c)** **RG.** 12. 6. 07, JW. **07** 506. Die Erklärung, die eine fremdsprachige Partei abgegeben hat, ohne der gebrauchten Sprache mächtig zu sein, ist im Falle der Nichtübereinstimmung von Erklärung und Willen anfechtbar, nicht aber nichtig. **d)** **RG. 66** 427. Ein Fall des § 119 liegt nicht vor, wenn die Annahme des mit einem Schreibfehler behafteten Antrags auf Schließung eines Vertrags von demjenigen, welchem der Antrag gestellt ist, in Erkennung des wirklichen Willens des Antragenden ohne Erwähnung des Schreibfehlers erklärt wird. (Vgl. oben Ziff. 2 zu § 116.)

2. Wirkung der Anfechtung auf das dingliche Rechtsgeschäft (JDR. **3** Ziff. I). **RG.** 18. 10. 07, **66** 385 ff. Das Kausalgeschäft und das dingliche Übereignungsgeschäft können auch beim Anfechtungsgrunde des Irrtums gemeinsam anfechtbar sein, wenn beide Geschäfte in einem einheitlichen Willensakte zusammenfallen und dieser an dem Anfechtungsgrunde des Irrtums leidet.

3. PucheltsZ. **07** 355 (Colmar). Die Erklärung des Verkäufers über Anfechtung des Kaufes wegen Kreditunwürdigkeit des Käufers kann nicht an den Handelsagenten gerichtet werden, der den Kaufabschluß vermittelt hat. — Ist jedoch der Agent als Bote anzusehen, so kann die Abgabe der Anfechtungserklärung zufolge § 121 Satz 2 gültig sein. R. **07** 1395 (Hamburg).

4. **RG.** (Straff.) BayRpflZ. **07** 195. Die Zurücknahme der Revision kann nicht wegen Irrtums angefochten werden, da § 119 auf Verhältnisse des öffentlichen Rechtes keine Anwendung findet. Ebenso RheinA. **104** I 175 (Düsseldorf). Irrtum oder Zwang kann die Wirkung einer Prozeßhandlung für den Prozeß nicht beeinträchtigen.

5. KfmG. **07** 37 (KfmG. Berlin). Auch ein Probevertrag kann wegen eines Irrtums über Eigenschaften der Person angefochten werden, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen selbstverschuldeten Irrtum handelt.

6. Irrtum des Bieters im Zwangsversteigerungsverfahren (o. Ziff. IX 1). SächsOLG. **28** 556 f. Anfechtung zulässig wegen der irrtümlichen Annahme, daß in dem Gebote die bestehen bleibenden Rechte mit enthalten seien, dagegen keine Anfechtung, weil der Bieter das vorausgegangene Gebot für gültig hielt.

7. **RG.** SeuffA. **62** 91 über den Verzicht des Grundstückskäufers auf Anfechtung, wenn er in Kenntnis des Betruges vorbehaltlos die Auflassung entgegennimmt.

8. **RG.** R. **07** 180. Der Pfleger hat bei Anfechtungen von Rechtshandlungen vollständig selbständig zu handeln.

9. Irrtum im Motive (JDR. **2** Ziff. IV 1 c, **3** Ziff. III 1 d, **4** Ziff. II b, **5** Ziff. II A 9). a) **RG. 64** 266 ff., JW. **07** 4, LeipzZ. **07** 139. Kalkulationsfehler des Verkäufers sind in der Regel nur Irrtum im Beweggrund (**RG.** JDR. **2**

Ziff. IV 1c u. JDR. **5** Ziff. II A 11). Nur dann, wenn bei den für den Vertragsschluß entscheidenden Verhandlungen dem anderen Teil erkennbar der verlangte oder angebotene Kaufpreis als ein durch näher bezeichnete Kalkulationen zustande gekommener bezeichnet ist, umfaßt diese Kalkulation auch den Inhalt der Erklärung. Danach rechtfertigt eine irrtümliche Annahme des Käufers, die gekauften Gegenstände hätten solche Einkaufspreise gehabt, daß sich nach entsprechender, bei Konkursmassen üblicher Reduzierung dieser Einkaufspreise die Inventarpreise ergeben hätten, für sich allein noch nicht die Annahme eines Irrtums über eine Eigenschaft der gekauften Sache. **b)** SeuffA. **62** 308 (Hamburg). Auch was man im gewöhnlichen Leben „Motive" nennt, kann zum Inhalte des Geschäfts selbst gemacht werden und dann zur Anfechtung aus § 119 führen. **c) RG.** LeipzZ. **07** 50. Kein Gesetz gestattet einem Kontrahenten, einen Vertrag aus dem Grunde anzufechten oder seine Erfüllung aus dem Grunde abzulehnen, weil sich seine Ausführung im praktischen Ergebnis ungünstiger gestaltet als er angenommen hatte oder weil sich Folgen ergaben, die er überhaupt nicht vorausgesehen hat. **d) RG.** R. **07** 1129. Lizenzverträge, die sich auf noch nicht erprobte technische Neuerungen beziehen, stellen sich auf seiten des Lizenznehmers als gewagte Geschäfte dar; daraus folgt, daß eine unrichtige Vorstellung des Lizenznehmers über den Gewinn, der sich bei der Fabrikation erzielen lasse, als ein Irrtum, der unter § 119 fiele, nicht angesehen werden kann. **e) RG.** R. **07** 243. Ein Irrtum über die Chancen des Geschäfts fällt nicht unter § 119. **f)** SächsOLG. **28** 419 (Dresden). Unkenntnis des Bürgen über den Umfang der Hauptschuld ist nicht geeignet, die Anfechtung des Bürgschaftsvertrags wegen Irrtums zu begründen, da der Irrtum sich nicht auf einen Bestandteil der Bürgschaftserklärung erstreckt.

B. Abs. 2.

1. Zahlungsfähigkeit (JDR. **1** Ziff. 17, **2** Ziff. IV 2b, **4** Ziff. II 8 c γ, **5** Ziff. II B e). **a) RG.** 18. 10. 07, **66** 385 ff., JW. **07** 737 f., DJZ. **08** 78. Beim Kreditkauf im Handelsverkehre kann der Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Käufers beim Vertragsschluß als Irrtum über eine Eigenschaft der Person im Sinne des § 119 Abs. 2 aufgefaßt werden und demgemäß die Anfechtbarkeit des Kreditkaufs wegen Irrtums begründen. So auch das BerG. Colmar, ElsLothJZ. **07** 515. Vgl. jedoch Lenel, JheringsJ. **44** 22 und Planck Note 2 a zu § 119. **b)** OLG. **15** 311, BankA. **7** 76 (Hamburg). Die Kreditwürdigkeit eines Geschäftsmanns, wenn sie auch im wesentlichen auf äußeren Mitteln beruht, mag als eine „Eigenschaft der Person" im Sinne des § 119 Abs. 2 aufgefaßt werden können. Jedenfalls genügt zu deren Annahme noch nicht die persönliche Anschauung des Kreditgebers, also der Umstand, daß er nach seiner individuellen Vorsicht in solchen Dingen bei Kenntnis der Sachlage seinen Vertragsgegner nicht für genügend sicher hält; die Kriditunwürdigkeit muß nach allgemeinen, objektiven Anschauungen vorliegen, nur dann kann sie als Eigenschaft und im Verkehr als wesentlich gelten. Vgl. auch HansGZ. **08** Hptbl. 19 (Hamburg).

2. Güte einer Forderung. **a)** HansGZ. **07** Beibl. 231 (Hamburg). Die mehr oder weniger große Wahrscheinlichkeit, daß eine Forderung befriedigt werden wird, stellt sich nicht als eine Eigenschaft derselben dar. **b)** WürttJ. **19** 259 (Stuttgart). Die Güte einer Forderung ist keine verkehrswesentliche Eigenschaft.

3. **RG.** BayRpflZ. **07** 495, LeipzZ. **07** 904. Unter der „Person" im Sinne des § 119 Abs. 2 kann bei einem Vertrage nicht nur der Vertragsgegner, sondern auch ein Dritter verstanden werden, falls seine Eigenschaften für den Inhalt und den Zweck des betreffenden Rechtsgeschäfts von Bedeutung sind. Deshalb kann ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft den Gesellschaftsvertrag anfechten, wenn er bei Abschluß des Vertrags über die persönliche Vertrauenswürdigkeit einer Person im Irrtume war, welche für einen anderen Gesellschafter nach dem Vertrage die Geschäftsführung übernehmen sollte. Die persönlichen Eigenschaften dieser Person

sind für die gedeihliche Entwickelung der Gesellschaft von entscheidendem Einfluß. AM. OLG. Stuttgart, JDR. **5** Ziff. II B g.

§ 120. 1. Marcus, R. **07** 44 ff., referiert im wesentlichen Ausführungen Aßmanns (vgl. JDR. **5**) und erörtert an einem Rechtsfall die Frage, wie es um die Wirkung einer entstellt ausgerichteten mündlichen Botschaft stehe.

2. Josef, GruchotsBeitr. **51** 273 ff. § 120 setzt eine irrtümlich unrichtige Übermittelung durch die Mittelsperson voraus (früher jedoch anderer Meinung, JDR. **4** Ziff. 1). Der Bote, der die Botschaft wissentlich unrichtig ausrichtet, richtet tatsächlich die ihm aufgetragene Botschaft nicht aus, sondern gibt fälschlich vor, mit einer Botschaft betraut zu sein. Vgl. auch Aßmann, JDR. **5** zu § 120.

§ 121. 1. **RG.** R. **07** 822. Kenntnis im Sinne dieser Bestimmung deckt sich nicht mit rein subjektiver Überzeugung. Es genügt vielmehr, daß der Anfechtungsberechtigte nach den ihm bekannten Tatumständen vernünftigerweise mit einer die bloße Vermutung ausschließenden Sicherheit darauf rechnen muß, daß der Anfechtungsgrund besteht. Vgl. OLG. Stuttgart, JDR. **3** Ziff. 2.

2. **RG. 64** 160 ff. im wesentlichen wie **RG.** JDR. **1** Ziff. 3 u. **4** Ziff. II 1.

§ 122. I. 1. a) *Klein verteidigt SeuffBl. **07** 140 ff. seine Ausführungen DJZ. **06** 596 (JDR. **5** Ziff. 1a) gegen die allgemeinen Einwände Kuhlenbecks, BankA. **5** 285 ff. b) *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 494 ff. Der § 122 ist nur da anwendbar, wo der Gegner der Erklärung durch diese tatsächlich irre geführt worden ist. Der „Dritte" kann immer nur der Gegner der Erklärung sein.

2. Lippmann, ACivPr. **102** 327. Der Erbe des anderen (Dritten) kann grundsätzlich einen Ersatzanspruch nicht geltend machen, wenn er selbst den Irrtum des Erklärenden gekannt hat oder auch hat kennen müssen. Wenn der Erbe des anderen (Dritten) dies erst geworden ist, nachdem den anderen (Dritten) schon praktische Konsequenzen seines Vertrauens auf die Gültigkeit der Erklärung getroffen haben, so muß der Erbe, weil er die Konsequenzen gegen sich gelten lassen muß, auch berechtigt sein, insoweit den Wissenszustand seines Erblassers als Basis seiner Ersatzansprüche geltend zu machen. Daher muß, wenn der andere (Dritte) im Verlauf eines solchen Entschädigungsprozesses stirbt, der Erbe desselben zur Fortsetzung des Prozesses loco des anderen (Dritten) insoweit berechtigt sein, als der Anspruch lediglich auf den Irrtum über die Gültigkeit der Irrtumserklärung des Erblassers und dessen praktische Folgen gestützt bleibt. —

3. Abs. 2. *Weyl, SeuffBl. **07** 622 Anm. 193, macht darauf aufmerksam, daß § 122 Abs. 2 die Brücke schlägt zwischen der wenig ausgeglichenen Ausdrucksweise des Gesetzes in §§ 1346 Satz 2, 1334 Abs. 1 Satz 2, 123 Abs. 2 Satz 1 und 2 (vgl. auch §§ 1337 Abs. 2, 1339 Abs. 2, 124 Abs. 2 Satz 1) einerseits und §§ 1345, Abs. 1, 1699 Abs. 1, 1701 Satz 1, 1702 Abs. 1, 1703 Satz 1, 1704 (vgl. auch §§ 140, 142 Abs. 2) andererseits, da jene vom Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsgrunde, diese von der Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit selber handeln.

II. R. **07** 1395 (Hamburg). Hat jemand im Vertrauen auf die Gültigkeit einer wegen Irrtums angefochtenen Erklärung einen Prozeß angestrengt, so können — abweichend von § 91 ZPO. — auf Grund § 122 BGB. dem obsiegenden Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden, vorausgesetzt, daß der Irrtum des Beklagten nicht schon vor dem Prozesse so glaubhaft war, daß das Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung nicht mehr gerechtfertigt erschien.

§ 123. 1. a) *Leist, ACivPr. **102** 264 ff. Der von der Praxis anerkannte Ausschluß der Täuschungsanfechtung bei Beitrittserklärungen zu Aktiengesellschaften, Genossenschaften (vgl. z. B. JDR. **3** Ziff. I g), offenen Handelsgesellschaften, bei Wechselzeichnungen und Firmenveräußerungen rc. verstößt gegen § 123, wenn nicht solche Erklärungen als „verantwortliche Erklärungen" von den der Anfechtung unterworfenen „Willenserklärungen" abzugrenzen sind. b) **RG.** BauersZ. **14** 175, LeipzZ.

07 219, BankA. **6** 171, DJZ. **07** 359. Ein Aktienkäufer kann den Kauf nicht wegen Täuschung aus dem Grunde anfechten, weil bei Gründung der Aktiengesellschaft sog. Strohmänner mitgewirkt haben.

2. Arglist. a) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 885. Eine arglistige Täuschung erfordert nicht immer die Angabe einer positiv unrichtigen Tatsache, vielmehr reicht auch ein Verschweigen aus, wenn der Verschweigende etwas nicht sagt, dessen Mitteilung der andere Teil unter den gegebenen Verhältnissen erwarten darf. **b)** Pos. MSchr. **07** 50 (Posen). Arglistig handelt, wer eine irrtümliche Erklärung des Vertragsgegners in Kenntnis des Irrtums schweigend entgegennimmt und zu seinem Vorteil ausnutzt. **c)** SchlHolstAnz. **07** 41 ff. (Kiel). Das Verschweigen seiner ungünstigen Vermögenslage durch einen Geschäftsmann enthält an sich noch kein arglistiges Verhalten desselben. **d) RG.** 9. 2. 07, R. **07** 305. Ein Verkäufer handelt schon dann arglistig, wenn er einen Umstand verschweigt, von dem er weiß, daß der Käufer Wert darauf legt, dergestalt, daß er den Vertrag ohne die Täuschung nicht abgeschlossen haben würde. Ein fahrlässiges Verschweigen aber genügt nicht und ein Wissenmüssen kann bei der Subsumierung einer Handlungsweise unter den Begriff der Arglist dem wirklichen Wissen nicht gleichgestellt werden, wenn es auch im Einzelfall einen tatsächlichen Rückschluß auf das Wissen selbst gestatten mag. **e)** R. **07** 243 (Colmar). Eine Verpflichtung des Käufers, unaufgefordert seine Vermögenslage dem Verkäufer zu offenbaren, besteht auch beim Kreditkaufe nicht. In dem Verschweigen der Zahlungsunfähigkeit beim Abschlusse des Kaufes kann daher eine arglistige Täuschung nur gefunden werden, wenn der Käufer, wissend, daß er sich einer drohenden Strafverfolgung durch die Flucht entziehen und daß dies die Eröffnung des Konkursverfahrens nach sich ziehen müsse, dem Verkäufer baldige Befriedigung zusichert. **f)** BayObLG. **8** 148 ff. Wer mit einem andern über die Schließung eines Vertrages verhandelt, ist zwar nicht verpflichtet, ihn von freien Stücken und ohne besonderen Anlaß über alle Umstände aufzuklären, die für die Schließung des Vertrags möglicherweise von Belang sein können, wohl aber ist sein Schweigen Arglist, wenn er Tatsachen verschweigt, von denen nach vernünftigem Ermessen anzunehmen ist, daß ihre Kenntnis für die Entschließung des anderen von ausschlaggebender Bedeutung ist und hinsichtlich deren er selbst dieser Bedeutung sich bewußt ist. **g)** BauersZ. **14** 265. Ein Direktor, der sich für die vorzeitige Lösung seines Dienstvertrags eine Abfindungssumme bezahlen läßt und dabei seine bereits vorbereitete Etablierung verschweigt, handelt arglistig. **h)** Über arglistiges Verschweigen hinsichtlich der Bonität der bei einem Kaufhandel in Zahlung gegebenen Grundschuldbriefe handelt, OLG. Rostock, MecklZ. **25** 205 ff.

3. Zum Begriffe der Widerrechtlichkeit (JDR. **3** Ziff. 1d, **4** u. **5** Ziff. II 2). **RG.** FrankfRundsch. **41** 69. Die rechtliche Zulässigkeit des von dem Drohenden angewendeten Mittels schließt die Widerrechtlichkeit der Drohung nicht aus, wenn der damit verfolgte Zweck rechtlich nicht begründet war.

4. Rechte des betrogenen Käufers (JDR. **3** Ziff. 1a, **5** Ziff. II 7 zu § 123 u. **4** Ziff. 1 zu § 124). a) **RG. 66** 335 ff. Der bei einem Vertragsschlusse Betrogene ist nicht darauf beschränkt, Aufhebung des Vertrags und Rückgabe des in Erfüllung des Vertrags Geleisteten zu verlangen; er kann vielmehr unter Aufrechterhaltung des Vertrags wegen der gegen ihn verübten arglistigen Täuschung Ersatz des ihm entstandenen Schadens gemäß § 826 BGB. begehren. Handelt es sich um eine Täuschung des Käufers durch wissentlich falsche Versicherungen des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache, so kann der Käufer — in entsprechender Anwendung des § 463 BGB. — verlangen, daß er von dem Verkäufer wirtschaftlich so gestellt werde, wie er stehen würde, wenn die abgegebenen Zusicherungen auf Wahrheit beruhten, daß ihm also das positive Erfüllungsinteresse als Schadensersatz gewährt werde. Dieser Schadensersatz geht auf Ersatz dessen, was die Kauf-

sache wegen Fehlens der betrüglich vorgespiegelten Eigenschaften weniger wert ist. Erst mit Ersatz dieses Minderwertes ist der Käufer bezüglich der Leistung, die er vertraglich vom Verkäufer zu verlangen hat, befriedigt. Der Verkäufer kann den Käufer daher nicht auf eine Kürzung des noch nicht fälligen Kaufpreises verweisen. **b) RG.** R. **07** 632. Die auf die Anfechtung eines Kaufes wegen Betruges gestützte Klage des Käufers wird nicht durch das Angebot des Verkäufers entkräftet, den Mangel der Kaufsache, bezüglich dessen die Täuschung stattgefunden hat, zu beseitigen.

5. R. **07** 180 (Breslau). Der Versicherte kann den Versicherungsvertrag wegen Täuschung durch den sog. Repräsentanten nur anfechten, wenn der Vorstand der Versicherungsgesellschaft die Täuschung kannte oder kennen mußte.

6. **RG. 65** 399 ff., JW. **07** 301, LeipzZ. **07** 428. Der Käufer kann bei mehreren Verkäufern wegen arglistiger Täuschung den Vertrag auch nur gegenüber demjenigen Verkäufer, der getäuscht hat, anfechten und gegen diesen allein klagen. Für den umgekehrten Fall vgl. **RG.** JDR. **3** Ziff. 3 zu § 143.

7. **RG.** R. **07** 1060. Ist ein Tauschvertrag über Grundstücke von dem einen Teile wegen arglistiger Täuschung angefochten und ist der Anfechtende, weil das von ihm eingetauschte Grundstück zwischenzeitlich zwangsweise versteigert worden ist, nicht mehr in der Lage, dieses Grundstück zurückzugewähren, so bleibt er gleichwohl berechtigt, die Rückgewähr des von ihm auf Grund des Tauschvertrags in Tausch gegebenen Grundstücks zu verlangen.

8. **a) RG.** R. **07** 760. Auch beim Abschluß eines ersichtlich gewagten Geschäfts kann ein Vertragsteil von dem anderen betrüglich getäuscht und geschädigt werden. **b) RG.** JW. **07** 473. Auch Anpreisungen und empfehlende Zusicherungen können den Tatbestand der arglistigen Täuschung erfüllen.

9. **RG.** Holdheims MSchr. **07** 164 im wesentlichen wie **RG.** JDR. **5** Ziff. II 1b.

§ 124. I. Abs. 2. 1. Peipers, DJZ. **07** 1022 f. Wenn bei der Drohung mit einer Strafanzeige die Befürchtung, in ein Strafverfahren verwickelt zu werden, für die Abgabe einer Willenserklärung kausal war, so ist die Zwangslage als beendigt anzusehen, wenn eine Strafanzeige für den Bedrohten nicht mehr den Erfolg einer Strafverfolgung haben kann und der Bedrohte das subjektive Bewußtsein von der Beendigung der Zwangslage (z. B. die Kenntnis des Ablaufs der Verjährungsfrist, bei Antragsdelikten der Antragsfrist) hat. Denn erst dann, wenn er sich nicht mehr der Gefahr ausgesetzt glaubt, daß auf die Anzeige ein Verfahren gegen ihn eingeleitet werden kann, ist er in seinem Willen frei.

2 Beginn der Frist. **a) RG.** R. **07** 822, LeipzZ. **07** 587 wie **RG.** JDR. **4** Ziff. 2a. **b) RG.** 12. 1. 07, **65** 86. Die Entdeckung der Täuschung, von der an das Gesetz die Frist berechnet, umfaßt nicht bloß die Erkenntnis der objektiven Unrichtigkeit der bestimmenden Tatsache, sondern auch die Erkenntnis des subjektiven Moments, der absichtlichen Täuschung durch den Gegner.

II. Vgl. auch oben Ziff. 4 zu § 123.

§ 125. 1. **RG.** R. **07** 1527. Wer selbst allein die Schuld daran trägt, daß eine Vereinbarung nicht in der vorgeschriebenen Form beurkundet ist, hat, wenn er sich auf den Mangel der Form beruft, die Einrede der Arglist gegen sich und zwar mit der Wirkung, daß gemäß den nach den §§ 826, 249 BGB. leitenden Grundsätzen ihm gegenüber das Sachverhältnis so gilt, wie es sich gestaltet haben würde, wenn die Form gewahrt worden wäre.

2. **RG.** 16. 1. 07, JW. **07** 166. § 125 wird durch den § 566 Satz 2 nicht völlig ausgeschaltet, sondern nur eingeschränkt.

§ 126. 1. Damme, DJZ. **07** 54 f., wendet sich gegen **RG. 50** 51 ff. (JDR. **1** Ziff. 6), wonach es genügt, wenn bei gesetzlich vorgeschriebener Schriftform der bevollmächtigte Vertreter ausschließlich mit dem Namen des Vertretenen unterschreibt. Aus der Gleichstellung des beglaubigten Handzeichens mit dem Namenszuge sei zu

entnehmen, daß es die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, mit der Forderung der Schriftform die Feststellung der Person des tatsächlich Unterzeichnenden zu ermöglichen. Vgl. JDR. **2** Ziff. 5 a u. b, **4** Ziff. I 1.

2. ElsLothJZ. **07** 248 (Colmar). Wenn eine Ehefrau einen Versicherungsvertrag in Gegenwart ihres schreibkundigen Ehemanns mit des letzteren Namen unterzeichnet, so gilt sie als hierzu von ihrem Ehemanne bevollmächtigt und ist die Namensunterschrift als eine eigenhändige des Ehemannes im Sinne des § 126 anzusehen.

3. RheinNotZ. **08** 13 ff (LG Crefeld). Ein von einem Notar in der Rheinprovinz aufgenommenes Auflassungsprotokoll ist unter Geltung des neuen Rechts gültig, wenn es von einer Ehefrau nur mit ihrem Mädchennamen unterzeichnet ist. Vgl. JDR. **2** Ziff. 3, **5** Ziff. 2 u. 3.

4. Abs. 2 Satz 2. ElsLothJZ. **07** 523 (Colmar) läßt es dahingestellt, ob die Abfassung eines schriftlichen Vertrags in deutschem und französischem Texte den Begriff „gleichbedeutend" im Sinne des Abs. 2 Satz 2 erfüllt, weil dies der Absicht der Parteien entsprach, die insofern eine Abweichung von der vorgeschriebenen Form vereinbart haben.

5. Abs. 3. **RG. 64** 82 ff. Das BGB. versteht unter „gerichtlicher Beurkundung" nicht nur Beurkundung durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die Formvorschriften des FGG. beziehen sich nicht auf die in den Gesetzen anderweit geregelte Beurkundung prozessualer Rechtsgeschäfte. Wird insbesondere ein Rechtsgeschäft, das nach bürgerlichem Rechte der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, in der prozessualen Form des Vergleichs, des Verzichts oder der Anerkennung vorgenommen, so hat die Beurkundung nach den Formen der ZPO. (§§ 159 ff., 160 Abs. 2 Nr. 1, § 794 Nr. 1 ZPO.) zu erfolgen und auch die sonst gesetzlich erforderte Schriftform wird diesfalls durch die prozeßmäßige Beurkundung ersetzt.

§ 128. PucheltsZ. **07** 659 ff. (Düsseldorf). Werden die Erklärungen beider Vertragsteile nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit vor Gericht oder Notar abgegeben, dann ist in den Fällen, in denen gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist, diese nur in der Weise möglich, daß über Antrag und Annahme nacheinander zwei getrennte Urkunden aufgenommen werden. Ein Erbverzichtsvertrag ist deshalb nichtig, wenn Erblasser und Erbe zu verschiedenen Zeiten vor dem Notar erschienen sind und dieser die beiderseitigen Erklärungen in einer Urkunde zusammengefaßt hat. Vgl. **RG. 52** 437, JDR. **2** u. Oppler u. Flechtheim, JDR. **5** Ziff. 1 u. 2.

§ 129. Abs. 1. **R. 07** 568 (KG.). Die nach Abs. 1 erforderliche Form eines Rechtsgeschäfts gilt durch Beurkundung des letzteren, die lediglich im Zusammenhange mit einem gerichtlich geschlossenen Vergleich erfolgte, nicht als erfüllt; denn nur die Beurkundung des letzteren gehört zur Zuständigkeit des Prozeßgerichts.

§§ 130 ff. **RG. 65** 270 ff., JW. **07** 242 ff. Die Vorschriften der §§ 130 ff. finden ebensowohl auf den Rücktritt von einem Erbvertrage wie auf den Widerruf eines gemeinschaftlichen korrespektiven Testaments Anwendung (Strohal, Erbrecht 337 Anm. 10, Planck Anm. II 2 a).

§ 130. I. 1. Verhinderung der Vollziehung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. von Blume, JheringsJ. **51** 1 ff., wendet sich gegen **RG. 58** 406 (JDR. **4** Ziff. 3 c a zu § 242), da das RG. sich mit dieser Begründung über das Recht gestellt habe (23). Er nimmt (5 ff., 18 ff.) Stellung zu den Ausführungen Titzes (JDR. **3** Ziff. I 2) sowie Breits (JDR. **5** Ziff. I 4) und gelangt zu folgendem Ergebnis: Eine Bereitschaftspflicht des Antragstellers zur Empfangnahme der Annahmeerklärung ist nicht anzuerkennen. Wird der rechtzeitige Empfang der Annahmeerklärung verhindert, so kommt der Vertrag nicht zustande, es sei denn, daß der Antragsteller vorsätzlich und widerrechtlich die

Verhinderung herbeigeführt habe. In diesem Falle kann die Erklärung nachgeholt werden. Eine Anwendung der Bestimmungen über den Gläubigerverzug ist nur möglich, wenn es sich um die Verhinderung des Empfanges einer schuldbefreienden Erklärung handelt (23).

2. Danz, BayRpflZ. **07** 137 ff. Dafür, wer der Adressat einer empfangsbedürftigen Willenserklärung ist, ist nur die Bestimmung des Absenders der Erklärung maßgebend. Um die Person des Adressaten festzustellen, hat man den Inhalt der gesamten Willenserklärung, nicht bloß einzelne Punkte in Betracht zu ziehen; der innere Wille des Absenders kommt für die Auslegung der Bestimmung des Adressaten nicht in Betracht (138). Dem Umstande, daß die Erklärung nicht auf direktem Wege zum Adressaten gelangt ist, ist keine Bedeutung beizumessen. Man kann daher auch mehrere Erklärungen, die erkennbar an verschiedene Personen bestimmt sind, an eine einzelne Person adressieren; die Erklärungen sind trotzdem „zugegangen", wenn die einzelnen sie durch Vermittelung des Adressaten empfangen haben.

3 Wertheimer, BayRpflZ. **07** 81. Die zugleich bei Einlegung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl abgegebene Genehmigungserklärung ist dem Gläubiger zugegangen, denn das Gericht sollte hierbei nur als Mittelsperson handeln, welche die an und für sich für die Gegenpartei bestimmte Widerspruchseinlegung dieser übermitteln muß.

4. **a)** *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 309 ff. Der § 130 ist auf alle Willenserklärungen anwendbar. Es gibt nur bestimmt oder unbestimmt adressierte Willenserklärungen, während die meisten heute sog. nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen lediglich Willensgeschäfte sind, auf die die Normengruppe der Willenserklärungen keine Anwendung findet. Der Zugang der Willenserklärung ist dann eingetreten, wenn die Erklärung dem Gegner vom Erklärenden so nahe gebracht ist, daß dem ersteren die Wahrnehmung derselben nach der Verkehrsauffassung ermöglicht ist. Diese Definition paßt auch auf den anwesenden Gegner, der sich der Wahrnehmung etwa entziehen will. Über den Zugang bei Auslobung, Stiftung, Inhaberpapier und bei Testament vgl. aaO. 316 ff., 320 ff., 324 ff., 328 ff. **b)** *Manigk 192 ff., 305 ff. Nur die dem Gegner zugegangenen Teile der Erklärung dürfen auch bei der Auslegung der Erklärung gemäß § 133 berücksichtigt werden. Die dem Gegner nicht zugeführten Umstände, die den Sinn der Erklärung zwar objektiv richtig beleuchten, sind für die Auslegung unerheblich, können vom Erklärenden nur im Wege der §§ 116 ff. herangezogen werden.

5. Stammler, VerwA. **15** 53, wendet sich gegen die vom **RG. 58** 407 ff. (JDR. **3** Ziff. IV b) ausgesprochene analoge Anwendung des § 162; hier handle es sich um die Frage des Zustandekommens eines Vertrags, § 162 aber greife hinter einem Geschäftsschlusse ein.

6. § 130 bei stillschweigenden Willenserklärungen und Erklärungen unter Anwesenden (JDR. **2** Ziff. 5, **4** Ziff. II 3, **5** Ziff. I 3). **a)** Marcus, GruchotsBeitr. **51** 778 ff. Auch eine stillschweigende Willenserklärung kann einem anderen gegenüber abgegeben werden (aM Planck I 206), denn bei einer empfangsbedürftigen Willenserklärung muß sich unter allen Umständen das Bewußtsein, das überhaupt bei der Abgabe einer Willenserklärung vorhanden sein muß, auch auf die betreffende Person erstrecken, und ist dies der Fall, dann liegt auch immer die Absicht des Erklärenden vor, sein Verhalten zur Kenntnis des Geschäftsgegners zu bringen. Auch findet § 130 auf eine stillschweigende Willenserklärung Anwendung, denn, da bei einer solchen die Momente des Zugehens und Kenntnisnehmens auseinanderfallen, geht eine solche Erklärung einem anderen zu, wenn er von ihr Kenntnis erhält. AM. Isay, Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts 35. **b)** *Manigk 332 ff. Der § 130 ist entsprechend

auch auf Erklärungen unter Anwesenden anzuwenden. Ebenso auf konkludente Erklärungen (345 f.). Der Zugangsmodus unterliegt freier Vereinbarung (343 ff.).

7. *Sendpiehl, Speditionsgeschäft 33. Schriftliche und telegraphische Willenserklärungen gelten dem Adressaten als zugegangen, wenn sie in dessen Wohnung oder Kontor abgegeben sind. Dagegen mündliche (auch telephonische) Willenserklärungen erst dann, wenn sie der Adressat selbst (oder ein Bevollmächtigter) vernimmt.

8. *Burckas, Eigentumsrecht, Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht an Briefen 18. Die Frage nach dem Momente des Eigentumsüberganges am Briefe ist scharf von der Frage zu scheiden, wann eine in dem Briefe enthaltene Willenserklärung als zugegangen zu gelten hat. Ersteres bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 929 ff. Beide Momente können gegebenenfalls auseinanderfallen (vgl. hierüber des näheren Titze, JheringsJ. **47** 378 ff.).

II. Aus der Praxis. 1. SeuffA. **63** 50. BayObLG. **8** 405 ff., R. **07** 1395. (BayObLG). Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird dadurch allein, daß der Erklärende dem anderen mitteilt, er habe eine jene Willenserklärung enthaltende Schrift bei Gericht eingereicht, dort könne sie eingesehen werden, noch nicht wirksam. Eine Mitteilung, die an einen anderen gerichtet und ihm zugegangen ist, geht nicht dadurch demjenigen zu, an den sie gerichtet werden sollte, daß er aufgefordert wird, sie bei dem anderen aufzusuchen, mag auch der andere bereit sein, ihm die Kenntnisnahme zu gestatten. Gibt der zur Einsichtnahme Aufgeforderte die Bereitwilligkeit kund, sich von der Mitteilung bei dem anderen Kenntnis zu verschaffen, so ist darin nicht ohne weiteres die Erklärung zu finden, die Mitteilung als zugegangen gelten zu lassen.

2. Zugehen bei einer Behörde (vgl. SächsOVG. JDR. **2** Ziff. 8, **4** Ziff. I 6). PA. DJZ. **07** 716. Dem Patentamt ist eine Anmeldung „zugegangen" nicht schon mit dem Einwurf in den im Amte aufgestellten Briefkasten, sondern erst mit der Abstempelung des Eingangs in der Annahmestelle.

§ 133. I. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 158 ff., 415 ff. (insbes. 430, 454 ff.). Bei der Auslegung einer Willenserklärung soll nicht der innere Wille als der „wirkliche" erforscht werden, sondern der unter Berücksichtigung aller den Sinn der Erklärung dem Gegner gegenüber (vgl. oben Ziff. I 4 zu § 130) bestimmenden Umstände erklärte Wille. Zutreffend die Darlegungen von Boyens, SächsA. **14** Beilageheft, daß die konkrete Feststellung des Willens nicht Anerkennung verdiene. — Die Auslegung einer Erklärung bestimmt sich nach dem dem Gegner zugegangenen Erklärungsmaterial. Die Auslegung eines Willensgeschäfts (vgl. oben zu §§ 116 ff. Ziff. I 1 u. 2) bestimmt sich nach allen Indizien für den Geschäftswillen, ohne Beschränkung ihres Umkreises. Hierin beruht der bisher verkannte Unterschied zwischen Erklärung und Indiz eines Geschäftswillens. Hieraus ergibt sich gegenüber der herrschenden Meinung zugleich die Notwendigkeit einer Einengung des Begriffs der Willenserklärung, von der § 133 auch nur spricht.

2 *R. Leonhard, Irrtum. Wo sich aus der Auslegung einer Erklärung ergibt, daß sie wegen Irrtums dem Willen ihres Urhebers nicht entspricht, liegt ein Nichtigkeitsfall vor und nicht ein Fall der Anfechtbarkeit.

3. Danz, BayRpflZ. **07** 137. Bei den Willenserklärungen in Verkehrsgeschäften hat die Auslegung der Willenserklärung nicht nach dem zu erfolgen, was die die Willenserklärung abgebende Partei über die Bedeutung der Willenserklärung für eine innere Meinung hatte, sondern nach der Bedeutung, welche der Willenserklärung im Verkehre der Allgemeinheit zugeschrieben wird. Eine Ausnahme von dieser Regel findet nur dann statt, wenn die eine Partei die Bedeutung kannte, welche die andere, die erklärende, ihrer Willenserklärung zuschrieb; in solchem Falle ist nur eine Willenserklärung in dieser Bedeutung vorhanden, und es tritt der

dieser Bedeutung entsprechende Rechtserfolg ein. Vgl. Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte (2) 6 ff., 21 ff., 105 ff. u. JDR. **5** Ziff. I

4. *J. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort 168 ff. Die am Schuldorte herrschenden Verhältnisse sind bei der Auslegung zugrunde zu legen (vgl. die Bemerkung zu § 269).

II. Aus der Praxis. 1. **a)** **RG.** R. **07** 760. Der Ausdruck „Erben" in einem Testamente wird allerdings regelmäßig die Bedeutung haben, daß darunter alle gesetzlichen Erben verstanden werden. Wird indes festgestellt, daß der Erblasser das Wort in einem eingeschränkten Sinne verstanden, indem er z. B. nur die Leibeserben, nicht auch den Ehemann darunter begriffen hat, so ist dieser Wille des Erblassers maßgebend. **b)** **RG.** R. **07** 760. Bei der Auslegung eines Kaufvertrags, in welchem sich der Ankäufer verpflichtet, das angekaufte Grundstück mit einer „Villa" oder einem „Landhause" zu bebauen, kommt es für die Frage, was unter einem derartigen Gebäude zu verstehen ist, auf den Sprachgebrauch der „beteiligten Kreise" nicht an, wenn aus sonstigen Umständen festzustellen ist, daß jene Auffassung nach Lage der Sache jedenfalls vom Ankäufer nicht als Vertragsabsicht angenommen werden konnte. **c)** **RG.** R. **07** 1311. Wenn die Urkunde über eine Vorrechtseinräumung von einer mündlich oder stillschweigend getroffenen Vereinbarung über eine Bedingung nichts enthält, so steht dies der Gültigkeit der die Bedingung betreffenden Vereinbarung nicht im Wege. Die qualifizierte Urkunde hat nicht die Vermutung der Vollständigkeit für sich, weil sie als grundbuchmäßige Eintragungsbewilligung nicht dazu bestimmt war, die Parteivereinbarungen vollständig zu ersetzen.

2. **RG.** R. **07** 1061. Haben die Vertragsparteien beim Vertragsabschluß an eine für das Vertragsverhältnis sich später ergebende Eventualität nicht gedacht, so ist zu prüfen, was sie, wenn sie daran gedacht hätten, nach den Zwecken des Geschäfts und der Verkehrssitte gewollt haben würden.

3. Plutus **07** 335 (KfmG. Berlin). Annahme des Zeugnisses bedeutet noch nicht Erklärung des Einverständnisses mit Aufhebung des Dienstvertrags.

§ 134. 1. **a)** SchlHolstAnz. **07** 72 (Kiel). Ein Vertrag, der zur Verschleierung des wahren Verhältnisses der Vertragsteile behufs Umgehung der Bestimmungen der GewO. geschlossen ist, ist nichtig. **b)** **RG.** R. **07** 632. Dahingehende Verträge, daß unter Täuschung der zuständigen Behörde statt der Person, welche die Konzession zum Gastwirtsbetriebe hat, dort tatsächlich ein anderer für sich das Gewerbe treiben soll, sind nichtig (vgl. **RG.** JDR. **5** Ziff. 7 I B a β zu § 138), sowohl wenn derjenige, der — ohne die Konzession zu haben, den Wirtschaftsbetrieb für sich ausüben soll, nach außen als Stellvertreter des Konzessionsinhabers gemeldet wird (§ 45 GewO.) — wie ebenso, wenn statt dessen, der in Wahrheit die Wirtschaft für sich betreiben will, ein anderer, der nach den Vereinbarungen nur Gehilfe des ersteren sein soll, für sich die Erlaubnis zu dem Wirtschaftsbetrieb erwirkt und der Behörde gegenüber als Inhaber der Gastwirtschaft auftritt. Ebenso **RG.** R. **07** 967.

2. **RG.** **66** 42 ff. Das Verbot, Kinder unter 13 Jahren in Fabriken zu beschäftigen (§§ 135, 154a GewO.), hat nicht zur Folge, daß das dem Verbote zuwider in der Fabrik beschäftigte Kind von der Unfallversicherung ausgeschlossen sei, denn das GewUVersG. v. 30. Juni/5. Juli 1900 setzt nur ein tatsächlich zustande gekommenes Arbeitsverhältnis, nicht aber einen zivilrechtlich gültigen Dienstvertrag voraus.

3. **RG.** **64** 92. Bei einem Abzahlungsgeschäft ist die Vereinbarung, daß die ganze Restschuld fällig werden soll, wenn der Käufer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen in Verzug ist, nicht vollständig ungültig, sondern mit Einschränkung auf den gesetzlich zulässigen Inhalt rechtswirksam. Dem steht § 134 BGB. nicht entgegen, weil sich aus dem legislatorischen Grunde des § 4 Abs. 2 des AbzG. v. 16. Mai 1894 ergibt, daß die Ungültigkeit der Abrede nur in beschränktem Umfange gewollt ist und die abweichende Bestimmung, die § 134 BGB. vorsieht,

im Verbotsgesetze nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein braucht, sondern im Wege der Auslegung aus ihm entnommen werden kann.

4. **RG.** (Straff.) GoltdA. **54** 416. Die im Betrieb eines verbotenen Wettunternehmens abgeschlossenen Wettverträge sind nichtig (Hirschfeld, JDR. **1** Ziff. 2 d zu § 138). Hier liegt einer jener Ausnahmefälle vor, in denen nicht nur das Handeln des einen Vertragschließenden unter Strafe gestellt, sondern auch das Geschäft selbst verboten und rechtsunwirksam ist. — In der Regel dagegen keine Nichtigkeit, wenn nur der eine Vertragsteil sich strafbar macht (vgl. **RG.** JDR. **4** Ziff. II 1).

5. Vgl. **RG.** Straff. u. Ziff. II A a zu § 138.

§ 137. 1. KGJ. **33** A 230 (KG.). Die Verpfändung einer Sache oder eines Rechtes ist nicht eine rechtsgeschäftliche Ausschließung oder Beschränkung der Verfügungsbefugnis im Sinne des § 137.

2. a) **RG.** JW. **07** 703 f. Hat sich ein Grundstückseigentümer verpflichtet, über einen im Grundbuch eingetragenen Rangvorbehalt ohne Zustimmung eines anderen nicht zu verfügen, so ist diese Vereinbarung jedenfalls obligatorisch gemäß Satz 2 wirksam und ist an sie, wenn der Grundstückseigentümer in Konkurs gerät, auch der Konkursverwalter, der nicht ein „Dritter" ist, gebunden. **b)** KGBl. **07** 95 (KG.). Die Eintragung einer Vormerkung, daß der Grundstückseigentümer nicht berechtigt ist, das Grundstück ohne Zustimmung eines Dritten zu verkaufen, ist unzulässig.

§ 138. I. 1. Veräußerung von Bordellen (JDR. **4** Ziff. 1). a) R. Leonhard, Verstoß gegen die guten Sitten 103. Die Veräußerung von Bordellen und ähnlichen Dingen kann als „Verstoß" gegen die guten Sitten in der wörtlichen Bedeutung des Ausdrucks angesehen werden. Dagegen fehlt ihnen in der Regel die Sittengefährlichkeit, denn die Nachteile, die von solchen Sachen ausgehen, vergrößern sich nicht, wenn sie aus einer Hand in die andere kommen, und die Unsittlichkeit, die ihr Erwerber mit ihrem Besitze dauernd auf sich ladet, wird dadurch ausgeglichen, daß ein anderer sich von der gleichen Unsittlichkeit befreit. **b)** Reichel, DJZ. **07** 109 ff. Ebenso wie die Gültigkeit einer Bordellveräußerung ist auch die Klagbarkeit und Vollstreckbarkeit der sog. Bordellhypothek (d. h. derjenigen Hypothek, welche, gleichviel ob am Bordell- oder einem anderen Grundstücke behufs „Sicherung" von Forderungen bestellt ist, die gegen den Bordellinhaber als solchen sich richten) anzunehmen. Vgl. hierzu Lenel, DJZ. **07** 454 u. Matthießen, ebenda 534.

2. Kohler, ABürgR. **31** 237 ff. Die Grundsätze, welche von der Konkurrenzklausel gelten, treffen für Bezugsverträge (Verträge, worin ein Einzelverkäufer sich verpflichtet, allen Bedarf einer bestimmten Ware seines Geschäfts von einer benannten Fabrik oder Großhandlung ausschließlich zu beziehen), nicht zu. Man kann insbesondere nicht sagen, derartige Verträge müßten regelmäßig dann als bindend betrachtet werden, wenn sie zeitlich und örtlich beschränkt sind oder sich bloß auf einige Zweige des Geschäftes beschränken, so daß ein Geschäftsbetrieb nach anderer Richtung hin weder unmöglich, noch wesentlich erschwert ist. — Die Geschäftsgebundenheit bei Bezugsverträgen muß sich nicht nur innerhalb bestimmter geringer Zeitschranken bewegen, sondern es darf auch sonst der Einzelverkäufer nicht in der Art rechtlos gestellt sein, daß er der unverantwortlichen Willkür und dem bloßen Belieben des Großhändlers preisgegeben ist (239).

3. a) Hörle, ABürgR. **31** 168 (vgl. OLG. **7** 459 [Frankfurt], JDR. **2** Ziff. 6 I c). Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn die Ehegatten vor oder während der Ehe allgemein vereinbaren, daß die Verpflichtung zur ehelichen Gemeinschaft aufgehoben oder der Frau die Pflicht, dem Manne zu folgen, erlassen oder das Recht des Mannes, Wohnort und Wohnung zu bestimmen, ausgeschlossen sein soll. Dagegen ist es zulässig, wenn die Frau als Inhaberin eines Handels- oder Gewerbeunternehmens oder als Künstlerin sich zum Zwecke des Geschäftsbetriebs oder der Berufsausübung

den Wohnsitz am Orte des Betriebs oder der Beschäftigung vorbehält und demgemäß so lange beibehält, als dadurch die aus §§ 1353 ff. sich ergebenden Pflichten nicht wesentlich beeinträchtigt werden oder nachträglich eintretende Umstände nicht einen Wechsel des Wohnorts gebieten. **b)** Hörle 162. Eine vertragsmäßige Verpflichtung, statt des Unterhalts nach § 1360 eine Geldrente zu gewähren, ist grundsätzlich mit dem Wesen der Ehe unvereinbar und nichtig. Vgl. OLG. Karlsruhe, JDR. 2 Ziff. 6 I c.

4. *R. Leonhard, Verstoß gegen die guten Sitten 99 ff. Der Verstoß gegen die guten Sitten muß von der Verletzung eines Sittlichkeitsgebotes unterschieden werden.

5. Hilse, R. **07** 1522. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten in eine abzuschließende Bauverdingung die Bestimmung aufzunehmen, daß der Werkmeister sich verpflichtet, das Bauwerk bis zu einem genau bezeichneten Tage fertiggestellt dem Besteller zu übergeben und an diesen eine festbezifferte Vertragsstrafe für jeden Tag des Fertigstellungsverzugs zu zahlen.

6. Müller, WürttRpflZ. **07** 115 ff. Ein Schiedsvertrag dahin, daß die eine Vertragspartei Schiedsrichter in Streitigkeiten sein soll, die sich aus diesem Vertrage zwischen den Parteien ergeben, ist nicht eo ipso nichtig. Es hängt vielmehr von den Umständen des einzelnen Falles ab, ob eine solche Vereinbarung gegen die guten Sitten verstößt, und es wird dies auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts durchschnittlich weniger der Fall sein als auf anderen Rechtsgebieten.

II. Aus der Praxis. A. Allgemeine Gesichtspunkte. **a)** **RG.** (Strafs.) GoltdA. **54** 303, BayRpflZ. 07 238. Die auf sachenrechtlichem Gebiete liegenden Erfüllungsgeschäfte werden von der Verbotswidrigkeit oder der Unsittlichkeit des ihr zugrunde liegenden Kausalgeschäfts nicht in dem Sinne beeinflußt, daß auch sie deswegen nichtig wären (vgl. **RG.** JDR. **5** Ziff. 7 I A a β). Ebenso R. **07** 374 (Dresden). — SchlHolstAnz. **07** 294 (Kiel). § 138 auch auf das Erfüllungsgeschäft anwendbar. **b)** SchlHolstAnz. **07** 83 ff. (Hamburg). Ob eine Handlung gegen die guten Sitten verstößt, kann nur nach dieser Handlung selbst und ihren Begleitumständen, nicht aber nach ihrem Erfolge beurteilt werden. **c)** **RG.** R. **07** 633. Auf die Nichtigkeit eines gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts kann sich auch ein Dritter berufen, ohne dem Vorwurfe der Arglist zu verfallen.

B. Einzelne Fälle. 1. Bierlieferungsvertrag und Gastwirtswesen (JDR. **3** Ziff. 6 B a, **4** Ziff. 9 I B a, **5** Ziff. 7 I B a). **a)** **RG.** BayRpflZ. **07** 257, LeipzZ. **07** 432, BauersZ. **15** 22 hat einen Bierlieferungsvertrag aus § 138 für nichtig erklärt, weil der Gastwirt auf Grund desselben hinsichtlich eines der wesentlichsten Teile seines Gewerbebetriebs lediglich der Willkür eines Dritten anheimgegeben war, der jederzeit beliebig die Brauerei, von der das Bier zu beziehen war, bestimmen durfte. **b)** **RG.** 4. 7. 07, Holdheims MSchr. **07** 169, R. **07** 823. Wegen Verstoßes gegen die guten Sitten ist ein Bierlieferungsvertrag nichtig, durch den der Abnehmer auf 12 Jahre gebunden, für den Fall des Bezugs anderen Bieres die Zahlung einer durch Eintragung in Höhe von 3000 M. gesicherten Strafe von 5 M. pro Hektoliter und die sofortige Rückzahlung eines gegebenen Darlehns bedungen ist und die übrigen Umstände keine Milderung der in der langen Bindung liegenden übermäßigen Beschränkung gewerblicher und wirtschaftlicher Freiheit bringen. **c)** Über einen gültigen Bierabnahmevertrag, BraunschwZ. **07** 151, DJZ. **07** 1384 (Braunschw.) wie **RG.** JDR. **3** Ziff. 6 I B a. Vgl. auch **RG.** 6. 11. 07, JW. **08** 3. **d)** **RG.** Holdheims MSchr. **07** 44. Der Beschluß eines Gastwirtevereins, durch welchen den Mitgliedern das Ausschänken von 2/10 und 4/10 Bier untersagt wird, verstößt nicht gegen § 138. **e)** OLG. **14** 40, SchlHolstAnz. **07** 83 ff. (Hamburg). Darin, daß das Lokal eines Gastwirts für verfehmt erklärt wird, liegt eine vorsätzliche

Störung des Gewerbebetriebs; erfolgt diese, um einen anderen zum Abschluß eines Vertrags zu zwingen, so verstößt sie gegen die guten Sitten.

2. Bordellwesen (JDR. 5 Ziff. 7 I B b u. oben Ziff. I 1). a) R. **07** 243 (Frankfurt). Der Verkauf eines Hauses stellt sich als ein unsittliches Rechtsgeschäft dar, wenn der Verkäufer es dabei im wesentlichen darauf abgesehen hatte, durch die von dem Käufer beabsichtigte Verwertung des Hauses zum Unzuchtsbetriebe einen höheren Gewinn aus dem Betriebe zu erzielen, als dies sonst möglich gewesen wäre. b) OLG. **15** 314, SchlHolstAnz. **07** 117 (Kiel). Die Auflassung eines zum Bordellbetriebe bestimmten Hauses ist als abstraktes Erfüllungsgeschäft rechtsgültig, obwohl der zugrunde liegende Kaufvertrag gegen die guten Sitten verstößt und deshalb nichtig ist. c) Ebenso hinsichtlich einer Hypothekbestellung entsprechend der Praxis des **RG.** HansGZ. **07** Beibl. 165 ff. (Hamburg). d) SeuffBl. **07** 404 (Nürnberg). Kaufvertrag über ein zum Bordellbetrieb eingerichtetes Haus nichtig.

3. Arbeits- und Dienstverhältnis (JDR. **5** Ziff. 7 I B c). a) KfmG. **3** 62 (Mannheim). Eine Vertragsbestimmung, wonach die Kündigung des Vertragsverhältnisses von der einen oder anderen Seite eine Änderung der Bezüge zum Nachteile des Angestellten zur Folge hat, verstößt gegen § 138. b) Depène, Gew. uKfmG. **13** 30 f. Ist einem Angestellten auf seine Provisionseinnahmen ein bestimmtes monatliches Einkommen garantiert worden, so verstößt eine Bestimmung des Dienstvertrags, derzufolge während der Kündigungszeit diese Garantie fortfällt und der Angestellte nur die während dieser Zeit wirklich verdienten Provisionen erhält, nicht gegen die guten Sitten. c) GewuKfmG. **13** 11 (Moers). Die Bestimmung des Kassenstatuts einer Fabrikpensionskasse, nach der der Arbeiter jeden Anspruch verliert, wenn er freiwillig oder unfreiwillig ausscheidet oder auch nur den Dienst unterbricht, verstößt wider die guten Sitten. — GewuKfmG. **12** 258 (Magdeburg) hat eine Bestimmung, nach der ein Teil der Beiträge verfällt, für gültig erachtet. d) GewuKfmG. **12** 200 (Pforzheim). Die mit Arbeitnehmern getroffene Vereinbarung, daß ein auf ein Jahr fest abgeschlossenes Arbeitsverhältnis bei Geschäftsstille nur dann vom Arbeiter aufgelöst werden kann, wenn er vier Wochen nacheinander nicht mehr als 40 Stunden beschäftigt wird, verstößt gegen die guten Sitten. e) KfmG. Magdeburg, GewuKfmG. **13** 85. Eine Vereinbarung, daß der Handlungsgehilfe sich das für die Urlaubszeit gewährte Gehalt wieder abziehen lassen muß, wenn er vor einem bestimmten Termin die Stellung verläßt, verstößt gegen die guten Sitten. f) GewuKfmG. **12** 228 (LG. Düsseldorf). Eine Arbeitsordnung, die den Arbeiter verpflichtet, nach vorheriger 14 tägiger Probezeit mindestens ein Jahr lang im Arbeitsverhältnisse zu verbleiben, verstößt gegen § 138. g) **RG.** R. **07** 444. Eine schroffe Zuwiderhandlung des Handlungsagenten gegen die Pflicht zur Wahrnehmung des Interesses des Geschäftsherrn, sich eine Vergütung in Geld zu bedingen, verstößt dergestalt gegen die guten Sitten, daß an der Verwerflichkeit einer solchen Handlungsweise auch der Umstand nichts ändern kann, daß es sich bei den an den Prozeßgegner des Geschäftsherrn verratenen Tatsachen um ein unredliches Geschäftsgebaren des letzteren gegenüber dem ersteren handelte, und daß der Agent fürchten mußte, infolge seiner Handlungsweise seine Stellung zu verlieren.

4. Konkurrenzverbot, Konventionalstrafe (JDR. **5** Ziff. 7 I B d). a) **RG. 66** 143 ff., JW. **07** 475, DJZ. **07** 967, Mitt. v. BDP. **7** 105. Für Ärzte, auch Zahnärzte, wie für Rechtsanwälte verstößt ein vertragsmäßiges Konkurrenzverbot gegen die guten Sitten; die vom **RG. 53** 155 für Konkurrenzklauseln zwischen selbständigen Kaufleuten aufgestellten Grundsätze können keine Anwendung finden, denn Ärzte wie Rechtsanwälte sind Träger geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls. Es ziemt nach allgemeiner Anschauung den Vertretern dieser wissenschaftlichen, staatlich geordneten, den wichtigsten Gemeininteressen dienenden Berufe nicht, der Berufsausübung irgendeine Beschränkung auferlegen zu lassen (150).

b) **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 170. Ungültig ist ein vertragliches Wettbewerbsverbot, durch welches der betreffenden Vertragspartei zeitlich unbeschränkt die Möglichkeit genommen wird, in Deutschland und Österreich in dem Fabrikationsgeschäfte, das sie erlernt hat und in dem sie von frühester Jugend an ausschließlich tätig gewesen ist, voranzukommen. **c) RG.** R. **07** 823, LeipzZ. **07** 591. Ob ein beim Verkauf eines Geschäfts seitens eines Gewerbetreibenden an einen anderen ausbedungenes Konkurrenzverbot gültig ist, entscheidet sich, da die §§ 749 BGB. und 133 GewO. nicht analog angewendet werden können, lediglich danach, ob es zu einer Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Verpflichteten führt. **d)** α. R. **07** 1527 (Stuttgart). Eine Konkurrenzklausel, wodurch einem Musiker für die Zeit von zwei Jahren nach seinem Austritt aus einer Stadtkapelle ohne Rücksicht auf den Grund des Austritts die Ausübung des Gewerbes als Musiker in der betreffenden Stadt untersagt wird, kann nach den Umständen des Falles als übermäßig drückend erscheinen und demnach als gegen die guten Sitten verstoßend für nichtig anzusehen sein. β. KfmG. **4** 8 (KfmG. Halle). Konkurrenzklausel ohne Zeitangabe verstößt gegen die guten Sitten. γ. Über ein Konkurrenzverbot, das nicht gegen § 138 verstößt, DJZ. **07** 664 (Marienwerder). δ. Über eine Konkurrenzklausel, die gegen die guten Sitten verstößt und die das Kaufmannsgericht gar nicht erst auf das gesetzlich zulässige Maß zurückführt, vgl. KfmG. Nürnberg, KfmG. **4** 13 f. **e)** α. SeuffBl. **07** 672 ff. (Hamburg) hält die Ausbedingung einer Vertragsstrafe gegen einen Arbeiter für den Fall des Eintritts bei einem Konkurrenten auf Grund der besonderen Umstände des Falles für gegen die guten Sitten verstoßend. β. SeuffA. **62** 408 (Posen). Das Versprechen eines Ehemannes unter einer Vertragsstrafe für die Genehmigung eines Grundstücksverkaufs durch die Frau einstehen zu wollen, ist gemäß § 138 nichtig, wenn es dahin aufzufassen ist, daß der Mann für den E r f o l g seiner Bemühungen ohne Rücksicht darauf einstehen will, ob die Frau Grund hat, ihre Zustimmung zu verweigern.

5. G e w e r b l i c h e r W e t t k a m p f. **a)** α. **RG.** SächsRpflA. **07** 158 handelt darüber, ob es schlechthin einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, wenn jemand einen anderen dazu bestimmt, eine diesem gegenüber einem Dritten obliegende Vertragspflicht zu verletzen, insbesondere wenn ein Kaufmann eine Person, die sich einem anderen Kaufmanne für dessen Gewerbebetrieb zu Diensten verpflichtet hat, zur Nichterfüllung des hierüber geschlossenen Vertrags bestimmt und in seine eigenen Dienste nimmt. β. Eine ähnliche Frage erörtert S o n t a g, MarkenschutzWettbew. **6** 82 ff., indem er untersucht, ob es gegen die guten Sitten verstößt, wenn jemand einer anderen Herrschaft das Dienstmädchen wegengagiert, indem er dasselbe veranlaßt, zum nächsten Termine seiner bisherigen Herrschaft zu kündigen und bei ihm gegen höheren Lohn in Stellung zu treten. γ. BreslauAK. **07** 27 (LG. Breslau) erachtet es nicht für einen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Arbeitgeber tüchtige Arbeitskräfte einem Konkurrenzunternehmen zu entziehen und für sich zu gewinnen sucht. δ. LG. I Berlin, Gesetz u. R. 07 118. Das Engagement eines Angestellten der Konkurrenz, dessen Vertrag, wie dem Engagierenden bekannt ist, noch längere Zeit läuft, verstößt gegen die guten Sitten. **b)** S c h w a r z e L i s t e n (vgl. B r ü c k m a n n, JDR. **1** Ziff. 1, **2** Ziff. 4 zu § 138 u. Ziff. 4c zu § 826). α. OLG. Hamburg, MschutzWettbew. **6** 191 hat auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse es als nicht gegen die guten Sitten verstoßend erachtet, daß ein Arbeitgeberverband einen als sozialdemokratischen Aufwiegler bekannten Arbeiter auf die schwarze Liste setzte und ihn dadurch von der Arbeitsgelegenheit bei den Mitgliedern dieses Verbandes ausschließt. β. ElsLothJZ. **07** 460 (Colmar). Nur w ä h r e n d eines Arbeiterausstandes ist es einem davon betroffenen Arbeitgeber gestattet, anderen Arbeitgebern derselben Art eine sog. schwarze Liste zu übersenden und an sie das Ersuchen zu richten, diese Arbeiter nicht bei sich anzustellen.

Dagegen ist eine derartige Maßregel unzulässig nach Beendigung des Ausstandes oder in einem Zeitpunkt, in welchem der Mißerfolg der Lohnbewegung bereits deutlich zutage tritt. γ. MschutzuWettbew. **6** 90 (Hamburg). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Unternehmerverband einen Arbeiter auf die schwarze Liste setzt. **c)** BauersZ. **14** 283 (Hamburg). Die Warnung „Zuzug fernhalten" ist im Lohnkampfe nichts Unerlaubtes, erfolgt sie jedoch, um sich an demjenigen, gegen den sie sich richtet, für sein in der Vergangenheit liegendes Verhalten zu rächen, so verstößt sie gegen die guten Sitten.

6. Glücksspiel (vgl. JDR. **5** Ziff. 7 I B f). a) BayRpflZ. **07** 198 (München). Wenn auch nicht jeder Vertrag über Hingabe eines Darlehns zum Zwecke des Spieles ein vom Gesetze verpöntes Rechtsgeschäft ist, so ist das doch bei dem für das Spiel bei einer Spielbank gegebenen Darlehn der Fall im Hinblick auf das RGes. vom 1. Juli 1868/12. Mai 1871, betr. das Verbot öffentlicher Spielbanken in Deutschland. Wird im Auslande (Monte Carlo) von Inländern bankmäßig gespielt, so liegt auch hierin eine vom Deutschen Rechte verpönte Handlung, gegenüber welcher die Anwendung des gegenteiligen ausländischen Gesetzes nach Art. 31 EGBGB. ausgeschlossen ist. **b)** R. **07** 1129 (Frankfurt a. M.). Nichtig ist ein zwischen einem Vereine, der daraus, daß in ihm gespielt wird, wesentliche Vorteile zieht und einem Gaste des Vereins zu dem Zwecke, daß der Gast nach Verlust seiner Barmittel weiter spielen kann, abgeschlossenes Darlehnsgeschäft.

7. Verkauf ärztlicher Praxis (vgl. JDR. **1** Ziff. 3 u. 2 g, **2** Ziff. 6 I b, **5** Ziff. 4). a) **RG.** 17. 5. 07, **66** 139 ff., DJZ. **07** 883, LeipzZ. **07** 587, JW. **07** 473 ff. hat auf Grund der tatsächlichen Umstände (Höhe des Preises im Verhältnisse zu den verkauften Gegenständen) den Verkauf einer ärztlichen Praxis für gegen das Standesinteresse der Ärzte und das allgemeine Volksbewußtsein verstoßend erklärt. Es führt (142) aus: es habe sich um eine rein vermögensrechtliche Transaktion gehandelt; der Einfluß, den der Beklagte als Arzt auf das Publikum gewonnen hatte, und das Vertrauen, das ihm vom Publikum entgegengebracht wurde, seien zum Gegenstand eines Gewinns gemacht worden. Dieses sei unter Umständen geschehen, die für den übernehmenden Arzt zum mindesten die Gefahr in sich bargen, daß er bei Ausübung seines Berufs sein Augenmerk vor allem und unter Außerachtlassung voller Berücksichtigung der Interessen der seine Hilfe nachsuchenden Personen auf die Erzielung möglichst hoher Einnahmen richten werde. Vgl. hierzu Stammler, VerwA. **15** 34. — Dagegen kann ein Patentbureau mit Firma und Kundenkreis als gewerbliches Unternehmen den Gegenstand eines entgeltlichen Veräußerungsgeschäfts bilden, KGBl. **07** 126 (KG.). **b)** Auch SächsRpflA. **07** 232 (Dresden) erachtet auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse den auf eine entgeltliche Übertragung der ärztlichen Praxis gerichteten Vertrag für nichtig aus Abs. 1 des § 138. **c) RG.** 18. 6. 07, R. **07** 967. Die Annahme, daß es nicht gegen die guten Sitten verstößt, wenn beim Verkaufe des Hauses eines verstorbenen Arztes der für die Preisbestimmung bedeutsame Umstand, daß in dem Hause ein bekannter Arzt gewohnt hat, als ein den Wert des Hauses erhöhendes Moment in Betracht gezogen und mit einer besonderen Wertziffer im Kaufakte berücksichtigt wird, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

8. Versicherungsrecht. a) **RG.** R. **07** 1312. Die Versicherungsbedingung, daß die Entschädigungssumme dem Versicherten binnen Monatsfrist, nachdem ihr Betrag und die Verpflichtung der Gesellschaft zur Zahlung durch Anerkenntnis beider Teile, Vergleich oder rechtskräftiges Urteil festgestellt ist, zu zahlen ist, verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten. Führt aber die Anwendung dieser Vertragsbestimmung im Einzelfalle dazu, den Versicherten dolos und schikanös hinzuhalten, so verstößt die Berufung auf jene Versicherungsbedingung gegen Treu und Glauben und damit gegen die guten Sitten. **b)** OLG. **15** 312 (KG.). Versicherungsverträge, bei denen sich von vornherein mit hinlänglicher Wahrscheinlichkeit übersehen läßt,

daß der Versicherte der eigentlichen Wohltaten der Lebensversicherung nur in einem verschwindenden Maße — bloß ganz vorübergehend — teilhaftig wird, verstoßen gegen die Anschauungen eines ehrbaren Unternehmers. **c)** LeipzZ. **07** 681 (LG. Magdeburg). Dem Gerichte steht nicht das Recht zu, die Satzung einer genehmigten Privatversicherungsunternehmung daraufhin zu prüfen, ob sie gegen die guten Sitten verstoße, vielmehr kann es nur untersuchen, ob im einzelnen Falle die Anwendung einer Satzungsbestimmung gegen die guten Sitten verstößt. **d)** Plutus **07** 779 (KfmG. Berlin). Die von einer Versicherungsgesellschaft mit einem Inspektor getroffene Abrede, daß vom Kündigungstag ab das Fixum nicht mehr gezahlt werde, verstößt gegen die guten Sitten. Vgl. jedoch dazu Plutus **07** 761. **e)** Über die für Versicherungsgesellschaften besonders wichtige Frage, ob sog. Pensaverträge zulässig sind, vgl. ZVersWes. **07** 503.

9. Gesellschaftsrecht. a) α. **RG.** 18. 9. 07, LeipzZ. **07** 739. Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß bei versäumter Einzahlung des Gesellschaftsbeitrags der Geschäftsanteil verfällt, der Gesellschafter aber gleichwohl zur Zahlung verpflichtet bleibt. β. **RG.** LeipzZ. **07** 54 über angebliche Unsittlichkeit einer vereinbarten stillen Gesellschaft. **b)** **RG.** 24. 1. 07, JW. **07** 130, DJZ. **07** 360. Ein Vertrag zwischen einem älteren und einem jüngeren Anwalte, nach dem der jüngere einen bestimmten Anteil am Gewinn aus der Praxis beziehen soll, entspricht einer Jahrzehnte alten Übung, der Billigkeit und den guten Sitten.

10. **RG.** 22. 11. 06, GruchotsBeitr. **52** 121. Das im Laufe des Zwangsversteigerungsverfahrens zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft zwischen den Miteigentümern getroffene Abkommen, wonach der eine Miteigentümer gegen das Versprechen einer bestimmten Summe seitens des anderen nicht weiter zu bieten sich verpflichtet, verstößt weder gegen § 134 noch gegen § 138, weil es den Miteigentümern völlig freistehen muß, von einem begonnenen Zwangsversteigerungsverfahren nach § 180 ZVG. jederzeit ganz oder teilweise abzugehen oder sich anderweitig darüber zu einigen, inwieweit es zwischen ihnen gelten soll. Vgl. JDR. **4** Ziff. II 1 zu § 134. — Verträge über Nichtbieten in Versteigerungen, BraunschwZ. **07** 150 (Braunschw.) wie **RG.** JDR. **4** Ziff. 9 I B p.

11. a) R. **07** 967 (Augsburg). Die Vereinbarung eines Entgelts für die Einwilligung zur Verehelichung einer Tochter ist nichtig, weil sie gegen die guten Sitten verstößt. **b)** RheinA. **104** I 59 ff. (Cöln). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn der Verführer dem Mädchen und dem im verbotenen Verkehr erzeugten Kinde Geld verspricht, um sie für die Folgen seiner Handlungsweise zu entschädigen. **c)** **RG.** 28. 1. 07, R. **07** 373. Die Abschließung eines Erbverzichtvertrags, durch den der verschuldete Sohn auf sein Erbrecht zugunsten seiner Geschwister verzichtet, verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn der Erblasser damit nur dasjenige getan hat, was unter der Herrschaft des ALR. in den §§ 483—485 II. 2 ausdrücklich gestattet war und wenn der Erblasser nicht in verwerflicher Gesinnung gehandelt hat.

12. a) SchlHolstAnz. **07** 229 (Kiel). Es enthält einen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Kaufmann oder sein Vertreter in Kenntnis der Unvermeidlichkeit des Konkurses über das Vermögen des Geschäfts noch neue Verpflichtungen für dasselbe eingeht. **b)** Darüber, ob die besondere Begünstigung eines Gläubigers bei einem Arrangement des Schuldners mit seinen Gläubigern gegen die guten Sitten verstößt, PucheltsZ. **07** 429 (Karlsruhe).

13. **RG.** 15. 5. 07, R. **07** 760. Ist für eine Stadtgemeinde gemäß § 12 BaufluchtlG. vom 2. Juli 1895 vorgeschrieben, daß an einer für den Anbau noch nicht fertig gestellten Straße nur mit Genehmigung der Stadtgemeinde gebaut werden darf, so verstößt es nicht gegen die guten Sitten, wenn die Stadtgemeinde die Genehmigung davon abhängig macht, daß auf das Baugrundstück eine Straßenbau-

kostenlast eingetragen und daß ferner der für die spätere Straßenanlage erforderliche Grundstücksteil an sie zu einem bestimmten Preise abgetreten wird. Denn das Erfordernis der Zustimmung der Stadtgemeinde hat nicht den Schutz des allgemeinen Wohles zum Zwecke, sondern nach der Tendenz des § 12 des Gesetzes soll die Gemeinde gegen die durch ein unregelmäßiges Bebauen unfertiger Straßen entstehenden Nachteile geschützt und zugleich ihr die Möglichkeit gewährt werden, die bauenden Straßenanlieger zur Übernahme der durch die spätere Fertigstellung der Straße entstehenden Kosten zu veranlassen.

14. HansGZ. **07** Beibl. 53 ff. (Hamburg). Treffen Submittenten eines Baues eine Verabredung dahin, daß an diejenigen, denen der Bau nicht übertragen wird, eine Vergütung seitens dessen zu zahlen ist, der aus der Submission siegreich hervorgeht, so verstößt dies nicht gegen die guten Sitten; denn, wie dem einzelnen die Normierung seiner Forderung für eine von ihm zu beschaffende Leistung freisteht, so kann auch einer Mehrzahl von Offerenten nicht verwehrt werden, durch Vereinbarung die Grenze festzusetzen, welche ein jeder von ihnen bei seinem Angebot einzuhalten hat (vgl. hierzu JDR. **3** Ziff. 6 B k). Wohl aber verstößt gegen die guten Sitten die Belastung des Auftraggebers seitens des siegreichen Submittenten mit derjenigen Summe, welche er nach der Vereinbarung an die unterlegenen Submittenten zu zahlen hatte.

15. **a) RG.** 29. 10. 07, R. **07** 1460. Ein Kauf- und Lieferungsvertrag, bei welchem sowohl der Verkäufer als der Käufer den Zweck verfolgen, durch absichtliche Täuschung des konsumierenden Publikums für minderwertige Ware hohe, dem Werte nicht entsprechende Preise zu erzielen, verstößt wider die guten Sitten und ist nach §§ 134, 138 BGB. nichtig. **b) RG.** 3. 10. 06, **64** 146 handelt darüber, ob sich die Nichtigkeit eines gegen die guten Sitten verstoßenden Grundstückskaufvertrags auch auf ein Nachtragsabkommen erstreckt, durch das für eine vom Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommene und inzwischen an den Verkäufer abgetretene Teilhypothek unter gleichzeitiger Anerkennung des Bestehens der Schuld besondere Verzinsungs- und Kündigungsbestimmungen getroffen sind.

16. R. **07** 879 (Colmar). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn jemand, der kraft des Wertes seiner Leistungen einen Lohn von 4800 M. jährlich beanspruchen dürfte, sich zum Schaden seiner Gläubiger mit dem der Beschlagnahme nicht unterworfenen Lohne von 1500 M. begnügt, den Überrest aber als Entgelt für die einem Werte von 3300 M. entsprechenden, durch seine Frau und Tochter demselben Dienstherrn zu leistenden Dienste ausbedingt.

17. **RG.** 5. 1. 07, R. **07** 180, ZBlFG. **8** 246 ff., GruchotsBeitr. **51** 807. Durch den Grundsatz der Gleichheit aller Preußen vor dem Gesetze wird die Vertragsfreiheit nicht eingeschränkt. Die Kontrahenten eines privatrechtlichen Vertrags sind nicht gehindert, Bestimmungen zu treffen, bzw. einander Beschränkungen aufzuerlegen, in denen ein Unterschied zwischen verschiedenen Kategorien der Staatsbürger gemacht wird. Es ist daher nur vom privatrechtlichen Standpunkte zu prüfen, ob die in dem Darlehnsvertrage dem Kläger auferlegte durch eine Vertragsstrafe verstärkte Beschränkung, seine Apotheke nicht an einen Polen zu verkaufen, einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeutet. Das ist grundsätzlich zu verneinen.

18. PucheltsZ. **07** 585 (Karlsruhe). Verkauf einer Sägemühle durch eine Gemeinde unter der Verpflichtung, daß der Käufer und dessen besondere Rechtsnachfolger im Eigentume den Ortsbürgern um einen Vorzugspreis Holz sägen, enthält einen unzulässigen Eingriff in die Betätigung der persönlichen Erwerbsfreiheit.

19. R. **07** 568 (Frankfurt). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn ein Reeder in den Konnossementsbedingungen seine Haftung für Verluste oder Beschädigungen der Waren ausschließt, die durch Nachlässigkeit oder Fehler des Lotsen, Kapitäns, Maschinisten oder anderer Personen im Dienste des Schiffes entstanden sind.

20. **RG.** 27. 3. 07, R. **07** 568. Hohe, aber nicht wucherische Geldforderungen, z. B. Provision, sind in der Regel auch nicht als wider die guten Sitten verstoßend im Sinne des Abs. 1 zu erachten.

21. **RG.** 13. 2. 07, BayRpflZ. **07** 212, SeuffA. **62** 318. Ein Nießbraucher, der sich den Anspruch auf Zahlung von Hypothekenzinsen abtreten läßt, die er selbst berichtigt hat, und ihn sodann zur Zwangsversteigerung anmeldet, handelt nicht gegen die guten Sitten.

22. **RG.** 5. 4. 07, Holdheims MSchr. **07** 165. Die wegen nicht pünktlicher Zahlung auf Grund eines für diesen Fall vereinbarten Rücktrittsrechts ohne vorgängige Androhung erfolgte Erklärung des Rücktritts vom Vertrage verstößt nicht gegen Treu und Glauben.

23. R. **07** 53 (Jena). Wird gegenüber dem durch eine Unterschlagung Geschädigten für die Ersatzpflicht des Täters von dessen Verwandten Bürgschaft übernommen gegen das Versprechen, daß der Geschädigte keinen Strafantrag stelle, so braucht ein solcher Vertrag nicht gegen die guten Sitten zu verstoßen.

24. **a)** HansGZ. **07** Beibl. 266 (Hamburg). Die Inanspruchnahme eines Detektivs zur Ermittelung der Beweise für einen vom anderen Ehegatten begangenen Ehebruch ist nicht sittenwidrig, wenn die Ehe bereits zerrüttet war. **b)** KGBl. 08 8 (KG): Es widerspricht der sittlichen Auffassung und dem Anstandsgefühl, daß ein Ehegatte dem anderen gegen Entgelt den Nachweis eines Ehebruchs zum Zwecke der Ehescheidung preisgibt, und die an sich nicht unsittliche Handlung der Offenlegung eines Ehebruchs in Kausalbeziehung zu einem Vermögensvorteile gesetzt wird. Vgl. **RG.**, JDR. **3** Ziff. 6 I A e.

25. **RG.** JW. **07** 704 f. Ein allgemeiner auch für die Zukunft ausgesprochener Verzicht des Jagdpächters auf Kündigung des Jagdpachtvertrags wegen Verletzung der Schonzeit ist unsittlich.

26. **RG.** JW. **07** 707 f., BankA. 7 76. Die Abtretung aller zukünftigen Geschäftsforderungen durch einen Kaufmann an einen Dritten verstößt gegen § 138.

27. **RG.** 25. 6. 07, R. **07** 1145. Eine Schiedsgerichtsklausel ist nicht deshalb unsittlich, weil dem einen Teile ein größerer Einfluß auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts dadurch eingeräumt ist, daß er einen Schiedsrichter und außerdem den Obmann zu bestellen hat.

28. **RG.** 22. 9. 06, GruchotsBeitr. **51** 890. Ein Vertrag verstößt nicht lediglich deshalb, weil er den Tatbestand des § 3 Nr. 1 AnfG. erfüllt, gegen die guten Sitten.

29. **RG.** 21. 6. 07, BauersZ. **15** 21. Die Eintragung und das Schützenlassen eines bereits von einem anderen benutzten (ungeschützten) Warenzeichens verstößt gegen die guten Sitten.

30. OLG. Hamburg, JDR. **5** Ziff. 7 I B g γ jetzt auch OLG. **15** 311.

§ 138 Abs. 2. A. Notlage (JDR. **2** Ziff. 6 II b, **5** Ziff. 7 II B). R. **07** 1255 (Frankfurt). Augenblicklich drängende Geldverlegenheit stellt sich dann als Notlage dar, wenn die wirtschaftliche Existenz des Kreditsuchenden bedroht ist.

B. Wucherisches Geschäft. 1. **a)** **RG.** LeipzZ. **07** 216. Für den vom Wucherer beim Sachwucher zu leistenden Schadensersatz ist grundsätzlich die Zeit der Annahme der Leistung durch den Wucherer maßgebend. Der Wucherer kann nicht mit Gegenforderungen aufrechnen und muß den ganzen Wert, nicht nur die Bereicherung herausgeben. **b)** **RG.** 28. 1. 07, JW. **07** 167, GruchotsBeitr. **51** 892 ff. Bei Abschließung eines Erbentsagungsvertrags kann nach der eigenartigen Natur dieses Vertrags Wucher nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden. Vgl. o. Ziff. II 11 c. **c)** **RG.** 13. 6. 06, BayRpflZ. **07** 16. Die Annahme eines Wuchergeschäfts wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Wucherer bei Aufrechterhaltung des Geschäfts infolge später eingetretener Umstände selbst zu Schaden kommt.

2. a) R. **07** 306 (Stuttgart). Das Vorliegen eines Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung allein genügt für die Regel nicht, sonst hätte es der weiteren Tatbestandsmerkmale im Abs. 2 nicht bedurft. Vgl. im übrigen JDR. **5** Ziff. 7 II C c, jetzt auch **RG. 64** 181. **b) RG.** 11. 1. 07, R. **07** 1061. Ein wucherisches Rechtsgeschäft liegt nicht vor, wenn Sachen für einen im Verhältnisse zu ihrem Werte unverhältnismäßig geringen Preis gekauft werden, dem Verkäufer aber für mehrere Jahre das Rückkaufsrecht für denselben Preis eingeräumt wird.

§ 139. 1. **RG.** 9. 11. 06, JW. **07** 5. Der von der Nichtigkeit nicht betroffene Teil des Rechtsgeschäfts muß für sich allein gewollt sein, wenn er bestehen bleiben soll. Vgl. **RG.** JDR. **3** Ziff. 1.

2. **RG.** 11. 5. 07, R. **07** 760. Wenn mehrere ein Gemeinschaftsverhältnis hinsichtlich eines einem von ihnen in demselben Vertrage formlos und deshalb rechtsunwirksam übertragenen Geschäftanteils an einer GmbH. verabreden, so kann, wenn die Beteiligten sich der Rechtsunwirksamkeit dieser Übertragung bewußt gewesen sind, angenommen werden, daß trotz der Nichtigkeit dieses Teiles des Rechtsgeschäfts der übrige Teil desselben für den Fall gelten solle, daß demnächst eine formgerechte Übertragung des Geschäftsanteils erfolgen werde. Das Abkommen wird in solchem Falle erst dann hinfällig, wenn innerhalb der für das Gemeinschaftsverhältnis vertraglich vorgesehenen Zeit eine formgerechte Übertragung des Geschäftsanteils nicht erfolgt.

3. **RG.** R. **07** 1395. Sind über zwei nebeneinander liegende Häuser Kaufverträge in zwei verschiedenen Urkunden verlautbart, ist aber gleichwohl das Kaufgeschäft nur als ein einheitliches gewollt, so hat die Unwirksamkeit des einen auch die Unwirksamkeit des anderen Vertrags mit zur Folge.

4. Über die Beweislast BraunschwZ. **07** 54 ff. wie **RG. 61** 284, **57** 165. Vgl. JDR. **3** Ziff. 1.

§ 140. a) **RG.** 17. 4. 07, **66** 24 ff., JW. **07** 334 hält die unter Übergabe des Hypothekenbriefs erfolgende wegen Formmangels unwirksame Verpfändung einer Hypothek als Bestellung eines obligatorischen Zurückbehaltungsrechts an dem Briefe gemäß § 140 aufrecht. **b)** SeuffBl. **08** 195, RJA. **9** 12 ff. (KG.). Ein von Nichtehegatten errichtetes gemeinschaftliches Testament kann nicht im Wege der Konversion gemäß § 140 aufrechterhalten werden. Vgl. JDR. **3, 4** Ziff. 1 und **5**.

§ 141. 1. Josef, BuschsZ. **37** 42 ff. Erklären die Parteien übereinstimmend dem Prozeßgerichte, daß sie die Nichtigkeit eines Vertrags nicht geltend machen, vielmehr an den Vertrag gebunden sein wollen, so ist in solchen Erklärungen eine „Bestätigung" im Sinne des § 141 zu finden. Vorausgesetzt ist, daß die Parteien jene Bestätigung persönlich vor dem Prozeßgericht erklären; die Prozeßvollmacht ermächtigt den Prozeßvertreter nicht zur Bestätigung des klagebegründenden Rechtsgeschäfts. Während dem Prozeßgerichte die Beurkundung eines Vergleichs als Amtspflicht obliegt, liegt ihm die Beurkundung der Bestätigung nicht ob. Daher haben die Parteien, wofern die Bestätigung (wie das ursprüngliche Rechtsgeschäft) der öffentlichen Beurkundung oder auch nur der Schriftform bedarf, dem Prozeßgerichte die die Bestätigung enthaltende Urkunde einzureichen.

2. **RG.** 3. 10. 06, **64** 149. Ein unsittliches Geschäft kann durch bloße Bestätigung niemals zu einem sittlichen werden.

3. Vgl. unten § 144 Ziff. 2 und 4.

§ 142. I. 1. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 6 f. Die Anfechtung ist ein rechtsgestaltender Akt. Die angefochtene Rechtswirkung bestand bis zu ihm und hört erst mit ihm auf. Rückwirkung bedeutet, daß das Recht gebietet, es bezüglich der in der Gegenwart in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse so zu halten, als wäre die Vergangenheit anders gewesen, als sie wirklich war. Das Gesetz kann und will nicht bewirken, daß die Rechtslage sich rückwärts umgestaltet. Hat ein Rechtsgeschäft zunächst eine bestimmte Wirkung, so ist es ein Widerspruch, wenn man

dem Ereignisse, das sie rückgängig macht, bloß deklarative Bedeutung beilegt. Geschieht die Reszission durch Urteil, so ist dies (die „Nichtigkeitserklärung") nicht Deklaration vorhanden gewesener Nichtigkeit (wie jetzt auch **RG. 63** 142 anerkennt). Nichtigkeitserklärung ist Vernichtung. — Die Rückwirkung kann lediglich in einzelnen Beziehungen bestimmt werden (vgl. unten Ziff. 1 zu § 161) oder schlechthin, aber mit Einschränkungen (11 f.). — Wo sie zivilistisch eintritt, braucht sie nicht prozessual zu gelten (16). — Anwendung dieser Grundsätze auf die Genehmigung 14, auf die Reszission des Erbschaftserwerbes 17, auf § 940 s. d. 15. — Der Abs. 2 des § 142 beruht auf dem Grundgedanken, daß die Verfügungsmacht, die das Gesetz dem Nichtberechtigten zugunsten von gutgläubigen Dritten verleiht, umsomehr dem Berechtigten zusteht, der dann mit Rückwirkung zum Nichtberechtigten wird (17).

2. Über den Begriff der Nichtigkeit von Willenserklärungen vgl. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 188 ff. Der Fall des § 118 ist kein echter Fall der Nichtigkeit, sondern stellt sich als Anfechtbarkeit dar (aaO. 476 ff.).

3. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so werden nicht alle Eingriffe des anfechtbaren Geschäfts in die Rechtsverhältnisse Dritter ohne weiteres der Fiktion entsprechend geändert, sondern es ist Auslegungsfrage, welche Folgen der Gesetzgeber beabsichtigt hat.

4. Zu Abs. 2 in Verbindung bzw. Vergleich mit §§ 1345 und 1346 Satz 2 vgl. *Weyl, SeuffBl. **07** 569, 619 ff.

II. a) **RG.** 8. 10. 07, R. **07** 1395, JW. **07** 737 ff., DJZ. **08** 78. Liegt neben dem obligatorischen Kausalgeschäfte — dem Kaufvertrag — ein dingliches, abstraktes Übereignungsgeschäft vor, so ist zu prüfen, ob der Anfechtungsgrund und folgeweise die Anfechtung beide Rechtsgeschäfte umfaßt und danach auch das dingliche Übereignungsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Die beiden Geschäfte sind auch beim Anfechtungsgrunde des Irrtums gemeinsam anfechtbar, wenn beide Geschäfte in einem einheitlichen Willensakte zusammenfallen und dieser an dem Anfechtungsgrunde des Irrtums leidet. **b) RG.** R. **07** 1460. Eine Klage, aus der erhellt, daß die Anfechtung eines Vertrags wegen Betrugs und ihre Folge auf eine einzelne Vertragsbestimmung beschränkt werden, im übrigen aber der Vertrag fortbestehen soll, ist nicht schlüssig begründet und daher abzuweisen.

§ 143. I. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 334 ff., 561 f. Der Unterschied von einseitigen Rechtsgeschäften, wie er in Abs. 3 und Abs. 4 gemacht wird, beruht auf einer dem Gesetze zugrunde liegenden irrigen Auffassung. Anfechtungsgegner kann immer nur der Erklärungsgegner sein. Wo hingegen ein solcher nicht besteht, besteht auch gar keine Willenserklärung. Vgl. o. Ziff. I 1 zu §§ 116 ff. Dort ist aber eine Anfechtung gemäß §§ 119 ff. nicht nötig.

II. Aus der Praxis. 1. a) **RG.** 12. 1. 07, **65** 86 ff., BadRpr. **07** 108, JW. **07** 164 ff. Der Grund der Anfechtung braucht in der Anfechtungserklärung nicht angegeben zu werden; weder brauchen abstrakt die Fälle der §§ 119, 120, 123 unterschieden, noch brauchen die konkreten Tatsachen, auf die die Anfechtung gestützt werden soll, aufgeführt werden. **b) RG.** 5. 6. 07, LeipzZ. **07** 652, R. **07** 1129. Da die Wirksamkeit einer Anfechtungserklärung von der Angabe von Gründen nicht abhängig ist, so kann sie auch nicht auf die angegebenen Gründe beschränkt werden. **c) RG.** 4. 4. 07, R. **07** 633. Genügende Anfechtungserklärung auch dann, wenn die der Anfechtung zugrunde liegenden Tatsachen anfänglich unter den juristischen Gesichtspunkt des nichtigen Geschäfts gebracht sind.

2. **RG.** 17. 5. 07, **66** 153. Wird mit einer Klage Wandlung eines Kaufvertrags begehrt und in zweiter Linie der Kaufvertrag angefochten, so ist diese Anfechtungserklärung wirkungslos, wenn anzunehmen ist, daß sie nur unter der aufschiebenden Bedingung des Unterliegens mit der Wandlung erklärt ist, denn eine Anfechtung, die unter einer — echten — Bedingung erklärt wird, ist grundsätzlich wirkungslos.

Der Aufbau einer derartigen Klage wird indes regelmäßig dahin zu verstehen sein, daß die Anfechtung unbedingt und vorbehaltlos erklärt ist, und daß durch den Wandlungsanspruch dem Beklagten, wenn er darauf eingehen will, nur die Möglichkeit eingeräumt werden soll, das Vertragsverhältnis in der durch § 467 BGB. geregelten Weise mit dem Kläger auseinanderzusetzen.

3. R. **07** 1061 (Colmar). Die Anfechtung eines Vertrags kann gegenüber dem Vertragsgenossen auch dann erfolgen, wenn dieser seine Rechte aus dem Vertrag abgetreten hat. Sie kann auch rechtswirksam gegenüber dem neuen Gläubiger erklärt werden.

§ 144. 1. a) **RG.** BayRpflZ. **07** 193, SeuffBl. **07** 937 ff. Wer Widerklage aus einem anfechtbaren Vertrag auf Schadensersatz erhebt, sodann den Vertrag wegen Betrugs anficht, die Anfechtung aber wieder zurücknimmt, hatte den Vertrag schon durch die Widerklage bestätigt. Der in der mündlichen Verhandlung erklärten Widerklage kann die daraus abgeleitete zivilrechtliche Wirkung nicht um deswillen versagt werden, weil die Möglichkeit der Rücknahme der Widerklage bestand. b) **RG.** 26. 3. 06, **65** 399 ff., LeipzZ. **07** 428. Die Erhebung einer Klage auf Schadensersatz oder Preisminderung wegen arglistiger Täuschung enthält an sich noch keinen Verzicht auf die Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung. Ein solcher Verzicht im Sinne einer Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts liegt jedoch vor, wenn die auf Schadensersatz oder Preisminderung gerichtete Klage deutlich erkennen läßt, daß der Kläger nicht anfechten, sondern bei dem Vertrage stehen bleiben wollte. c) **RG.** 17. 5. 07, LeipzZ. **07** 587. Aus notwendigen Verwaltungshandlungen ist ein Bestätigungswille nicht zu entnehmen; selbst der Verkauf eines Teiles der Kaufsache kann unter Umständen den Charakter einer solchen Verwaltungshandlung haben. d) **RG.** 21. 2. 06, SächsRpflA. **07** 34 über den Begriff der Bestätigung (vgl. JDR. **4** u. OLG. Dresden, JDR. **2** zu § 144).

2. **RG.** 3. 7. 07, R. **07** 1061. Abs. 2 findet auf eine Erklärung, durch welche ein bereits angefochtenes Urteil nachträglich bestätigt wird, keine Anwendung; hier kann eine Bestätigung nur gemäß § 141 durch erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts erfolgen.

3. **RG.** JW. **07** 476, BadRpr. **07**.205, LeipzZ. **07** 587. Bedingte Anfechtung ist keine Anfechtung.

4. BayRpflZ. **07** 418 (BayObLG.). Die Vorschrift des § 144 kann ebenso wie § 141 nur auf Rechtsgeschäfte angewendet werden, die seit dem Inkrafttreten des BGB. vorgenommen worden sind.

Dritter Titel. Vertrag.

Literatur: Lange, Die rechtliche Natur der unbestellten Zusendungen. Berlin 1907.

§§ 145 ff. I. 1. Zusendung unbestellter Waren (JDR. **1** Ziff. 3). Lange nimmt in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht, insbesondere mit Aßmann an, daß das Schweigen des Empfängers unbestellter Zusendungen ihn in keiner Weise präjudiziere, weder Annahme noch Ablehnung sei daraus zu folgern (59). Zur Entledigung der Sache hat der Empfänger zwei Mittel: 1. das Erwehrungsrecht aus § 859 Abs. 1; 2. die Klage auf Beseitigung der Besitzstörung aus § 862, wenn die Sache ihrer Beschaffenheit nach eine unmittelbare Störung des umfriedeten Besitztums hervorruft (61). Die gleichen Mittel stehen dem Empfänger zu Gebote, sobald das lose Band zwischen Absender und Empfänger durch Erlöschen der Realofferte zerrissen ist, d. h. mit dem Augenblick, in dem das Recht des Empfängers auf Besitzerwerb sein Ende erreicht (63).

2. *Simon, Rechtl. Natur der sachenrechtl. Einigung. Da die Einigung bereits für sich mit selbständiger Rechtswirkung begabte selbständige Verfügung ist (s. unten zu § 873), so kann sie Vertrag in dem allgemeinen Sinne der Definition von

Planck (I 259) genannt werden. Doch ist sie nicht dem Vertragsbegriffe zu subsumieren, den das BGB. im Allg. Teil seinen Bestimmungen über Verträge zugrunde legt, da diese in erster Linie auf den obligatorischen Vertrag zugeschnitten sind. Die Vertragsrechtsregeln des Allg. Teiles sind dann auf die Einigung anzuwenden, wenn sie für den Eintritt und den Schutz der Rechtsfolge der Einigung, der Verfügungsbeschränkung, ebenso erforderlich sind wie für die Verwirklichung und Sicherung der Rechtsfolge des obligatorischen Vertrags, der Verpflichtung, oder wenn sie „vertragstechnische" Natur haben. Vertragstechnisch sind solche Rechtssätze, welche den Zweck haben, die Herstellung einer Willenseinigung — ohne Rücksicht auf den individuellen Rechtserfolg — zu ermöglichen oder zu erleichtern, und auf welchen der Rechtserfolg nur mittelbar beruht, so daß sie von dessen Eigenart nicht beeinflußt sind und auf alle Verträge Anwendung finden können. Als vertragstechnisch sind auf die Einigung insbes. grundsätzlich anzuwenden: § 145 (die Bindung an den Einigungsantrag bedeutet jedoch niemals Verfügungsbeschränkung), §§ 146—149 (jedoch bewirkt § 873 Abs. 2 BGB. für die vor der Eintragung erfolgende Immobiliareinigung ausnahmsweise Nichtanwendbarkeit der §§ 145—149), §§ 150—152. Ebenso — wenn auch aus anderen Gründen — sind auf die Einigung anzuwenden die §§ 153—155, 157; nicht dagegen § 156. Für die Anwendung von § 154 Abs. 2 schafft § 873 Abs. 2 insofern Besonderheiten, als sie bei der der Eintragung vorangehenden Immobiliareinigung nur dann stattfindet, wenn, ohne daß ein Irrtum der Beteiligten über den Inhalt von § 873 Abs. 2 ersichtlich ist, die durch Vereinbarung bestimmte Form der Einigung milder oder strenger ist, als die in § 873 Abs. 2 verlangten Formen und weder die vereinbarte noch die gesetzliche Form beobachtet worden ist.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 8. 5. 07, R. **07** 1313. Das BGB. enthält keine allgemeinen Bestimmungen über den Vorvertrag. Aber es steht auf dem Boden der Vertragsfreiheit, und daraus folgt, daß ein Vorvertrag möglich ist, soweit nicht besondere Gründe entgegenstehen. Was die an seinen Inhalt zu stellenden Anforderungen betrifft, so steht der Vorvertrag unter den allgemeinen Vertragsgrundsätzen, und diese erfordern ein solches Maß von Bestimmtheit, daß im Streitfalle der Inhalt des Vertrags richterlich festgesetzt werden kann. Anlangend die Form, so ist, falls ein obligatorischer Vertrag an eine Form gebunden ist, auch keine formlose Verpflichtung zur Eingehung dieses Vertrags gegeben.

2. a) **RG.** 8. 11. 07, JW. **08** 4 ff.. Der Antragsempfänger wird in der Regel aus einem, sich als „Bestätigung" des Vertragsschlusses bezeichnenden, eine Vertragsbestimmung nicht ausdrücklich zurückweisenden Annahmeschreiben die unbeschränkte Annahme seines Antrags entnehmen dürfen und somit der Vertrag nach den Grundsätzen von Treu und Glauben als in diesem Sinne zustande gekommen anzusehen sein, so daß die Bestimmung des § 150 Abs. 2 BGB. keine Anwendung zu finden hat. Alles dieses wird besonders dann zu gelten haben, wenn die Unklarheit einer vertraglichen Erklärung ihren Grund in dem Bestreben des Erklärenden hat, den von ihm seiner Erklärung beigelegten besonderen Sinn dem Empfänger der Erklärung gegenüber nicht klar hervortreten zu lassen. b) **RG.** 28. 6. 07, LeipzZ. **07** 658. Die sog. quantitative Inkongruenz zwischen Vertragsangebot und Annahme ist, wenn die Inkongruenz zum Vorteile des Annehmenden ist, auch nach dem BGB. nicht geeignet, das Zustandekommen des Vertrags auf der Grundlage des Angebots zu hindern, da, wenn auch äußerlich ein die Willenseinigung ausschließender Irrtum vorliegt, der Annehmende doch durch die Annahme des irrtümlich als quantitativ höher unterstellten Vertragsangebots auch dem wahren — ihm günstigeren — Vertragsangebote zustimmt. Ist die Inkongruenz dagegen zum Nachteile des Annehmenden, so kommt ein rechtsgültiger Vertrag nicht zustande, und zwar auch dann nicht, wenn der Annehmende nach Aufklärung des hinsichtlich des Angebots be-

stehenden Mißverständnisses noch nachträglich dem wirklichen Vertragsangebote zustimmt.

§ 145. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 30. Die Übersendung der sog. Übernahmebedingungen und Übernahmetarife eines Spediteurs sind keine Anträge, sondern bloße Einladungen zum Offerieren.

§ 147. 1. **RG.** 15. 1. 07, R. **07** 244. Grundsätzlich ist der Vertragsantrag unter Abwesenden in dem Sinne zu nehmen, den er nach Treu und Glauben an dem Orte hat, von dem er ausgeht. Ist er aber in diesem Sinne von dem Antragsgegner aufgefaßt worden, so kann er, wenn die Annahmeerklärung in gehöriger Weise dem Antragsteller zugegangen ist, nicht mehr dem Zustandekommen des Vertrags damit entgegentreten, daß er seinen Vertragsantrag anders verstanden habe.

2. Abs. 2. **RG.** 26. 4. 05, SächsRpflA. **07** 276. Für den Begriff der „regelmäßigen Umstände" dürfen ganz individuelle Verhältnisse des Adressaten nicht in Betracht gezogen werden. Vgl. auch **RG.** JDR. **4** Ziff. 2.

§ 151. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 348 ff., ausführlich über die verschiedenen Arten der Vertragsannahme. Der § 151 enthält keinen Fall der Annahmeerklärung. Es liegt vielmehr sog. Willensgeschäft vor, d. h. lediglich aus Indizien ist der innere, dem Verhalten des Antragempfängers zugrunde liegende Wille zu ermitteln. Auf den Tatbestand der Indizien finden die Normen der §§ 116 ff. keine Anwendung. Wer also z. B. offerierte Zigarren zu verbrauchen anfängt, in der Meinung, es wären andere, eigene, braucht nicht erst gemäß §§ 119, 122 anzufechten, sondern kann seinen wahren Willen ohne weiteres geltend machen. Hier liegt eine Erscheinung unseres Rechtes vor, die einem ganzen Prinzipe zu unterstellen ist, von dem es noch andere Erscheinungsformen gibt. Vgl. hierzu auch oben zu §§ 116 ff. Ziff. I 1. — Es gibt im Rahmen des § 151 vor allem Rechtsausübungs- und Erfüllungshandlungen. Über die weitere Behandlung vgl. Manigk aaO. 378 ff. Über den Zeitpunkt der Perfektion des Vertrags aaO. 393.

2. **RG.** 5. 2. 07, LeipzZ. **07** 281. Es liegt kein versteckter Willensdissens, sondern ein perfekter Kaufvertrag vor, wenn der Käufer auf die Stämme eines ganzen Waldes ein Angebot macht und der Verkäufer dieses Kaufangebot zu dem gebotenen Preise annimmt, weil er der irrigen Meinung war, er habe die Stämme des ganzen Waldes von dem Waldeigentümer erworben, während er in Wahrheit nicht die Stämme des ganzen Waldbestandes, sondern nur die eines Teiles von dem Waldeigentümer erworben hatte.

§ 152. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 322 f., 371. Es liegt hier nicht etwa eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung vor. Der Akzeptant erklärt hier seine Annahme einer Mittelsperson des Offerenten gegenüber, die dem letzteren weitere Mitteilung zugehen läßt. Die Norm des § 152 folgt schon aus § 131: eine Erklärung, die einem Vertreter des Gegners gegenüber abgegeben wird, wirkt in diesem Momente für und gegen den Vertretenen. Daher liegt im § 152 eine echte, empfangsbedürftige Willenserklärung vor, anders als im § 151.

2. Vgl. oben zu § 128.

§ 154. I. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 500 ff., 612 ff. Der Konsens besteht in der Übereinstimmung der Erklärungen und des Willens beider Parteien. Fehlt die Übereinstimmung des Willens, so sind die Erklärungen nicht wirksam, vielmehr entweder wegen einfachen Irrtums anfechtbar oder wegen Dissenses nichtig. Welcher dieser beiden Fälle konkret vorliegt, ist Sache der Auslegung. Der echte Dissens setzt die Mißverständlichkeit beider Erklärungen voraus. Der einfache Erklärungsirrtum ist hingegen nur bei einer eindeutigen, nicht mißzuverstehenden Erklärung möglich.

II. Aus der Praxis. 1. a) **RG.** 8. 5. 07, **66** 122 ff., JW. **07** 386, RheinANB. **25** 56. Ist eine Vertragsbestimmung objektiv nach ihrem Wortlaut und nach den begleitenden Umständen zweideutig und von den Vertragsparteien in verschiedenem Sinne verstanden worden, so ist eine Willenseinigung in diesem Punkte und damit ein Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen, wenn beide Parteien den Punkt für wesentlich erachtet haben und bei Annahme der gegenteiligen Auffassung den Vertrag nicht geschlossen hätten. **b)** HessRspr. **7** 170 (Darmstadt). Wenn die Vertragsbedingungen sukzessive vorgebracht werden, kann man erst dann von der Beendigung der Verhandlungen sprechen, wenn der andere Teil annehmen darf, daß neue Erklärungen über neue Punkte des Vertrags nicht mehr vom Gegner abgegeben werden. **c)** OLG. Colmar, JDR. **5** Ziff. 1 b jetzt auch ElsLothJZ. **07** 187.

2. **RG.** 16. 11. 06, ElsLothJZ. **07** 65. § 154 kann keine Anwendung finden, wenn die Parteien sich ausdrücklich oder in stillschweigender Vereinbarung vorbehaltlos über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben.

3. R. **07** 444 (Stuttgart). Abs. 1 Satz 1 ist auf den Fall nicht anwendbar, wenn es sich darum handelt, daß ein Dritter als Mitverpflichteter (Gesamtschuldner, Bürge) dem Vertrage beitreten soll. Vielmehr ist es Auslegungsfrage, ob der Vertrag schon vor dem Beitritte des Dritten bindend sein soll, oder ob dieser Beitritt als Suspensivbedingung für die Verpflichtung des Schuldners oder auch als Resolutivbedingung zugunsten des Gläubigers nach der Absicht der Parteien seine Wirkung äußern soll.

4. Abs. 2. **a) RG.** 24. 9. 07, R. **07** 1313. Ist für einen seitens einer Gemeinde abzuschließenden Vertrag Schriftform vereinbart, so gilt der Vertrag nicht als geschlossen, solange nicht die urkundliche Vertragserklärung der Gemeinde mit den nach der Städte- bzw. Landgemeindeordnung für schriftliche Erklärungen der Gemeinde erforderten Unterschriften vorliegt. **b) RG.** 17. 5. 07, R. **07** 760. Soll ein Vertrag aus besonderen Gründen abredegemäß nicht einheitlich in einem und demselben Akte, sondern geteilt in zwei verschiedenen Akten beurkundet werden, so wird dadurch die Einheit des Vertrags nicht aufgehoben. Solange nicht beide Urkunden aufgenommen sind, ist die verabredete Beurkundung des beabsichtigten Vertrags nicht erfolgt und im Zweifel der ganze Vertrag nicht geschlossen. **c) RG.** 22. 3. 07, LeipzZ. **07** 429 wie **RG.** JDR. **5** Ziff. 2. Vgl. auch R. **07** 1255 (Frankfurt).

5. **RG.** 28. 6. 07 s. oben Ziff. II 2 b zu §§ 145 ff.

§ 155. Vgl. Ziff. II zu § 154.

§ 157. I. 1. Danz, SeuffBl. **07** 317 ff., erläutert an praktischen Beispielen die in seinem Buche „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte" (vgl. JDR. **5** Ziff. I zu § 133 u. Ziff. I 1 zu § 157) vertretene neue Art der Auslegung, welche geeignet sei, unsere Rechtsprechung dem Leben wieder näher zu bringen.

2. *Marcuse, Die Erdbebenklausel bei Feuerversicherungsverträgen, LeipzZ. **07** 404 ff. Gibt die Auslegung eines Versicherungsvertrags zu Zweifeln Anlaß, os muß er zugunsten des Versicherten ausgelegt werden, da die Abfassung lediglich durch den Versicherten erfolgt, dieser also einen Zweifel selbst verschuldet. Ähnlich bei Mietverträgen. Die Klauseln, durch welche die Haftbarkeit des Versicherers beschränkt oder ausgeschlossen werden soll, sind auf ihre Tragweite genau zu untersuchen. Eine große Zahl von ihnen hält einer eingehenden Kritik nicht stand.

3. *König, Öffentliche Sammlung. Bei dieser ist der Inhalt der mit der Beitragsleistung der Spender verbundenen fiduziarischen Zweckbestimmung durch Vertragsauslegung festzustellen. Vgl. unter § 1914.

4. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 37 f. Der Abholezettel, den der Spediteur dem Versender übergibt, ist nicht nur eine Quittung über den Empfang des Speditionsguts, sondern zugleich Vertragsurkunde.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 24. 9. 07, R. **07** 1313. Ist in einem durch Bestellbrief und Bestätigungsschreiben zustande gekommenen Vertrag ausgemacht,

daß der eine Teil nur für den Fall, daß ein bestimmtes Ereignis in einer näher festgesetzten Frist eintrete, gebunden sein sollte, und ist in dem Vordrucke des Bestellbriefs weiter gesagt, daß nur schriftliche Vereinbarungen Gültigkeit haben sollen, so ist es gleichwohl nicht ausgeschlossen, aus dem späteren, nach Treu und Glauben zu beurteilenden Verhalten der Beteiligten zu folgern, daß später im Einverständnis aller Beteiligten der Vertrag unter Aufhebung der Klausel, daß nur schriftliche Vereinbarungen Gültigkeit haben sollen, dahin abgeändert worden sei, daß die Bindung aller Teile ungeachtet des Fristablaufs fortbestehen sollte.

2. **RG.** 7. 2. 07, R. **07** 374. Die Vermutung, daß bei einem schriftlichen Vertrag alle wesentlichen Bedingungen in die Schrift aufgenommen und vorausgegangene mündliche Abreden, die keine Erwähnung gefunden haben, auch nicht zum Gegenstande des Vertrags gemacht worden sind, steht dem Beweise der Auslegung einer mehrdeutigen Vertragsbestimmung nicht entgegen.

3. **a) RG.** Holdheims MSchr. **07** 142. Die Verkehrssitte bindet im allgemeinen auch denjenigen Vertragsteil, der sich nicht besonders mit ihr vertraut gemacht hat. **b) RG.** 15. 12. 06, SchlHolstAnz. **07** 65. Auch nach dem BGB. gilt über die besondere Bestimmung im § 273 hinaus der alte Satz, daß arglistig handelt, wer etwas verlangt, das er rechtlich verpflichtet ist, dem Gegner wieder herauszugeben. **c) RG.** 6. 9. 07, R. **07** 1255. Insbesondere ist bei der Auslegung auch der w i r t s c h a f t l i c h e Zweck zu berücksichtigen.

4. **a)** RheinA. **104** I 14 (Cöln). Ist in einem Versicherungsvertrage für die Anzeige des Unfalls unter Androhung der Verwirkung des Anspruchs eine Frist festgesetzt worden, so ist hiermit nicht eine Bedingung gegeben, bei deren Nichteintritte dem Versicherungsnehmer die Rechte aus dem Versicherungsvertrag ohne weiteres verloren gehen, sondern eine einfache Vertragsbestimmung, deren Verletzung nur bei verschuldeter Nichtbeachtung die angedrohten Nachteile mit sich bringt. **b)** Schlesw. HolstAnz. 08 11 (Kiel). Die Verwirkungsklausel in Versicherungsverträgen ist nach Treu und Glauben dahin auszulegen, daß sie nicht Platz greift, wenn die Versäumung der Klagefrist durch triftige Gründe entschuldigt ist.

5. **RG.** 16. 2. 07, **65** 185 ff. Wenn auch durchaus anzuerkennen ist, daß die Kreditzusage regelmäßig unter der stillschweigenden Bedingung unveränderter Kreditwürdigkeit des anderen Teiles steht (vgl. **RG. 60** 60), so kommt es doch immer auf die Umstände des einzelnen Falles an. — Es handelt sich hier um einen sog. revolvierenden Akzeptkredit bei jederzeitiger Kündigungsbefugnis.

6. **RG.** 11. 6. 07, R. **07** 967. Ist bei der Einforderung von Offerten einem der Bewerber zugesagt worden, daß ihm die Ausführung des Werkes übertragen werden würde, wenn er zu gleichen Bedingungen wie die Konkurrenz liefere, so ist eine Auslegung der Aussage dahin, daß der Bewerber Gleichwertiges zu gleichen Preisen anbieten müsse, wie die Mitbewerber und daß die Entscheidung darüber, ob das Projekt gleichwertig sei, dem anderen Teile vorbehalten bleibe, rechtlich nicht zu beanstanden. Der Berechtigte darf aber nicht an Stelle eines auf pflichtmäßige Prüfung gegründeten Ermessens die Willkür treten lassen.

7. **RG.** 27. 11. 06, BayRpflZ. **07** 146. Der bierbezugspflichtige Wirt hat keine Verpflichtung, dem ihn wegen Verletzung der Bezugspflicht auf Schadensersatz belangenden Brauer Auskunft über die Menge des anderweit bezogenen und verzapften Bieres zu geben.

8. **a) RG.** 15. 5. 07, R. **07** 764. Der Verkäufer eines Grundstücks ist mangels einer gegenteiligen Abmachung verpflichtet, dem Käufer das Grundstück nicht nur frei von den in Abt. III des Grundbuchs eingetragenen hypothekarischen Rechten, sondern auch frei von den in Abt. II eingetragenen privatrechtlichen Lasten zu verschaffen, es sei denn, daß der Käufer die letzteren beim Vertragsschlusse gekannt hat. **b) RG.** 9. 11. 06, JW. **07** 5 über die Bedeutung von Treu und Glauben für Er-

füllung eines Kaufvertrags, dessen Preisfestsetzung wegen nachmals eingestellter Börsennotierungen nach letzteren nicht mehr zu ermitteln ist.

9. **RG.** 13. 5. 07, HoldheimsMSchr. **07** 171, LeipzZ. **07** 660, R. **07** 823. Die Vertragsklausel „das Schiff ist berechtigt, die Güter sowohl vor Beginn als während der Reise mit einem anderen Dampfer zu verladen oder dieselben umzuladen" deckt auch das zum Zwecke der Löschung anderer Güter vorgenommene Aus- und Wiedereinladen.

10. **RG.** R. **07** 1527. Eine allgemeine Rechtsregel, wonach bei Kartellverträgen die beteiligten Industriellen nicht nur für ihre Person an die getroffenen Vereinbarungen gebunden, sondern auch verpflichtet sind, bei Veräußerungen ihrer Betriebsstätte dafür zu sorgen, daß die Kartellabreden auch von ihren Nachfolgern eingehalten werden, läßt sich nicht aufstellen. Es kommt auf die Umstände des Einzelfalls an.

11. LG. Hamburg, HansGZ. **08** Beibl. 15. Es ist zu verneinen, daß Treu und Glauben von dem Erklärenden die Wiederholung einer empfangsbedürftigen Willenserklärung verlangen, wenn ihr Empfänger durch eigene Schuld von dem Inhalt der Erklärung keine Kenntnis erhält.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

§§ 158 ff. I. *ten Hompel, Verständigungszweck, nimmt das immer noch ungeklärte Gebiet der freien Wollensbedingung zum Ausgangs- und Zielpunkt einer Untersuchung, die darin gipfelt, daß die Suspendierung des Wirkungswillens durch das eigene freie Wollen der Verpflichteten sowie durch das freie Wollen Dritter dem Wesen des Rechtsgeschäfts an sich nicht widerspricht, weil sie das eigentliche und bislang unbeachtet gebliebene Wesens-Urelement des Rechtsgeschäfts, den Verständigungswillen unberührt läßt (vgl. oben Ziff. I 2 und II zu §§ 104 ff.). Die freie Wollensbedingung im Kaufe auf Probe-, im Vorkaufs-, Rückkaufs-, Reu-, Rücktritts- und Wandelungsrechte steht also nur mit der bisherigen unzulänglichen Definition des Rechtsgeschäfts, als Parteiwillenserklärung, wirksam, weil gewollt oder gesollt, in Widerspruch, nicht aber mit der neuen Definition: das Rechtsgeschäft ist der Verständigungswille, dem sich der Wirkungs- und der Erklärungswille unterordnen. — Nur äußere, nicht zum Wesensbegriffe des Rechtsgeschäfts gehörige Momente können die Zulässigkeit der suspensiven freien Wollensbedingung ausschließen. Das Moment der Letztwilligkeit schließt die Suspendierung des Wirkungswillens durch das eigene freie Wollen des Verpflichteten aus bei den Geschäften von Todes wegen. Das Moment der höchstpersönlichen Selbstwilligkeit schließt die Suspendierung des Wirkungswillens durch das freie Wollen Dritter aus bei allen Geschäften von Todes wegen und bei einem verhältnismäßig kleinen Bruchteile der Geschäfte unter Lebenden.

II. **RG.** 5. 4. 07, **66** 132 ff. Für den rechtlichen Bestand eines Vertrags ist es ohne Bedeutung, daß die Kontrahenten bei dessen Abschluß von der, jedoch zu einer Bedingung im Sinne der §§ 158 ff. nicht erhobenen, Voraussetzung des Vorhandenseins oder des bevorstehenden Eintritts einer Tatsache ausgegangen sind, diese Voraussetzung sich aber als nicht zutreffend erweist. Vgl. **RG. 62** 267. Mit der Voraussetzung als Rechtsbegriff wollte das BGB. nicht operieren.

§ 158. a) SächsRpflA. **07** 86 (Dresden). Durch die einem außergerichtlichen Akkorde zugefügte Bedingung, daß keine Bevorzugung eines Gläubigers stattfinden dürfe, wird nicht der Akkord, sondern das mit ihm verbundene und in ihm enthaltene Rücktrittsrecht aufschiebend bedingt, es kann mithin der einzelne Gläubiger vom Akkorde zurücktreten, wenn ein anderer Gläubiger bevorzugt wird. **b) RG.** R. **07** 1130. Der in einem Vertrag enthaltene Vorbehalt der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist keine Bedingung für die Bindung der Vertragsparteien, sondern

lediglich die ausdrückliche Anerkennung einer notwendigen Rechtsvoraussetzung, die, wenn diese Voraussetzung in Wirklichkeit nicht besteht, die unbedingte Wirksamkeit des Vertrags nicht zweifelhaft macht.

§ 161. 1. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 11 f. (vgl. Hellwig, JDR. 1 Ziff. 2). Bei bedingten Verfügungen erlangt der Erwerber zunächst nur ein Anwartschaftsrecht (ungenauer Ausdruck: bedingtes Eigentum). Sachbeschädigung Dritter verletzt 1. das Eigentum des Tradenten, 2. das Anwartschaftsrecht (§ 823 Abs. 1). — Tritt die Bedingung ein, so lehnt das Gesetz die Rückwirkung prinzipiell ab (Verbesserungen des Rechtes gehen also auf den Erwerber über); es läßt sie aber nur insofern eintreten, als beeinträchtigende Zwischenverfügungen nun mit Rückwirkung unwirksam werden. Das gegen den Tradenten ergangene Urteil schafft Rechtskraft gegen den Erwerber, aber es verstößt nicht gegen diese, wenn er gegen den Sieger geltend gemacht, daß die Verfügung, auf Grund deren die Abweisung erfolgte (z. B. Zahlungsannahme), durch Eintritt der Bedingung unwirksam geworden sei (12²). So auch beim Vorerben und Nacherben.

2. *Simon, Rechtl. Natur der sachenrechtl. Einigung. Da die Einigung bereits für sich allein selbständige Verfügung ist (s. zu § 873 BGB.), so findet auch § 161 auf sie Anwendung. Doch schafft die Eigenart ihres Rechtserfolgs die Besonderheit, daß die aufschiebend bedingte Einigung im Falle des Eintritts der Bedingung eine mit rückwirkender Kraft eintretende, relative (nur dem Aktivbeteiligten gegenüber wirkende) Verfügungsbeschränkung des Passivbeteiligten erzeugt. Bei der auflösend bedingten Einigung kommt § 161 nicht in Frage, weil durch die Einigung dem Aktivbeteiligten kein Recht gegeben wird, über das er verfügen und hinsichtlich dessen er in der Verfügung beschränkt werden könnte.

3. Riedner, DJZ. **07** 572. Die im Abs. 3 in Bezug genommenen Vorschriften der §§ 932, 1207 finden auf das gesetzliche Pfandrecht keine Anwendung. Vgl. aber Gierke, Sachenrecht 977 Bem. 30.

4. *Herold, ZBlFG. **8** 213 ff., 345 ff., vgl. zu § 892 BGB.

§ 162. 1. a) **RG.** 12. 12. 06, BayRpflZ. **07** 130. In der Regel erfordert § 162 positives Tun zur Vereitelung der Bedingung (auch Unterlassen kann aber genügen, **RG.** 24. 4. 07, R. **07** 696) — bloße Fahrlässigkeit genügt nicht — (vgl. JDR. **5**) und es muß ursächlicher Zusammenhang zwischen der Handlung und der Vereitelung der Bedingung bestehen. b) **RG.** JW. **07** 506, DJZ. **07** 1145. Es genügt nicht, wenn der Eintritt der Bedingung bloß erschwert wurde.

2. **RG.** 17. 6. 07, **66** 222 ff. Hat jemand einem anderen für den Fall, daß für eine ausgeschriebene Lieferung ihm auf sein Angebot der Zuschlag erteilt werde, eine Abgabe versprochen, und zieht er darauf sein Angebot zurück, so setzt eine Anwendung des § 162 BGB. voraus, nicht nur, daß die Zurückziehung des Angebots gegen Treu und Glauben verstieß, sondern auch, daß die Zurückziehung, obwohl nach den Bedingungen der Ausschreibung das Angebot rechtsverbindlich blieb, die Nichterteilung des Zuschlags verursacht hat. Dieser ursächliche Zusammenhang wird nicht fingiert, sondern erst, wenn er dargetan ist, wird fingiert, daß die Bedingung eingetreten sei. Soll ein bestimmtes Handeln als Ursache des Ausfalls einer Bedingung gedacht werden und steht nur fest, daß ohne das Handeln die Bedingung hätte eintreten können, nicht daß sie dann eingetreten wäre, so muß zur Anwendung des § 162 BGB. die Sache mindesten so liegen, daß infolge des Handelns die Bedingung nicht mehr eintreten konnte. Der Eintritt der Bedingung muß verhindert sein; es genügt nicht, wenn er erschwert wurde. — Im Falle des § 162 Abs. 1 hat der bedingt Berechtigte, im Falle des § 162 Abs. 2 der bedingt Verpflichtete den Zusammenhang zwischen dem gegen Treu und Glauben verstoßenden Verhalten des anderen Teiles und dem Nichteintritte bzw. Eintritte der Bedingung zu beweisen.

3. SeuffA. **62** 224, OLG. **15** 317 (Cassel). Die Vorschrift des § 162 ist nicht auf Bedingungen anwendbar, deren Eintritt oder Nichteintritt herbeizuführen im freien Belieben der Partei steht (**RG. 53** 259 läßt diese Frage unentschieden).

4. Über analoge Anwendung des § 162 PosMSchr. **07** 125 (Posen) wie **RG.** JDR. **3** Ziff. 2. Gegen RG. Stammler, o. Ziff. I 5 zu § 130.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

§§ 164 ff. **RG.** 31. 5. 07, R. **07** 823. Der Auftrag und die Vollmacht an eines der Vorstandsmitglieder seitens der übrigen zur Unterzeichnung und Absendung eines Vertragsantrags bedarf, wenn satzungsgemäß die Urkunde von mindestens zwei Vorstandsmitgliedern unterschrieben werden muß, der Erklärung gegenüber dem Vertragsgegner.

§ 164. I. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 591 f. Bei der Anwendung des Instituts der Vertretung ist die kausale Beziehung des Vertreters zum Vertretenen (Mandat, Dienstvertrag, Gesellschaft u. a.) unerheblich. Der zur Aneignung gewisser Sachen für einen anderen Verpflichtete könnte dieselben Sachen auch für sich erwerben wollen und würde sie infolge seines Willens, sein Aneignungsrecht vorausgesetzt, auch erwerben. Ebenso bei einem Kaufe und sonstigen Erwerbsgeschäften.

2. Hörle, ABürgR. **31** 138. Wenn die Frau in den Grenzen der Schlüsselgewalt bei Dritten durch ihre Bedienstete Waren in der Weise bestellt und holen läßt, daß sie die hieraus entstehenden Verbindlichkeiten in gewissen Zeitabschnitten, z. B. monatlich berichtigt, so liegt hierin eine allgemeine Anweisung an den Dritten, den jeweilig bei ihr bediensteten Personen die von diesen verlangten Waren für Rechnung des Mannes zu verabfolgen. Hierdurch ist der Dritte einer Prüfung der Ermächtigung der Bediensteten von Fall zu Fall enthoben. Unterschlägt der Bedienstete in den Grenzen der Schlüsselgewalt bezogene Waren, so haftet der Mann dem Verkäufer für den Preis. Die Haftung besteht selbst dann, wenn der Bedienstete noch nach seiner Entlassung aus dem Dienste derartige Waren entnommen und der Mann oder die Frau es unterlassen hat, den Dritten von der Dienstentlassung in Kenntnis zu setzen und der Dritte diese weder kannte noch kennen mußte.

3. Abs. 2. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 155 f., 168 f., 465 f. Abs. 2 schließt die Anwendung des § 119 nicht aus. Unrichtig ist die Meinung, daß der Dritte sich bei Nichthervortreten des Vertretungswillens entweder an den Gegner oder an den Vertretenen halten könnte. Was nicht erklärt ist, kann auch die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts niemals bestimmen. Nur die Anwendbarkeit der §§ 119, 122 kommt in Betracht. — Auch die dinglichen Wirkungen eines Geschäfts, das gemäß Abs. 2 zustande kam, sind von denselben Grundsätzen abhängig. Der Kommissionär erhält also bei Tradition an ihn das Eigentum selbst; er ist lediglich verpflichtet, letzteres auf den Kommittenten weiter zu übertragen.

II. Praxis zu Abs. 2 (JDR. **2** Ziff. 4 b, **3** Ziff. 2 b, **4** Ziff. 5). a) R. **07** 1255 (Frankfurt). Wollte der Mitkontrahent nicht mit der Person des Vertreters, die ihre Vertretereigenschaft nicht erkennen ließ, sondern mit dem durch jenen vertretenen Inhaber eines kaufmännischen Geschäfts den Vertrag eingehen, so wird der letztere unmittelbar Vertragspartei, gleichviel ob der Mitkontrahent den Geschäftsinhaber kannte oder irrigerweise den Vertreter dafür hielt. Die Anwendung des Abs. 2 wird durch die beiderseitige Willensübereinkunft, daß der Geschäftsinhaber, wer er auch sein möge, Vertragspartei sein solle, ausgeschlossen. b) SeuffA. **62** 446 (Hamburg). Abs. 2 bezieht sich nur auf Rechtsverhältnisse, in denen der Wille des Gegenkontrahenten des Vertreters und eine Übereinstimmung des Willens beider überhaupt in Betracht kommt.

§ 168. R. **07** 761, 880 (Colmar). Eine Vollmacht, auf deren Fortbestehen der Bevollmächtigte ein vertragsmäßiges Recht hat, kann vom Vollmachtgeber nicht einseitig widerrufen werden. Eine solche Unwiderruflichkeit liegt namentlich dann vor, wenn der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten dazu bestellt hat, auf Grund einer an ihn vorgenommenen Übertragung einer Forderung des ersteren sie für ihn gegen den Drittschuldner einzutreiben und einen Prozentsatz des Beigetriebenen als Entgelt für seine Bemühungen zu behalten.

§§ 171—173. SächsRpflA. **07** 136 ff. (Dresden) über Aushändigung und Vorlegung der Vollmachtsurkunde. Vgl. auch JDR **3** zu § 172.

§ 177. 1 *Simon, Rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. Die §§ 177, 178 sind „vertragstechnische" Vorschriften (s. oben Ziff. I 2 zu §§ 145 ff.), weil sie ohne unmittelbaren Zusammenhang mit dem individuellen Rechtserfolge des Vertrags die Herstellung eines vertraglichen Bandes zwischen Vertretenem und Drittem bezwecken: Die Genehmigung des § 177 bewirkt, daß der Vertrag, der zwischen dem Vertreter ohne Vertretungsmacht und dem Dritten geschlossen worden ist, von der Person des Vertreters auf die des Vertretenen in rein technischer Weise, d. h. ohne Rücksicht auf das Vorhandensein und die Art der Vertragswirkung, übergeleitet wird. §§ 177, 178 finden daher auf die Einigung Anwendung. — Die Genehmigung einer Einigung seitens des Aktivbeteiligten wirkt gemäß § 184 ex tunc, die seitens des Passivbeteiligten erfolgende jedoch ex nunc. Dies letztere ist nicht Folge des von Eccius (DJZ. **02** 61, 95) mit Unrecht aufgestellten Satzes, die Genehmigung einer Verfügung wirke ganz allgemein nur ex nunc, sondern gründet sich auf die Eigenart des Rechtserfolges der Einigung als selbständige Verfügung (s. zu § 873). Danach würde die Rückwirkung der Genehmigung einer Einigung seitens des vertretenen Passivbeteiligten nur bedeuten, daß dessen Verfügungsbeschränkung mit rückwirkender Kraft einträte, so daß alle Verfügungen, die in der Schwebezeit vor der Genehmigung getroffen worden wären, nach der Genehmigung dem Aktivbeteiligten gegenüber unwirksam wären. Dem steht aber § 184 Abs. 2 entgegen. — Bezüglich § 178 ergibt sich aus § 873 Abs. 2 die Besonderheit, daß bei formloser und deshalb nicht bindender Immobiliareinigung ein Widerruf auch dann möglich ist, wenn der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht beim Abschlusse der Einigung gekannt hat. Denn auch nach der Genehmigung seitens des ohne Vertretungsmacht Vertretenen ist in diesem Falle ja nur eine widerrufliche Einigung vorhanden. Der Widerruf seitens des Passivbeteiligten kann, sofern er zulässig ist, sowohl durch ausdrückliche Erklärung, als auch konkludent durch eine der Einigung widersprechende Verfügung erfolgen.

2. Josef, GruchotsBeitr. **51** 273 ff. Der Vollmachtgeber, der trotz nachträglicher Bereitschaft des Dritten, das Geschäft nach Maßgabe der Vollmacht zu erfüllen, die Genehmigung der Vollmachtsüberschreitung verweigert, handelt hiermit keineswegs gegen die guten Sitten. — Die Genehmigung der Vollmachtsüberschreitung kann nur einheitlich erteilt oder versagt werden.

§ 178. 1. Mayer, SeuffBl. **07** 776. In dem Vorschlagen einer neuen Vertragsbedingung liegt kein Widerruf; im Falle des § 178 muß deutlich ein Widerrufen, eine Erklärung, an den Vertrag nicht gebunden sein zu wollen, eine Ausübung des Rücktrittsrechts vorliegen.

2. Vgl. Simon zu § 177 Ziff. 1.

§ 179. 1. *Simon, Rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. § 179 paßt nur auf den obligatorischen Vertrag. Aus der Einigung als dinglichem Vertrage kann eine Verpflichtung zur Erfüllung oder zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung nicht entspringen.

2. a) **RG.** SeuffA. **62** 225, LeipzZ. **07** 286, SeuffBl. **07** 643, HansGZ. **07** Hptbl. 189, GruchotsBeitr. **51** 903, HoldheimsMSchr. **08** 15. Unter dem negativen

Vertragsinteresse ist im allgemeinen derjenige Schaden zu verstehen, der dem anderen Teile durch den Abschluß des nicht zur Ausführung gelangten Vertrags und die dadurch entstandene Sachlage erwachsen ist. Vgl. auch **RG. 59** 157 u. JDR. **3** Ziff. II. **b)** OLG. Hamburg, JDR. **5**, jetzt auch SeuffA. **62** 348 ff.

§ 181. I. *W e e g m a n n, WürttZ. **07** 97. Sind in einer Nachlaßsache mehrere minderjährige Kinder als Erben beteiligt, so genügt bei der Auseinandersetzung e i n Vertreter für alle Kinder, sofern sie als geschlossene Einheit den Miterben gegenüber stehen und nicht unter sich selbst Rechtsgeschäfte abschließen. Dies ist der Fall, wenn allen Kindern für ihre Erbansprüche gemeinschaftliche Gegenstände übertragen werden. Soll jedem Kinde sein Erbteil besonders ausgeschieden werden, so genügt e i n Vertreter für alle Kinder, wenn die Auseinandersetzung sich lediglich in Erfüllung des gesetzlichen Teilungsanspruchs genau nach den gesetzlichen Teilungsvorschriften vollzieht. Da in diesem Falle der Vertreter lediglich eine Verbindlichkeit erfüllt, so greift das Verbot der §§ 181, 1795 Abs. 1 Nr. 1 nicht ein. Soll aber die Teilung zwischen den einzelnen Kindern in einer vom Gesetz abweichenden Weise vorgenommen werden, so kann der Vertreter nicht für alle Kinder handeln. Es ist nun aber nicht erforderlich, daß für jedes Kind ein besonderer Pfleger (nach § 1909) bestellt wird. Vielmehr ist es für zulässig zu erachten, daß e i n Pfleger für jedes einzelne Kind in der Weise bestellt wird, daß er beim Erbteilungsvertrage je nur e i n Kind, nämlich dasjenige, dessen Erbteil abgeschichtet werden soll, den übrigen Kindern gegenüber, für welche der regelmäßige Vertreter handelt, zu vertreten hat. (Regelmäßiger Vertreter ist der Vormund, beim Bestehen der elterlichen Gewalt im Hinblick auf §§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, 1630 Abs. 2 ein nach § 1909 zu bestellender Pfleger.) Dieser besondere Pfleger vertritt daher der Reihe nach die einzelnen Kinder je besonders der Gesamtheit der übrigen gegenüber. Diese Auffassung wird deshalb für zulässig erachtet werden können, weil sich die Teilung, und zwar nicht nur die einzelnen Erfüllungsgeschäfte, sondern auch der obligatorische Teilungsvertrag, aus einer Mehrzahl von Einzelverträgen zwischen dem abzuschichtenden und den übrigen Miterben zusammensetzt.

II. A u s d e r P r a x i s. 1. R. **07** 1062 (Hamburg). Soweit Rechtsgeschäfte zwischen einer Person als Vertreter eines Dritten mit sich selbst zugelassen sind, müssen dieselben im Interesse der Sicherheit des Verkehrs äußerlich erkennbar in Erscheinung treten und können nicht in unkontrollierbaren inneren Seelenvorgängen bestehen.

2. Während **RG.** V, **51** 426 angenommen hatte daß Selbstkontrahieren eines Vertreters nichtig sei, hat derselbe Senat, JW. **08** 85, sich jetzt der vom 1. Sen., **56** 107 ff. (JDR. **3** Ziff. 1 b) vertretenen Auffassung angeschlossen und den § 181 im Sinne einer Genehmigungsbedürftigkeit der dagegen vorgenommenen Geschäfte verstanden.

3. BayRpflZ. **07** 436, BayObLG. **8** 396 f. (BayObLG.). Einem für mehrere Pflegebefohlene bestellten Vertreter ist auch dann nicht gestattet, diese bei einem zwischen ihnen vorzunehmenden Rechtsgeschäfte, das nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht, zu vertreten, wenn ein Gegensatz der Interessen unter ihnen nicht besteht. Mit Rücksicht auf die abweichende Ansicht des OLG. Colmar, JDR. **2** Ziff. 3 d, legte das BayObLG. die weitere Beschwerde gemäß § 28 Abs. 2 FGG. dem RG. vor. Das **RG.** erkannte 9. 11. 07, JW. **07** 827 ff., SeuffBl. **07** 1082, wie das BayObLG. Auch KG., JDR. **1** Ziff. 3 e, schon hiermit übereinstimmend.

4. **a)** BayObLG. **8** 42 ff., BayRpflZ. **07** 149, OLG. **15** 319, BayNotZ. **07** 87, SeuffA. **62** 201, BankA. **6** 255 (BayObLG.). Zwei Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft können, sofern das Statut nicht entgegensteht, einem dritten Vorstandsmitgliede zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder für einen bestimmten Geschäfts-

kreis der Genossenschaft Vollmacht erteilen. Das bevollmächtigte Vorstandsmitglied kann namens der Genossenschaft mit den Vorstandsmitgliedern, welche die Vollmacht erteilt haben, für ihre Person Rechtsgeschäfte abschließen. b) BrauschwZ. **07** 14 (Braunschw.). über die Grenzen, innerhalb welcher Vertreter von Produktivgenossenschaften, die selbst Produzenten sind, mit sich selbst Lieferungsverträge abzuschließen befugt sind.

5. **RG.** 24. 11. 06, BankA. **6** 171, Holdheims MSchr. **07** 121, LeipzZ. **07** 218 BayRpflZ. **07** 130, SeuffBl. **07** 434 f. Wenn der alleinige Direktor einer Aktiengesellschaft einen von ihm persönlich auf die Aktiengesellschaft gezogenen Wechsel ohne besondere Ermächtigung des Aufsichtsrats namens der Gesellschaft akzeptiert, so erlangt er selbst allerdings zufolge Ungültigkeit des Begebungsvertrags keinen Wechselanspruch gegen die Gesellschaft; einem gutgläubigen Indossatar gegenüber greift jedoch dieser Einwand der Gesellschaft nicht durch.

6. SächsOLG. **28** 362 (Dresden) über Begründung eines Darlehnsschuldverhältnisses durch den gemeinsamen Vertreter beider Beteiligten in einem Falle, in dem dies — aus tatsächlichen Gründen — als innerhalb der Vertretungsmacht liegend angesehen wurde.

7. a) SächsRpflA. **08** 43 (Dresden). Nach den familienrechtlichen Bestimmungen über den Umfang der Vertretungsbefugnis des Vaters gegenüber seinen Kindern ist der Vater darin nicht beschränkt, Schenkungen, die er selbst seinen Kindern macht, für diese als ihr Vertreter anzunehmen. b) HansGZ. **07** Beibl. 233 (Hamburg) handelt von einem Falle, in dem ein Vater mit sich selbst als Vertreter seines Kindes einen Schenkungsvertrag abschloß, in dem er sich von dem Bankier, dem er das Geld einzahlte, die Zusage der Rückzahlung an den Sohn geben ließ. § 181 findet dann nicht Anwendung.

8. KGJ. **33** A 184 ff. (KG.). Der Vorerbe kann nicht zugleich als gesetzlicher Vertreter eines minderjährigen Nacherben (z. B. kraft elterlicher Gewalt) die Zustimmung zu seiner eigenen Erteilung löschungsfähiger Quittung hinsichtlich einer Nachlaßhypothek rechtswirksam erklären, es sei denn, daß die Quittung wirklich gegen Entgelt erteilt ist.

9. § 181 und das Grundbuch (JDR. **2** u. **4** Ziff. 4). a) BayObLG., JDR. **5** Ziff. II 3, jetzt auch ZBlFG. **7** 709. b) ElsLothrZ. 07 636 (Colmar). In der Bevollmächtigung eines gewissen E durch sämtliche Beteiligte zur Auflassung der den Beteiligten A und B zugeteilten Grundstücke liegt für ihn die Gestattung, namens dieser beiden mit sich selbst als Vertreter der übrigen Beteiligten ein Rechtsgeschäft vorzunehmen. c) Über § 181 bei der Auflassung handelt SeuffBl. **07** 304 (BayObLG.).

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung.

Literatur: Weyl, Einwilligung, Genehmigung und Zustimmung im Bürgerlichen Gesetzbuch und im Handelsgesetzbuche, BayRpflZ. **08** 53—60.

§§ 182 ff. 1. *Weyl, BayRpflZ. **08** 53 ff.: Die drei Ausdrücke „Einwilligung", „Genehmigung" und „Zustimmung" sind Synonyma, die nach dem Sprachbewußtsein an sich überhaupt keine Unterschiede aufweisen (Argumente, 54, z. B. BGB. §§ 744, 1829 f.) Das Gesetz wollte hier inkonsequent sein, aber die Motive, welche dies I 247 (vgl. auch Prot. IV 799) wegen der „Genehmigung" des Vormundschaftsgerichtes, aber auch wegen der des Gegenvormundes und des Beistandes der Mutter besagen (S. 55), erklären sich nicht über die Gründe der Inkonsequenz und nicht zu den auf die Ausdrücke „Einwilligung" und „Zustimmung" bezüglichen Ungenauigkeiten. Als Grund ist (56) nicht etwa anzunehmen, daß die gesetzliche Terminologie nur die in Tit. 6 mit allgemeinen Regeln materieller Art bedachten Fälle (§ 182) betreffe, sondern diese Terminologie hat generelle Funktion für das ganze BGB. und die Inkonsequenz des Gesetzgebers beim Ge-

brauche des Wortes „Genehmigung" geht dahin (57), daß er es dann auch für die vorangehende Mitwirkung anwendet, wenn sie nicht einen supplierenden Konsens, sondern eine rechtspolizeiliche Gutheißung bedeuten soll; so wird denn im BGB. auch die rechtspolizeiliche Konzession seitens des Staates als „Genehmigung" bezeichnet. Immerhin ist diese Inkonsequenz bedauerlich (57), zumal sie leicht hätte vermieden werden können (58), wobei dann auch der Fall einer gleichzeitigen Mitwirkung getroffen worden wäre. — Mit dem Sprachgebrauch des BGB. stimmt (58 ff.) im wesentlichen auch der des HGB. überein, und die Definitionen der §§ 183 f. BGB. müssen zufolge Art. 2 des Einf.-Ges. zum HGB. auch für des letzteren Gebiet respektiert werden. Dagegen über das BGB. und HGB. hinaus diesen Ausdrücken technische Bedeutung einzuräumen, würde sowohl für Gesetze wie für Parteierklärungen falsch sein (60).

2. **RG. 64** 149 ff. über das Verhältnis des § 17 Abs. 1 GmbHG. zu den §§ 182 bis 184 BGB.

§ 182. I. 1. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 33 ff. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (§ 1828) fällt nicht unter die §§ 182 ff., weil sie nicht rechtsgeschäftlich ist. Ihre Form ist nicht durch § 182 Abs. 2 BGB., sondern durch §§ 16 ff., 51 ff. FGG. und die Ausführungsgesetze geregelt. Vgl. oben Ziff. 1 zu § 108 und unten zu den §§ 1812, 1828.

2. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 527 ff. Die Zustimmung kann auch als sog. Willensgeschäft vorkommen, das keinen Gegner oder Adressaten hat, z. B. der Vater des minderjährigen Käufers einer Sache nimmt diese, ohne daß es dem Käufer oder Verkäufer bekannt ist, in Gebrauch oder Verbrauch. Der § 182 behandelt lediglich die Zustimmung als Willenserklärung. Der Zustimmungswillen des zur Zustimmung Legitimierten kann sich aber auch durch andere Indizien als durch Erklärung an einen Gegner verraten, wie etwa durch Konsumtion oder sonstige Rechtsausübungshandlungen. — Über die Zustimmungsverweigerung und deren Widerruflichkeit Manigk 733 f.

II. SeuffBl. **07** 797 (KG.). Die Erteilung der Genehmigung zu einer von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebenen Auflassungserklärung kann nur dem Vertreter oder dem anderen Teile gegenüber wirksam erklärt werden. Die nur dem Gerichte gegenüber erklärte Genehmigung ist zur Wirksamkeit der Auflassung nicht genügend, da das Gericht zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Parteien regelmäßig weder berufen noch befugt ist.

§ 184. **RG.** 28. 2. 07, **65** 245 ff. Die Rückwirkung der Genehmigung erstreckt sich nicht auch auf den Beginn der Verjährungsfrist. AM. Staudinger I zu § 184 Nr. 3 Abs. 1.

§ 185. I. 1. *Simon, Rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. § 185 ist auf die Einigung anzuwenden, da sie ja bereits für sich selbständige Verfügung ist, und zwar auch auf die nicht bindende Immobiliareinigung, die ja ebenfalls — wenn auch wegen Formlosigkeit unwirksame — Verfügung ist (s. zu § 873). Bezüglich der Rückwirkung der Genehmigung s. oben Ziff. 1 zu § 177. Analog § 178 ist auch im Falle des § 185 Abs. 2 ein Widerrufsrecht zu gewähren; denn das getäuschte Vertrauen auf das Verfügungsrecht verdient es ebenso, wie das getäuschte Vertrauen auf die Vertretungsmacht. — § 185 Abs. 2 letzter Satz erleidet durch § 873 Abs. 2 insofern eine Abänderung, als, wenn die frühere Einigung eine formlose, nicht bindende Immobiliareinigung, die spätere aber eine bindende war, die spätere wirksam (s. zu § 873) wird.

2. Abs. 2 Satz 1. *Siber, Passivlegitimation 245 Anm. 1. Es ist zu erwägen, ob Konvaleszenz im Falle der Beerbung nicht auch dann anzunehmen ist, wenn der Erbe zwar nicht unbeschränkt haftet, aber der Nachlaß auch nicht überschuldet ist.

II. OLG. **15** 327 (KG.). Abs. 2 ist nicht auf die Kündigung zu beziehen. Ebenso Planck u. Staudinger, vgl. aber auch JDR. **1** Ziff. 3.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

Literatur: Rudorff, Ist § 193 auf Verjährungsfristen anwendbar? AcivPr. **102** 405—408. — Scherling, Auf welche Fristen findet § 193 BGB. Anwendung? GruchotsBeitr. **51** 129—142.

§ 193. I. 1. Scherling, GruchotsBeitr. **51** 129 ff. Besteht eine Rechtspflicht zur Abgabe einer Willenserklärung oder zur Bewirkung einer Leistung und ist innerhalb einer Frist die Willenserklärung abzugeben oder die Leistung zu bewirken, so findet auf diese Frist § 193 Anwendung. — Ist dagegen die Ausübung eines Rechtes, einer Befugnis, zu deren Ausübung eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken ist, an eine Frist geknüpft, so findet § 193 auf diese Frist keine Anwendung (137). — § 193 findet keine Anwendung auf die Ausschlußfristen der §§ 124, 210, 212, 215, 801, 1339, 1571, 1594, 1944, 1954, 1996 Abs. 2, 2082, 2283, 2340; auf die Verjährungsfristen; auf die Kündigungsfristen (§§ 565, 621 ff., 609); auf die Gewährfristen beim Viehmangel; auf die Fälle der §§ 108, 148, 177, 415, 496, 503 Satz 2, 510 Abs. 2, 516, 974, 976, 980, 1003, 1056, 1396, 2307 BGB. — Anwendung findet § 193: auf die Anzeigefrist des § 485; auf die Räumungsfristen des Art. 93 EGBGB.; auf die Fälle der §§ 250, 264, 283, 325, 326, 354, 542, 634, 643, 910, 1133, 1220, 2193 BGB.; auf die richterlichen Fristen der §§ 1052, 1994, 2151, 2153—2155, 2193 Abs. 3, 2198, 2202 BGB.; auf die in Rechtsgeschäften bestimmten Fristen, innerhalb deren eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken ist (140).

2. Scherling, GruchotsBeitr. **51** 140 f. Soweit im BGB. bestimmte Fristen, die auch den Vorschriften der ZPO. und dem RFGG. unterstehen, unter § 193 fallen, sind die Bestimmungen der ZPO. und des RFGG. ohne Einfluß. — Die Fristen für die Zulässigkeit von Aufgeboten werden durch § 193 nicht verlängert. Durch die nach der ZPO. (§§ 963, 980, 985 f.) vom Richter zu bewirkende Prüfung wird hingegen nicht bewirkt, daß die Dauer und das Ende der Frist nach § 22 Abs. 2 ZPO. berechnet wird (141).

3. Rudorff, AcivPr. **102** 405 ff., wendet sich gegen **RG.** BayRpflZ. **06** 123 (JDR. **5** Ziff. II 1). ➠ Hier muß es heißen: Für Anwendbarkeit des § 193 auf Verjährungsfristen: FrankfRundsch. **40** 170 (Frankfurt). AM. jedoch Planck (3) I 335. ⟵ § 193 ist auch auf Verjährungsfristen anwendbar. Aus der Entstehungsgeschichte und den Motiven des Gesetzes ergibt sich ohne Zweifel, daß man die spezielle Vorschrift über die Leistungszeit verallgemeinern wollte, und es widerspricht dieser Absicht, wenn man die Ausdrücke des § 193 „Leistungen" und „Willenserklärungen" pressen will, während der Titel von vornherein nicht nur von Fristen in jenem engeren Sinne, insbesondere also auch von solchen, in welchen „ein Recht ausgeübt werden soll", sondern von Fristen im weiteren Sinne, „in welchem sie jeden abgesprengten Zeitraum bezeichnen" (Mot. z. I. Entw.), handeln sollte. Wenn man aber den Ausdruck „Willenserklärungen" auch nur in jenem engeren Sinne auffaßt, hat man die Verjährungsfrist als einen Zeitraum anzusehen, „innerhalb dessen eine Handlung vorgenommen, im besonderen ein Recht ausgeübt" (Mot. z. I. Entw.), mit anderen Worten eine Willenserklärung abgegeben werden soll; denn Rechtshandlungen sind nur Willenserklärungen.

II. 1. **RG.** JW. **07** 705. § 193 ist auch auf eine vertraglich festgesetzte Kündigungsfrist anwendbar. So auch VerG. HansGZ. **07** Beibl. 247 (Hamburg), SeuffBl. **07** 1061, AM. PosMSchr. **07** 125 (Posen).

2. OLG. **15** 319, BankA. **7** 94, SächsOLG. **29** 69 (Dresden). § 193 auf Ver-

jährungsfristen nicht anwendbar. AM. Rehbein, BGB. II 1 zu §§ 194 ff., Staudinger Anm. 5 zu § 195.

3. SeuffBl. **08** 60, OLG. **15** 396, HansGZ. **07** Beibl. 260 ff. (Hamburg). § 193 ist auf die zweijährige Verjährungsfrist des Anspruchs aus § 1300 nicht anwendbar. Ebenso **RG.** JDR. **5** Ziff. II 1.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Vorbemerkung; Von theoretischen Ausführungen sind besonders hervorzuheben die Selbstberichte von Siber über Anspruchskonkurrenz (Ziff. 5 zu § 194) und von ten Hompel über Naturalrechte (Ziff. I 2 zu § 222). Neben Hölder wendet sich jetzt auch Stölzel gegen die ungesunde Entscheidung des RG. **62** 178 ff. (Ziff I b zu § 196). Die Praxis hatte sich wieder häufig mit dem Begriffe des Gewerbebetriebs zu beschäftigen. Von besonderer Bedeutung sind die Urteile des RG. über die Frage inwieweit die Erhebung einer Teilklage die Verjährung des ganzen Anspruchs beeinflußt.

Literatur: Freymuth, Die Verjährung der Forderungen der Bauunternehmer, JW. **07** 659—661. — Hölder, Zwei Verjährungsfragen, LeipzZ. **07** 449—454 und 529—538. — Schneider, Über die Beseitigung der Wirkung vollendeter Verjährung durch Anerkenntnis, JheringsJ. **51** 25—38. — Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz. Leipzig 1907. — Stölzel, Unterliegt bei noch rückständiger Warenlieferung die Kaufpreisforderung der kurzen Verjährung? R. **07** 1425—1439, 1499—1506. — ten Hompel, Der Verständigungszweck im Recht, Berlin 1908. — Wolff, Verjährung von Alimenten, JW. **07** 67—68

§§ 194 ff. RG. JW. **07** 44. Die Vorschriften der §§ 194 ff. beziehen sich nur auf solche Ansprüche, die nach den Vorschriften des BGB., nicht nach denen früherer Gesetze, begründet sind.

§ 194. 1. Hölder, LeipzZ. **07** 531. Die Geltendmachung der Verjährung ist zwar nicht die Behauptung einer bestimmten Tatsache, aber doch eine Behauptung nicht nur eines rechtlichen, sondern auch eines tatsächlichen Verhältnisses. — Diese Behauptung ist nichts anderes als eine Verneinung eines für die Eigenschaft des Anspruchs als eines noch nicht verjährten erforderlichen tatsächlichen Verhältnisses. Aber sie ist eine Verneinung nicht eines solchen tatsächlichen Verhältnisses, von dem es abhängt, daß der Anspruch entstanden ist, sondern eines solchen, von dem es abhängt, daß er noch besteht.

2. Verjährung bei Abzahlungsgeschäften. Kraus, Bay. RpflZ. **07** 411 f. In den Fällen, in welchen von Anfang an bestimmt ist, daß eine Forderung in Teilbeträgen getilgt werden soll, entsteht mit dem Fälligwerden des einzelnen Teilbetrags ein Anspruch auf Leistung desselben und ist daher auch die Voraussetzung des Beginns der Verjährung gegeben. Trifft, was regelmäßig der Fall ist, die Bestimmung des § 201 zu, so beginnt mit dem Schlusse jeden Jahres die Verjährung derjenigen Raten, welche im Laufe des Jahres fällig, aber nicht bezahlt worden sind, oder die Verjährung des ganzen Kaufpreises, wenn dieser infolge der im Vertrage getroffenen, dem Gesetze vom 16. Mai 1894 nicht zuwiderlaufenden Bestimmung wegen Nichteinhaltung der Ratenzahlung fällig geworden ist. Werden im letzteren Falle nachträglich wieder Raten bewilligt und geleistet, so tritt Hemmung und Unterbrechung der Verjährung bezüglich des ganzen noch ausstehenden Betrags gemäß §§ 202 und 208 ein.

3. *Hölder, JheringsJ. **51** 357. Einen Unterlassungsanspruch begründet die Unterlassungspflicht als fällige, eine Unterlassungsklage unabhängig von ihrer Fälligkeit teils kraft besonderer Bestimmung, teils nach § 256 ZPO. durch die Existenz eines rechtlichen Interesses an ihrer alsbaldigen Feststellung.

4. Beweislast bei Verjährung und Präklusivfristen. Hölder, LeipzZ. **07** 537. Bezüglich der Beweislast besteht ein Unterschied zwischen

der Verjährung und den Präklusivfristen. Bei jener handelt es sich um ein Recht, das auf Grund seiner Entstehung als bestehend gilt, bis es sich als untergegangen ergibt. Wenn der Schuldner von vornherein nicht sicher ist, ob er wird leisten müssen, so muß er doch auf diese Notwendigkeit als eine solche gefaßt sein, die voraussichtlich eintreten wird, da nicht die unterbleibende, sondern die erfolgende Geltendmachung seines Rechtes das vom Gläubiger zu erwartende Verhalten ist. Will er durch die Länge der seit der Entstehung des Anspruchs verflossenen Zeit der Zahlung enthoben sein, so muß er den Grund seiner Befreiung geltend machen. Wo dagegen nur auf bestimmte Zeit die Möglichkeit einer rechtswirksamen Handlung besteht, ohne daß diese die Geltendmachung eines einem anderen gegenüber bestehenden Rechtes ist, da bedarf es zum Beweis ihrer Wirksamkeit des Beweises ihrer rechtzeitigen Vollziehung.

5. Anspruchskonkurrenz. *Siber, Passivlegitimation. Wo wegen Identität des Leistungsgegenstandes Konkurrenz in Frage kommt, ist, wenn auch die sonstigen Individualisierungsmerkmale keine Verschiedenheit ergeben, einziges Kriterium der Konkurrenz die Verschiedenheit der Entstehungsgründe. — Mehrere Entstehungsgründe liegen aber nur vor, wenn sich ein Tatbestand in mehrere selbständige Vorgänge zerlegen läßt, deren jeder für sich allein zur Erzeugung eines Anspruchs ausreicht, z. B. Hingabe eines Darlehens und vertragsmäßige Anerkennung der Darlehnsschuld; nicht, wenn nur ein und dasselbe Tatbestandsmoment das eine Mal mit dem einen, das andere Mal mit dem anderen Momente zusammen betrachtet werden kann; solche zweimalige Betrachtung ergibt nicht einen zweifachen Tatbestand, wenn sie nicht unzulässigerweise das beide Male in Betracht gezogene, aber nur einmal vorhandene Moment als zweimal vorhanden annimmt. Z. B. besteht die Vermietung und Besitzüberlassung an den Mieter durch den Eigentümer nicht aus zwei selbständigen, zur Erzeugung eines Rückgabeanspruchs aus Eigentum und eines weiteren aus Mietvertrag geeigneten Tatbeständen, weil weder die Vermietung, noch das Eigentum für sich allein einen Rückgabeanspruch erzeugt, sondern beide nur in Verbindung mit dem Besitzerwerbe des Gegners. Der Anschein zweier Tatbestände entsteht hier nur dadurch, daß man einen und denselben Vorgang, die Besitzüberlassung, einmal in Verbindung mit dem Mietvertrage, das andere Mal in Verbindung mit dem Eigentume betrachtet; durch zweimalige Betrachtung erlangt aber der einmalige Vorgang der Besitzüberlassung nicht die Doppelexistenz, die erforderlich wäre, um darin einen Teil zweier anspruchbegründender Vorgänge finden zu können. — Wenn aus jener doppelten Betrachtung auf einen doppelten Entstehungsgrund geschlossen wird, so beruht das auf Verwechselung des prozessualen Klagegrundes, der ein behaupteter Vorgang ist, mit dem Entstehungsgrunde des materiellen Anspruchs, der nur ein wirklicher Vorgang sein kann. Daraus, daß der Kläger nach der Verhandlungsmaxime und dem Beweislastprinzipe mit einem behaupteten materiellen Anspruche durchdringen kann, folgt natürlich nicht, daß dieser wirklich besteht. Nur auf der Verhandlungsmaxime beruht aber z. B. der Schein einer Konkurrenz des Vindikationsanspruchs mit dem publizianischen nach gemeinem, mit den Fahrnisansprüchen des § 1007 nach heutigem Rechte. Hat der klagende Eigentümer den Besitz an den beklagten Besitzer verloren, so ist der anspruchserzeugende Vorgang Besitzverlust des Eigentümers an den gegenwärtigen Besitzer; es haben nicht zwei anspruchserzeugende Vorgänge stattgefunden, erstens Besitzerwerb des Beklagten als Nichteigentümers an einer Sache des Klägers als Eigentümers, und zweitens Besitzverlust des Klägers als des früheren an den Beklagten als jetzigen Besitzer; denn der Besitz ist dem Kläger nicht zweimal verloren, vom Beklagten nicht zweimal erworben. Wenn freilich der Kläger sein Eigentum verschweigt und sich auf früheren Besitz stützt, so ist im Prozesse das Eigentum zu

ignorieren und deshalb nicht der wirkliche, den Eigentumsanspruch erzeugende, sondern der behauptete, dem wahren Sachstande gegenüber unvollständige und deshalb unwirkliche, den Anspruch des § 1007 begründende Tatbestand als wahr zu unterstellen. Der Kläger hat hier auch nie zu gewärtigen, daß das von ihm selbst unterdrückte Tatbestandsmoment, sein Eigentum, vom Beklagten geltend gemacht werde, weil natürlich der Beklagte niemals behaupten wird: der Kläger habe ein noch besseres Recht, als er sich selbst beilege. — Haben darum nicht zwei selbständige, je für sich allein zur Anspruchserzeugung ausreichende Vorgänge stattgefunden, sondern nur ein dazu geeigneter Vorgang in Verbindung mit anderen, für sich allein dazu nicht ausreichenden Tatbestandsmomenten, so ist nur ein Anspruch entstanden, und die letzteren Momente sind höchstens der Torso eines anspruchserzeugenden Vorganges, daher für den Charakter des wirklich entstandenen Anspruchs belanglos. Werden sie im Prozesse trotzdem behauptet, so werden damit nicht zwei konkurrierende Ansprüche, sondern es wird nur eventuell für den Fall, daß der zunächst geltend gemachte nicht zu erweisen sein sollte, ein anderer Anspruch geltend gemacht. Z. B. Vermietung und Besitzüberlassung an den Mieter durch den Eigentümer erzeugt nur den Rückgabeanspruch aus Mietvertrag, für den das Eigentum des Mieters belanglos ist. Der gleiche Tatbestand erzeugt, wenn der Mietvertrag nicht geschlossen oder nichtig ist, nur den Eigentumsanspruch, für den die Mietverhandlungen belanglos sind. Behauptet der Kläger zur Begründung der Rückforderungsklage sowohl die Vermietung, wie sein Eigentum und seinen früheren Besitz, so macht er nicht drei konkurrierende Ansprüche, sondern nur für den Fall der Unerweislichkeit des einen noch zwei Eventualansprüche geltend; meist in erster Linie den aus Mietvertrag, in zweiter den aus Eigentum, in letzter den aus früherem Besitze (221 ff., 235 f.). — Nach dem BGB. ist nicht nur die sekundäre Richtung des Vindikationsanspruchs auf Ersatz wegen Fahrlässigkeit ausgedehnt worden (228 f.), sondern es ist die Koexistenz weitergehender Ansprüche aus allgemeinerem neben minder weitgehenden aus speziellerem Tatbestand überhaupt weggefallen. Die gemeinrechtlichen Koexistenzfälle sind darum gleichfalls zu dem geworden, was die angeblichen Konkurrenzfälle richtiger Ansicht nach schon nach gemeinem Rechte sein müßten, Fälle bloßer Gesetzeskonkurrenz. Leitendes Prinzip ist auch hier nur, daß die Grundsätze über den spezielleren die Anwendung derer über den allgemeineren Tatbestand ausschließen; z. B. ist Beschädigung der fremden Sache durch den besitzenden unentgeltlichen Verwahrer nicht den allgemeinsten Grundsätzen über Beschädigung durch irgendwen (§ 823 Abs. 1), auch nicht den spezielleren über Beschädigung durch irgendeinen Besitzer (§§ 989 f.), sondern nur den speziellsten über Beschädigung durch den unentgeltlichen Verwahrer (§ 690) unterworfen. Daß neben dem Vindikationsanspruch in der sekundären Richtung auf Schadensersatz keine weitergehenden Ersatzansprüche bestehen können, ist zum Überfluß im § 993 Abs. 1 ausdrücklich gesagt (228 ff., 233 ff.).

6. *ten Hompel, Verständigungszweck, bahnt mit der neuen Definition, daß Rechtsgeschäft der Verständigungswille, dem sich Wirkungs- und Erklärungswille unterordnen, eine Vertiefung des Anspruchsbegriffs an. Dem Verständigungswillen entspricht der Verständigungstatbestand in jedem Rechtsgeschäfte. Der Verständigungstatbestand ist der durch Feststellungsklage gesicherte rechtsbegründende Tatbestand und gibt auch dem Leistungsurteile seinen rechtsdeklarierenden oder rechtskonstituierenden Feststellungswert. Vom Verständigungswillen und Verständigungstatbestand hebt sich scharf ab der Rechtsverletzungstatbestand und der Störungswille. Erst der Störungswille und der Rechtsverletzungstatbestand bringt aus dem mit der Verständigung gegebenen Privatrechte den Anspruch auf ein Tun oder Unterlassen gegen den durch die Friedensstörung bestimmten Rechtsverletzer und Störenfried hervor. Der Anspruch geht also nicht gegen jedermann, sondern nur gegen den bestimmt passiv

Legitimierten. Das gilt für das Obligationen- und für das Sachenrecht. Der Satz: Anspruch und Recht fallen bei den obligatorischen Rechtsverhältnissen zusammen, hält vor der neuen Lehre vom Verständigungswillen nicht stand, wird auch keineswegs durch § 241 BGB. gefordert. — Nur die Nichtbefriedigung der fälligen Forderung ist ein rechtsverletzendes Unterlassen und zwar ein schuldhaftes und von da an zinspflichtiges, sobald ein Unterlassen trotz bestimmten Leistungstags oder trotz Mahnung vorliegt (§ 284 BGB.). Dies tritt am deutlichsten in der Bestimmung des § 199 hervor. — Indem das BGB. im § 199 die Verjährung von Forderungsrechten, die noch keinen Anspruch hervorbrachten, als Ausnahme normiert, so ist die allgemeine Regel anerkannt, daß die Forderungsrechte analog den Sachenrechten den Anspruch erst im Stadium ihrer Verletzung hervorbringen und daß vorher lediglich eine anspruchsfreie Forderung, eine obligatio sine re, eine nuda obligatio vorhanden ist, für die das Eintreten der Verjährung eben einer Sonderbestimmung bedarf. Freilich fällt das rechtsverletzende Stadium leichter und öfter mit der Entstehung des Forderungsrechts zusammen, wie mit der Entstehung des Sachenrechts und zwar in demselben Maße, als ein Unterlassen des Geforderten eher gegeben sein wird, als das Tun des zu Unterlassenden. So ist bei allen schon mit ihrer Entstehung ohne Kündigung von vornherein fälligen Forderungen, von vornherein auch der klag- und verjährbare Anspruch vorhanden. Deshalb aber Forderungsrecht und Anspruch zu identifizieren, wäre ebenso verfehlt.

§§ 196 ff. 1. a) R. **07** 445 (KG.). Wird über den Gesamtbetrag einer Rechnung, deren einzelne Posten der kurzen Verjährung unterliegen, ein Schuldschein ausgestellt, in dem der Schuldner erklärt, für die in der Rechnung aufgeführten Waren den Rechnungsbetrag schuldig zu sein, so kommen nicht mehr jene kurzen Verjährungsfristen, sondern es kommt die gewöhnliche 30 jährige Verjährungsfrist des § 195 zur Anwendung. **b)** ZBergr. **48** 393 (PrOVG.). Ersatzansprüche aus § 25 GewUVG. unterliegen weder der kurzen Verjährung nach § 196 Ziff. 11 BGB., noch den Bestimmungen des GewUVG. über die Verjährung der Ansprüche der Entschädigungsberechtigten, sondern der ordentlichen 30 jährigen Verjährung.

2. SächsOVG. **9** 236 ff. Die Bestimmungen des BGB. über abgekürzte Verjährungen kennzeichnen sich als auf ganz bestimmte Ansprüche zugeschnittene Sondervorschriften, deren sinngemäße Ausdehnung auf das eigenartige, dem öffentlichen Rechte angehörige Gebiet der Krankenversicherung ohne eine ausdrückliche Anordnung unzulässig erscheint. Auch kann nicht aus den Vorschriften des § 197 in Verb. mit § 55 KrankVG. eine besondere kurze Verjährung für die Ansprüche auf Rückzahlung irrtümlicherweise oder sonst ohne rechtlichen Grund gezahlter Krankenversicherungsbeiträge konstruiert werden. AM. Hilse, PrVerwBl. **25** 717.

3. **RG.** 8. 3. 07, **65** 268, JW. **07** 244. Nach Unterbrechung der Verjährung beginnt die neue Verjährung für die Ansprüche der §§ 196, 197 sofort nach Beendigung der Unterbrechung, nicht erst am Schlusse des Jahres.

§ 196. I. a) Hölder, LeipzZ. **07** 449 ff., widerlegt nochmals **RG. 62** 178 ff. (JDR. **5** Ziff. I b, jetzt auch SeuffA. **62** 309 ff.) und bringt neue Gründe für die von ihm vertretene Ansicht, daß die kurze Verjährung der Ansprüche des § 196 nicht beginnt, ehe die Leistung erfolgt ist, deren Vergütung durch die Erhebung eines solchen Anspruchs verlangt wird. **b)** Auch *Stölzel, R. **07** 1425 ff., 1499 ff., führt gegenüber dem Satze des **RG. 62** 178 ff., daß die zweijährige Verjährung der Kaufpreisforderung der Kaufleute schon mit Schluß des Jahres der Entstehung der Forderung und nicht erst des Jahres der erfolgten Lieferung beginne, aus, daß nach der Entwickelungsgeschichte, dem Wortlaut und der allein möglichen Ab-

sicht des § 196 eine Kaufpreisforderung bei noch rückständiger Lieferung gar nicht zu den Ansprüchen gehöre, für welche eine zweijährige Verjährung eingeführt sei. Anerkanntermaßen sei die Vorschrift des § 196 eine Nachbildung der analogen Vorschrift des Code und der ihm vielfach gefolgten deutschen Partikulargesetzgebung. Der Gedanke dieser gesamten früheren Gesetzgebung sei, wie im einzelnen an Beispielen aus den Gesetzesworten und der Rechtsprechung nachgewiesen wird, gewesen, daß es sich im Interesse des kaufmännischen und gewerblichen täglichen Geschäftsverkehrs empfehle, gewisse — gleichviel wie hohe — Ansprüche auf rückständige Zahlungen einer abgekürzten Verjährung zu unterwerfen, damit nicht solche Ansprüche in den Geschäftsbüchern bis auf 30 Jahre hin als Schuldposten fortgeführt und solange über sie möglicherweise Prozesse gestattet werden müßten. Die gesamte Buch- und Rechnungsführung der Lieferanten, wie das Gebahren der Lieferungsempfänger beruhe auf diesem Gedanken: kreditierte Posten, nicht bestellte Posten wurden in die Handelsbücher eingetragen; die Rechnungen führten die Lieferungs-, nicht die Bestellungstage auf; sie wurden nach den Jahren der Lieferung, nicht der Bestellung von den Lieferanten, wenn diese sich vor dem Ablaufe der Verjährung sichern wollten, ausgezogen usw. Die früheren einschlagenden Gesetze möchten allerdings deutlicher als das BGB. zum Ausdrucke gebracht haben, daß die kurze Verjährung nur auf Ansprüche für gelieferte Waren, für ausgeführte Arbeiten oder sonstige gewährte Leistungen gelten solle, aber eine Änderung darin habe das BGB. laut seiner Vorverhandlungen nicht vorzunehmen beabsichtigt, wenn es von Ansprüchen „für Lieferung von Waren" oder „für Ausführung von Arbeiten" ꝛc. rede, statt von Ansprüchen für gelieferte Waren oder für ausgeführte Arbeiten. Ein legislativer Grund, die Ansprüche der Lieferungspflichtigen bei wechselweise noch rückständiger Leistung einer abgekürzten Verjährung zu unterwerfen, könne mit dem RG. weder darin gefunden werden, daß es sich im § 196 meist um unbedeutende Geschäfte handle, noch darin, daß es unerträglich sein würde, bis zu 30 Jahren hin Prozesse über derartige wechselweise unrealisiert gelassene Geschäfte zu ermöglichen. Denn käme die häufige Unbedeutendheit der fraglichen Geschäfte als gesetzgeberisches Motiv in Betracht, so hätte das nur dahin führen können, die kurze Verjährung auf Geschäfte bis zu einer gewissen Wertklasse zu beschränken. Und Prozesse bis zum Ablaufe von 30 Jahren können in Wirklichkeit aus Ansprüchen, die beiderseits lange Zeit unrealisiert gelassen sind, nur höchst selten mit dem Erfolg einer Verurteilung des Beklagten zur Leistung Zug um Zug vorkommen, da die bei weitem meisten Geschäfte, namentlich aber solche Geschäfte, wie sie vom Reichsgericht als Beispiele hervorgehoben werden (Bestellung einiger Pfund Zucker, einer Quantität Brot oder Fleisch, eines Paares Stiefel), wenn sie beiderseits eine noch viel kürzere Zeit als zwei Jahre unrealisiert gelassen sind, als nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien aufgelöst zu betrachten sind. Nicht dadurch, daß die beiderseits noch unrealisiert gebliebenen Geschäfte von der kurzen Verjährung ausgeschlossen würden, entstehe für irgend jemanden ein unerträglicher Zustand, wohl aber für alle Kaufleute und Gewerbetreibende dadurch, daß jene Geschäfte der kurzen Verjährung, wie das RG. wolle, unterworfen würden. c) *ten Hompel, Verständigungszweck, bezeichnet die Entscheidung des **RG. 62** 178 ff. als verfehlt: Sie hat ihre tiefste Wurzel in der irrigen Lehre, daß obligatio und Anspruch im Forderungsrechte zusammenfallen und würde in ihrer Konsequenz, wie Stölzel (vgl. o. unter b) treffend betont, zur Abschaffung der kaufmännischen Lieferungsbücher und zur Einführung eines tunlichst von Justitiaren beratenen Vertragsabschlußbuchs führen. Erst die Lieferung macht den Kaufgeldanspruch fällig und erst die Nichterfüllung der fälligen Forderung bringt den Anspruch zur Entstehung. So wird die ungesunde Entscheidung des RG. unmöglich.

II. Ziff. 1. 1. Forderungen der Bauunternehmer (JDR. 5 Ziff. II 1). a) **RG.** VI, 11. 4. 07, **66** 4 ff., JW. **07** 326 unterstellt die Forderungen der Unternehmer von Bauausführungen aus einem Bauentreprisevertrage der kurzen Verjährung aus § 196, wenn der Unternehmer Handwerker ist und in Ausübung seines Gewerbes gehandelt hat. Vgl. dagegen **RG.** JW. **05** 110, JDR. **4** Ziff. I 3 d. **b)** Dagegen hat **RG.** VII, 23. 4. 07, JW. **07** 359 erklärt, daß die Ansprüche aus der Bauentreprise nicht unter die kurze Verjährung fallen. **c)** Hierzu Freymuth, JW. **07** 659 ff. Der Bauunternehmer kann als „Fabrikant" im Sinne Abs. 1 Ziff. 1 jedenfalls nicht in Frage kommen. Als „Handwerker" kann er in Frage kommen, wenn er tatsächlich Handwerker, z. B. Maurermeister, Zimmermeister ist. Als Kaufmann kommt er dann in Frage, wenn er einen größeren Betrieb hat und sich ins Handelsregister hat eintragen lassen. Betraut ein Grundstückseigentümer einen Menschen, der weder Handwerker noch gewerbsmäßiger Bauunternehmer ist, mit dem Baue eines Hauses, so fallen dessen Forderungen nicht unter die kurze, sondern unter die gewöhnliche dreißigjährige Verjährung. Das Bedenken der preußisch-rechtlichen Praxis, daß der Handwerker bei der Bauentreprise etwas unternehme, was nicht in den Rahmen seiner gewöhnlichen Tätigkeit fällt, ist bei dem gewerbsmäßigen „Bauunternehmer" nicht vorhanden, wohl aber für den Handwerker, der als Nichtkaufmann einen Bauvertrag abschließt. Es ist aber nicht angebracht, die verschiedenen Typen der Bauunternehmer unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten. **d) RG.** 14. 3. 07, R. **07** 1130. Es kommt nicht darauf an, wer die Arbeiten ausgeführt hat, sondern, ob der Unternehmer, der den Anspruch erworben hat, ein Handwerker ist. Bei Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmer als Handwerker anzusehen ist, ist von Bedeutung einmal der Umfang der übernommenen Arbeit und sodann, ob der Unternehmer sich selbst als Handwerker bezeichnet und ob er bei Ausführung der Arbeit persönlich mit tätig gewesen ist. **e)** R. **07** 824 (Cassel). Der Anspruch eines Bauunternehmers auf die Vergütung für die Herstellung eines Bauwerkes aus der Zeit vor 1900 unterliegt auch dann nicht der Verjährung des § 196 Ziff. 1, wenn der Bauunternehmer vom 1. Januar 1900 an deshalb als Kaufmann gilt, weil sein Bauunternehmergewerbe einen nach Art und Umfang kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und seine Firma im Handelsregister eingetragen ist (§ 2 HGB.). Vgl. **RG.** JDR. 4 Ziff. I 4.

2. Gewerbebetrieb (JDR. **2** u. **3** Ziff. 1, **4** Ziff. I 3, **5** Ziff. II 3). a) **RG.** 23. 4. 07, JW. **07** 359. Der Begriff des Gewerbebetriebs setzt bei der betreffenden Tätigkeit das Dauernde, Berufsmäßige voraus. Von Miterben, die, um ihre Auseinandersetzung zu einem den Beteiligten möglichst günstigen Ergebnisse zu führen, ein ererbtes Gebäude durch Aufschüttung und andere Arbeiten umgestalten lassen, kann daher nicht angenommen werden, daß ein Gewerbebetrieb des Schuldners vorliegt, für den die Arbeiten geleistet seien. **b)** PosMSchr. **07** 64, SeuffA. **62** 437 (Marienwerder). Wenn eine Stadtgemeinde eine Wasserleitung anlegt, so ist nicht anzunehmen, daß hiermit ein Gewerbe betrieben werde. **c)** HansGZ. **07** Beibl. 91 (Hamburg). Ein Architekt ist kein „Kunstgewerbetreibender" im Sinne der Ziff. 1. Auch die Ziff. 7 kann auf ihn nicht angewendet werden, weil hier an Gewerbetreibende niederer Art gedacht ist. Vgl. JDR. **5** Ziff. II 3 b.

3. Interesseanspruch wegen Nichterfüllung (JDR. **1** Ziff. 1b). a) HansGZ. **07** Beibl. 67 f., OLG. **15** 320 (Hamburg). Ansprüche aus den im § 196 erwähnten Rechtsverhältnissen unterliegen der kurzen Verjährung selbst dann, wenn sich der Anspruch auf Erfüllung wegen Verzugs oder aus anderen Gründen in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung umgewandelt hat. — In diesem Sinne auch **RG. 61** 390 ff., JDR. **5** Ziff. IV a. **b)** SeuffA. **62** 437, PosMSchr. **07** 64 (Marienwerder). Auch der Bereicherungsanspruch unterliegt nach Ziff. 1 der

zweijährigen Verjährung, denn der Wortlaut des Gesetzes „Ansprüche für Ausführung von Arbeiten" beschränkt die Verjährung nicht auf vertragliche Ansprüche.

4. Verjährung bei Abzahlungsgeschäften (vgl. Kraus, oben Ziff. 2 zu § 194). PosMSchr. **07** 48 (LG. Königsberg). Zahlungsansprüche aus einem Abzahlungsgeschäft i. S. des G. v. 16. Mai 1894 unterliegen als Ansprüche aus einem Kaufe der Verjährung aus Ziff. 1.

5. Verjährung des Anspruchs auf Rückgabe der Emballage (JDR. **4** Ziff. I 2, **5** Ziff. II 4). Hagen, LeipzZ. **07** 735. Der Aufwand des Kaufmanns, den er im Interesse des Käufers für die Emballage zu machen hat, und damit die Emballage selbst, ist zu den „Auslagen" zu rechnen. Für den Anspruch des Kaufmanns auf Rückgabe der Emballage läuft die Verjährungsfrist von 2 bzw. 4 Jahren. (Im Resultat ebenso Dernburg, BGB. I 519.)

III. Ziff. 6. **a)** OLG. **14** 375, HansGZ. **07** Hptbl. 213 (Hamburg). Ansprüche des Verkäufers auf die im Getreidehandel übliche Sackmiete verjähren nicht aus Ziff. 6, weil es sich nicht um eigentliche Ansprüche auf Mietzins handelt. Da diese Ansprüche vielmehr als Unterforderungen aus dem der Hergabe der Säcke zugrunde liegenden Kaufverträge aufzufassen sind, fallen sie unter Ziff. 1 (vgl. Wolf, JDR. **4** Ziff. I 2). **b)** Ebenso BreslauAK. **07** 33 (Breslau). Dagegen und gegen Wolf Red. aaO. 34, weil die Vorschriften des § 196 bei ihrem singulären Charakter keine ausdehnende Auslegung vertragen.

IV. Ziff. 11. **a)** **RG.** 8. 11. 06, GruchotsBeitr. **52** 125. Die Ansprüche der Provinzialverbände im früheren Geltungsgebiete des preußischen ALR. auf Ersatz der für Geisteskranke in den Provinzial-Irrenanstalten aufgewendeten Verpflegungskosten unterliegen der kurzen Verjährung. **b)** PrOVG. s. oben §§ 196 ff. Ziff. 1 b.

§ 197. 1. Wolff, JW. **07** 67 f. Alimente sind schon dann „rückständig", wenn sie für die Vergangenheit geschuldet werden, nicht nur dann, wenn sie auch in quali et quanto feststehen (aM. Rehbein, BGB. I 330 unter V 6 b). — Der Anspruch auf die Alimentation eines unehelichen Kindes im ganzen entsteht mit der Geburt des Kindes; der Anspruch auf die einzelnen Leistungen entsteht, da sie bedingt und betagt sind, mit ihrer Fälligkeit. Mit der Fälligkeit jeder einzelnen Alimentenleistung beginnt sonach deren vierjährige Verjährung, natürlich mit der Maßgabe des § 201. Ebenso LG. Berlin I, KGBl. **07** 23 und Goldmann-Lilienthal, BGB. (2) I 239. Vgl. auch JDR. **4** Ziff. 2.

2. **RG.** 29. 1. 07, **65** 129, PrVerwBl. **07** 130. Die nach § 36 Abs. 2 PrEnteignG. vom 11. Juni 1874 von der Entschädigungssumme vom Tage der Enteignung ab geschuldeten Zinsen unterliegen der vierjährigen Verjährung nach § 197.

§ 198. 1. Verhältnis des § 477 zu § 198. **RG.** 28. 2. 07, **65** 245 ff. Die Sonderbestimmung im § 477 besagt nur, daß Gewährleistungsansprüche, vorausgesetzt, daß solche schon entstanden sind, gleichwohl erst von der Übergabe der Kaufsache an in Verjährung treten, andernfalls nach der allgemeinen Bestimmung im § 198 erst in dem späteren Zeitpunkt ihrer Entstehung.

2. Über Beginn der Verjährungsfrist bei einem befristeten Anspruche HessRspr. 8 114 (Darmstadt).

§ 201. **RG.** 8. 3. 07, SeuffBl. **07** 485. Die Vorschrift des § 201 findet auf die nach der Beendigung der Unterbrechung der Verjährung beginnende neue Verjährung (§ 211 Abs. 2) keine Anwendung, da dies sonst hätte im Gesetze zum Ausdrucke gebracht werden müssen. AM. Cosack, BGB. (4) 273. Vgl. auch Frankf. Rundsch. **41** 58 (LG. Frankfurt).

§ 204. *Thiesing, Wirkungen nichtiger Ehen 108, 147. Bei nichtiger Ehe greift die Verjährungshemmung nicht Platz; jedoch hindert die formell noch bestehende Ehe den Beklagten, sich auf die Verjährungseinrede zu stützen wegen § 1329.

§ 208. I. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 714, 723 f. Die einseitige Anerkennung einer Schuld, sofern sie die Verjährung unterbricht, ist kein Rechtsgeschäft, da letztere Wirkung auch ungewollt eintritt, sondern bloße Rechtshandlung und zwar Vorstellungsmitteilung. Jeder Ausdruck der Überzeugung vom Bestehen der Schuld fungiert als Anerkennung im Sinne dieser Norm. So schon Mot. I, 326. Denselben Charakter haben die Fälle der §§ 371 und 1170. Über die Behandlung dieser Anerkennungen 723.

II. **a)** ElsLothJZ. **07** 242 (Colmar). Abschlagszahlungen auf eine im Wechselprozeß unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte des Schuldners im ordentlichen Verfahren zugesprochene Urteilssumme, die dem Beklagten durch Androhung der Zwangsvollstreckung abgenötigt worden, sind zur Unterbrechung der Verjährung nicht geeignet und können ihm als Verzicht auf die Verjährung im ordentlichen Verfahren nicht entgegengehalten werden. **b)** Über die Erfordernisse der Unterbrechung der Verjährung OLG. Colmar, PucheltsZ. **07** 38 ff.

§ 209. 1. Erhebung einer Teilklage (JDR. **1, 2, 3** Ziff. 1). **a) RG.** 25. 3. 07, **65** 398, JW. **07** 302. Die Erhebung einer Teilklage unterbricht die Verjährung des Anspruchs auch dann nicht über den rechtshängig gewordenen Teil hinaus, wenn später in demselben Rechtsstreite — nach Ablauf der Verjährung — der Klagantrag erweitert wird, nachdem bereits gelegentlich der vor Ablauf der Verjährungsfrist vorgenommenen Klagebegründung der Anspruch in seinem ganzen Umfange dargelegt und die Geltendmachung des Rechtes vorbehalten war. Gegen Rehbein, BGB. I 319 (vgl. auch JDR. **1** und **3** Ziff. 1). Ebenso **RG.** 10. 10. 07, JW. **07** 739. **b) RG.** 8. 4. 07, R. **07** 1130. Die Frage, ob die Erhebung einer Teilklage genügt, die Verjährung wegen des ganzen Anspruchs zu unterbrechen, ist schlechthin zu verneinen. **c)** R. **07** 53 (Cöln). Wird im Laufe eines Prozesses ein Klagantrag in zulässiger Weise erweitert, so kommt für die Frage, ob rechtzeitig die Verjährung unterbrochen ist, auch für den erweiterten Klagantrag der Zeitpunkt der Erhebung der ursprünglichen Klage in Betracht.

2. SächsOLG. **28** 377. Die Verjährung wird nicht unterbrochen durch den Antrag auf Abweisung einer vom angeblichen Schuldner erhobenen negativen Feststellungsklage. Vgl. auch **RG. 60** 391.

3. Ziff. 4. **a) RG.** 1. 5. 07, Holdheims MSchr. **07** 166/167, HansGZ. **07** Hptbl. 188, SeuffA. **63** 51. Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs gegen den Reeder eines Schiffes, welches mittelbar dadurch einen Schaden angerichtet hat, daß es schuldvoll ein anderes Schiff in eine schadenstiftende Lage gebracht hat, wird durch die Streitverkündung unterbrochen, die seitens des Beschädigten in dem zuerst gegen den Reeder des anderen Schiffes angestrengten Schadensersatzprozesse dem Reeder des erstgedachten Schiffes gegenüber erfolgt ist; denn es genügt diejenige Abhängigkeit des später zu erhebenden Anspruchs von dem Ausgange des Vorprozesses, welche § 72 ZPO. für die Streitverkündung vorsieht. Vgl. auch **RG. 58** 76 ff., JDR. **3** Ziff. 3 a. **b)** KGBl. **07** 43 (KG.) wie **RG.** JDR. **3** Ziff. 3 a.

§ 211. **a)** OLG. **15** 320 (Hamburg). Abs. 2 kommt dann nicht zur Anwendung, wenn der Stillstand des Prozesses nicht sowohl auf das Verhalten der Parteien als darauf ursächlich zurückzuführen ist, daß das Gericht, obwohl es von Amts wegen dazu berufen, für den Fortgang des Prozesses zu sorgen, diesen seinerseits nicht weiter beitreibt. **b) RG.** SeuffBl. **07** 485, s. oben zu § 201.

§§ 211, 212. **RG. 66** 12 ff. Die Einschränkung eines bisher gestellten Klagantrags — Ersetzung einer allgemein gehaltenen Feststellungsklage durch einen bestimmt begrenzten Leistungsantrag — kann einen teilweisen Verzicht auf den Anspruch, sie kann auch eine teilweise Zurücknahme der Klage bedeuten, auch kann hiermit lediglich ein Stillstand in der prozessualen Verfolgung, ein Nichtbetreiben des Rechtsstreits gewollt sein. Im letzteren Falle findet nicht § 212, sondern § 211 Abs. 2 Anwendung.

§ 212. I. 1. Zitelmann, Festschrift für Bekker 167 gegen Hellwig, DJZ. **03** 285 (JDR. **2** zu § 212). Die Sondervorschrift des Abs. 2 ist absichtlich auf den einen besonders gearteten Fall der Verjährungsunterbrechung beschränkt worden; sie ist auf die Fälle der Klage auf Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft (§§ 271 f. HGB.), oder Genossenschaft (G. v. 5. Januar 1889 § 51), oder auf Anfechtung einer Entmündigung (ZPO. §§ 664, 684), oder eines Ausschlußurteils (ZPO. § 957), insbesondere einer Todeserklärung (ZPO. § 976), oder einer Kraftloserklärung einer Urkunde (ZPO. § 1017), oder auf die zahlreichen sonstigen Klagen, durch die in irgendeiner Weise eine Aufhebung, eine Nichtigkeitserklärung, eine Scheidung, Auflösung und dgl. begehrt wird, nicht anwendbar.

2. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 11. Der Abs. 2 enthält keine Rückwirkung. Die Unterbrechung der Verjährung dauert fort unter der Bedingung der fristgemäßen Wiederholung der Klage. Sonach behält im Falle des § 941 Satz 2 der abgewiesene Eigentümer das Eigentum unter der Bedingung, daß er die Klage nicht fristgemäß (§ 212 Abs. 2) wiederholt. Tut er es nicht, so verliert er es mit dem Ablaufe der Frist, dann aber mit Rückwirkung.

II. **RG.** 10. 10. 07, **66** 365 ff. Auch durch Klagerhebung bei einem unzuständigen Gerichte gilt die Verjährung mindestens so lange als unterbrochen, als die Klage nicht wegen dieser Unzuständigkeit abgewiesen ist. Vgl. Hellwig, JDR. **2** zu § 212. Ebenso unterbricht nach OLG. **15** 321 (KG.) auch die Zustellung eines von einem unzuständigen Gericht erlassenen Zahlungsbefehls die Verjährung.

§ 215. Abs. 2. R. **07** 307 (Stettin). Die Bedingung für die Endgültigkeit der Verjährungsunterbrechung durch Streitverkündung, die Abs. 2 aufstellt, wird in entsprechender Anwendung des § 209 Abs. 2 Nr. 1 auch durch Zustellung eines Zahlungsbefehls erfüllt.

§ 218. **RG.** 15. 4. 07, **66** 10 ff., PuchteltsZ. **07** 323, RheinA. **104** II 269. Ist über einen dem Grunde und Betrage nach streitigen Anspruch lediglich ein Zwischenurteil gemäß § 304 ZPO. ergangen, so liegt ein rechtskräftig festgestellter Anspruch im Sinne des § 218 BGB. noch nicht vor. Vgl. JDR. **5** Ziff. 1.

§ 222. I. 1. Schneider, JheringsJ. **51** 27 ff. Der durch die Verjährung zur Leistungsverweigerung Berechtigte soll nur diese Leistung weigern dürfen; die von ihm daneben zugestandene Befriedigung aus besonders übertragenen Rechten bleibt durchführbar oder findet als nachträgliche Sicherheitsleistung in dem verjährten Anspruch einen ausreichenden Stützpunkt. Das wird auch, trotzdem § 768 seinem Wortlaute nach entgegenzustehen scheint, bei einer Sicherheitsleistung durch Gestellung eines Bürgen gelten müssen. — Das Bestehenbleiben des verjährten Anspruchs bewirkt es, daß das Versprechen, trotz der Verjährung die Leistung machen zu wollen, ein bestehendes Schuldverhältnis anerkennt, also nicht unter § 780, sondern § 781 BGB. fällt, so daß die etwaige „Befreiung" davon nach § 812 Abs. 2 (§ 821) möglich bleibt (28). — Abs. 1 gibt daher im Grunde nur ein Recht, der gerichtlichen Durchführung des verjährten Anspruchs widersprechen zu dürfen, möchte diese durch Klage, durch Aufrechnung im Prozeß oder durch Beschaffung eines vollstreckbaren Titels geschehen. Die außergerichtliche Benutzung dieses Rechtes berührt, ebensowenig wie die Verjährung selbst, den „verjährten" Anspruch, hemmt z. B. auch nicht den Lauf von Verzugszinsen, wenn die Verjährung nicht später im Prozeß eingewandt wird.

2. Über Naturalrechte. *ten Hompel, Verständigungszweck. Die Anspruchsverjährung nimmt dem Forderungsrecht, ebenso wie dem Eigentums-, Familien- und Erbrechte, nur die Erzwingbarkeit, die Klagbarkeit. Die Verweigerung der Leistung wird nach Ablauf des vom Gesetze für ausreichend befundenen Zeitraums nicht mehr als rechtsverletzende Tatsache angesehen und zwar ebensowenig,

wie die Weigerung der Eigentums- und Erbschaftsherausgabe, bei verjährtem Vindikations- und Petitionsanspruche. Hier wie dort aber bleibt das nudum jus, das jus sine re übrig. Es bleibt übrig als dominium sine re a) geeignet zur Begründung des Herausgabeanspruchs gegen jeden mangels Rechtsnachfolge nicht in die Verjährungseinrede eingetretenen Besitzer, b) geeignet zur Verweigerung der Herausgabe der trotz Anspruchsverjährung zurückerlangten Sachen. Das jus sine re bleibt übrig als obligatio sine re nach § 222 BGB. ganz gleichartig dem dominium sine re, a) geeignet zur Rückgabeverweigerung des trotz Anspruchsverjährung auf die nuda obligatio Geleisteten, „auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung geleistet worden ist", und b) geeignet zur Grundlage eines vertragsmäßigen Anerkenntnisses, sowie einer Sicherheitsleistung. Die Naturalobligation scheint in ihrem Hauptfalle nichts anderes zu sein, als das Forderungsrecht vor Eintritt oder nach Verjährung des rechtsverletzenden Tatbestandes: Die nuda obligatio sine re, das nudum jus, des Obligationsrechts. (Vgl. oben Ziff. 6 zu § 194.)

II. a) Gegen **RG. 64** 221 (JDR. **5** Ziff. II 2) Simonson, DJZ. **07** 1366. Hat der Anspruchsgegner durch sein Treu und Glauben verletzendes Verhalten die Unterbrechung der Verjährung, wenn auch nicht bewußt, verhindert, so hat er auch die von ihm nicht vorausgesehenen Folgen seines Verhaltens zu tragen. **b) RG.** 21. 9. 07, R. **07** 1528. Ist der Gläubiger durch die von ihm ausdrücklich oder stillschweigend angenommenen Versprechen eines Schuldners, „er solle durch das Liegenlassen des Wechsels nichts verlieren", „er solle später mit der Bezahlung herankommen", veranlaßt worden, von der rechtzeitigen Klagerhebung abzusehen, so kann der von dem Schuldner erhobenen Einrede der Verjährung die Replik der Arglist unter der Voraussetzung entgegengesetzt werden, daß der Schuldner bei Abgabe der Versprechen das Bewußtsein hatte, dadurch werde möglicherweise eine Unterbrechung der Verjährung verhindert. **c)** S. a. u. zu § 242 Ziff. 3 b.

III. Abs. 2. Genügt auch formloses, vertragsmäßiges Anerkenntnis? (JDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 1, **5** Ziff. II 1). **a)** Schneider, JheringsJ. **51** 25 ff., verneint diese Frage im Gegensatze besonders zu Regelsberger, JDR. **1** Ziff. 3; es spreche für die Wirkungslosigkeit bloßer Anerkennung schon genügend eine Vergleichung von § 208 und § 222. Es sei aber für diese Ansicht auch der § 225 geltend zu machen, der sich auch auf die vollendete Verjährung miterstrecke [32] (s. unten Ziff. 1 zu § 225). **b)** Auch OLG. **15** 323 (Breslau) verlangt für das vertragsmäßige Anerkenntnis Schriftlichkeit. **c)** HessRspr. **8** 12 (LG. Mainz). In einem formlosen, in Kenntnis der Verjährungsvorschriften abgegebenen Anerkenntnisse kann ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung zu erblicken sein.

IV. a) R. **07** 53 (Stettin). Die eigene Abrechnung einer bereits verjährten Gegenforderung auf die Klageforderung im Prozesse hindert den Kläger nicht, gegenüber der eventuell auf Grund dieser Gegenforderung erhobenen Widerklage die Verjährungseinrede noch geltend zu machen, z. B. in der Berufungsinstanz nach Abweisung des Klaganspruchs und Zubilligung des Widerklaganspruchs. Die Anerkennung ist keine rechtsgeschäftliche und jedenfalls nur eine bedingte, was nach Abs. 2 nicht genügt. **b)** Wie OLG. Breslau, JDR. **5** Ziff. II 3, ElsLothJZ. **07** 242 (Colmar).

§ 223. OLG. **15** 322 (Breslau). § 223 findet nur auf ein vertragsmäßig bestelltes Pfandrecht Anwendung.

§ 224. Verjährung von Frachtzuschlägen (JDR. **2** u. **5**). **RG.** 14. 11. 06, **64** 284, EisenbE. **23** 296, DJZ. **07** 185 wendet sich sowohl gegen die Ansicht Reindls, daß die dreißigjährige, wie gegen die Egers, DJZ. **03** 123, daß die einjährige Verjährung zufolge § 470 HGB. Platz greife. Unhaltbar sei die Auffassung, welche den Frachtzuschlag nicht als Fracht im Sinne der Verjährungsfristen

gelten lassen wolle, er verjähre vielmehr nach § 196 in zwei Jahren. (Vgl. auch JDR. **5** Ziff. 2 b, c u. d zu § 470 HGB.)

§ 225. 1. Schneider, JheringsJ. **51** 30. „Verjährung" bezeichnet nach dem Sprachgebrauche des BGB. nicht nur die laufende, herannahende Verjährung, sondern auch die herangekommene, vollendete, und nichts hindert unter „Verjährung" im Sinne des § 225 beide, die laufende und die vollendete Verjährung zu verstehen.

2. **RG.** R. **07** 1528. Es ist nicht unzulässig, den Beginn der Verjährungsfrist durch Parteivereinbarung auf einen früheren Zeitpunkt zu verlegen.

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

Literatur: Schindler: Über das Schikaneverbot nach früherem und modernem Rechte, insbesondere nach dem Rechte des BGB. Greifswald 1907 (Diss.).

§ 226. I. 1. Über das Verhältnis des § 226 zu § 826. (JDR. **1** Ziff. 1 a, **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 2, **4** u. **5** Ziff. 1 zu § 826), Schindler 35: Der große Gegensatz dieser beiden Paragraphen liegt darin, daß § 826 nur den Schadensersatz betrifft; er läßt sich nur anwenden bei vollendeter Schikane. § 226 gibt auch eine Klage auf Unterlassung der Beeinträchtigung sodaß er dazu benutzt werden kann, die chikanöse Handlung nicht erst entstehen zu lassen — während bei § 826 gerade das Bestehen Voraussetzung ist.

2. Stammler, VerwA. **15** 52. § 226 enthält eine positive Satzung nur für das Gebiet des bürgerlichen Reichsrechts; er greift nicht ohne weiteres im Landesprivatrecht oder im Verwaltungsrechte Platz.

II. a) **RG.** R. **07** 1062. Für eine Anwendung des § 226 ist nur dann Raum, wenn ein wirkliches Recht in Frage steht. Ist jemand an einem im Grundbuch eingetragenen Veräußerungsverbote nur mehr formell beteiligt, steht ihm also ein begründetes materielles Recht zur Verweigerung seiner Mitwirkung an den behufs Löschung der Eintragung erforderlichen grundbuchmäßigen Erklärungen nicht zu, so ist er zu dieser Mitwirkung ohne weiteres verpflichtet. **b) RG.** JDR. **5** Ziff. II 2 jetzt auch GruchotsBeitr. **51** 820 ff.

§ 227. a) BraunschwZ. **07** 130 (Braunschw.). Für den Begriff des „erforderlich" ist nicht zu verlangen, daß die angewendete Art der Verteidigung bei objektiver Prüfung sich als das in diesem Falle allein angebrachte oder zweckmäßigste ergibt; es muß vielmehr für ausreichend gehalten werden, wenn der Angegriffene, sofern ihm überhaupt eine genaue Abwägung der sich ihm darbietenden Mittel zugemutet werden kann, das angewandte Mittel nach Lage der Sache für geeignet halten konnte, wenn er sich so verhalten hat, wie jedermann in gleicher Lage sich voraussichtlich verhalten haben würde (vgl. **RG.** JW. **98** 487). **b)** R. **07** 1314 (Stuttgart). Hat im Verlauf eines tätlichen Streites der Angegriffene seinem Gegner eine Bißwunde in den Finger beigebracht, so ist seine Handlung durch Notwehr jedenfalls dann gerechtfertigt, wenn erweislichermaßen das Zubeißen erfolgt war, nachdem der Finger durch unabsichtliches Handeln in den Mund des Verletzenden geraten war, und die Beschaffenheit der Verletzung auf ein absichtlich heftiges Zubeißen nicht hinweist. — Bei tätlichem Streite dauert die Notwehrlage so lange fort, als infolge des Verhaltens des Angreifers die Zufügung neuer körperlicher Mißhandlung unmittelbar bevorsteht.

§ 228. RheinA. **103** I 221 (Cöln) über die Tötung eines wildernden, aufsichtslos umherlaufenden Hundes im Notstande. Ebenso LG. Lüneburg, JagdRZ. **07** 284 f. Vgl. auch **RG.** (Strafſ.) **36** 230, JDR. **2** Ziff. 5 zu § 227.

Siebenter Abschnitt. Sicherheitsleistung.

§ 233. *Weyl, Kieler Festgabe für Hänel (oben zu § 89 Ziff. 1 **b**) 118 ff., zu EGBGB. Art. 145. Genaueres wegen des Partikularrechts ebenda 104 ff.

§ 238. WürttJ. **19** 134 ff. (Stuttgart). Auf die Sicherheitsleistung durch Bestellung einer Sicherungshypothek ist der § 238 Abs. 1 analog anzuwenden (eingehende Literaturangabe).

Anhang zum Allgemeinen Teile: Beweislast.

1. Beweislast bei Versicherungsverträgen. *Marcuse, Die Erdbebenklausel bei Feuerversicherungsverträgen, LeipzZ. **07** 404 ff. Wird in einem Feuerversicherungsvertrage die Haftbarkeit für Naturereignisse und andere unberechenbare Ereignisse ausgeschlossen oder beschränkt, so trifft die Beweislast für das Vorhandensein eines derartigen Ausschlußgrundes den Versicherer, sofern feststeht, daß der versicherte Gegenstand verbrannt ist.

2. a) **RG.** 18. 1. 07, SeuffBl. **07** 590 ff., SeuffA. **62** 260 ff., GruchotsBeitr. **51** 907. Zur Begründung eines auf vorsätzliche Tötung oder Körperverletzung gegründeten Schadensersatzanspruchs braucht neben der Darlegung, daß die Handlung vorsätzlich geschehen sei, vom Kläger nicht besonders die Behauptung aufgestellt zu werden, daß die Tötung oder Körperverletzung widerrechtlich erfolgt sei. Ein die Widerrechtlichkeit ausschließender besonderer Umstand muß vielmehr vom Beklagten eingewandt werden. Ebenso Betzinger, Beweislast (2) 172, Beckh, Beweislast 212. AM. Leonhard, Beweislast 408 u. **RG.** JW. **06** 745. **b)** OLG. **15** 125 (Braunschweig) über Beweislast bei aufschiebender Bedingung und Befristung (mit umfassenden Literaturangaben). Kläger wird für beweispflichtig erklärt, daß beim Versprechen der Provision ursprünglich keine Zahlungsfrist vereinbart sei (es wird mit § 271 argumentiert). Vgl. dagegen **RG. 57** 48, JDR. **3** Anh. Ziff. 6 b.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Vorbemerkung: Fast mit Bedauern ist diesmal das Fehlen einer Vorgruppe festzustellen, — läßt dies doch erkennen, daß die allgemeinen, das ganze Vertragsrecht berührenden Grundfragen im Berichtsjahre keine sonderliche wissenschaftliche Behandlung erfahren haben. Eine Entschädigung bieten die Ausführungen Wendts, der das alte und doch ewig junge Problem der exceptio doli generalis diesmal ganz eingehend von neuem geprüft hat. Gegen Schneider will er dieser exceptio zu neuem starken Leben verhelfen. (§ 242 Ziff. 1 a) Ob der Versuch gelingen wird? Hiervon abgesehen, sind es eigentlich nur zwei Kapitel, zu denen die Wissenschaft nennenswerte Beiträge geliefert hat. Das eine ist die altberühmte Unmöglichkeitslehre, auf welchem Gebiete zu einer Einigkeit zu gelangen, nunmehr selbst schon als unmöglich bezeichnet werden muß. Dies lassen die Aufzeichnungen der namhaften Schriftsteller zu § 275 wiederum erkennen, — die sich aber, so sehr sie im einzelnen voneinander abweichen, in der Verurteilung der Gestaltung des BGB. einig sind. Das andere Kapitel ist jung und neu und handelt von dem unlängst entdeckten eigenartigen Vinkulationsgeschäft, über das hauptsächlich Breit und Flechtheim geschrieben haben (§ 243). Literarisch behandelt worden ist dann vor allem noch insbesondere von Leonhard und Rieck der § 269. Im übrigen beherrscht die Rechtsprechung durchaus das in Betracht kommende Gebiet mit einer außerordentlichen Fülle einzelner praktisch erheblicher Tatbestände, die im wesentlichen neue Beiträge zu alten Überschriften darstellen. Um aus dem umfangreichen Material einiges herauszugreifen, so sei darauf hingewiesen, daß die Art und Weise, wie das RG. den Schadensersatzanspruch bei anfechtbaren Verträgen begründet und ausgestaltet, weder unbedingte Zustimmung erfährt, noch als durchaus gesicherte und gefestete Praxis bezeichnet werden kann, wie § 249 Ziff. 1 a erkennen läßt. Daß die Fragen des § 254 wie in jedem Berichtsjahre so auch

in diesem den breitesten Raum beanspruchen, versteht sich fast schon von selbst. Sehr wesentliche Gesichtspunkte grundsätzlicher Natur gibt diesmal das RG. für die Verteilung des beiderseitigen Verschuldens (Ziff. 2a, b). In zutreffender Weise verlangt es vom Beschädigten jede nur mögliche Mitwirkung zur Vermeidung und Beseitigung auch im Falle doloser Herbeiführung des Schadens (Ziff. 2d—f). Dagegen erleidet diese Pflicht eine gewisse Begrenzung, wo es sich um die Mitwirkung zur Heilung bei körperlichem Schaden auf operativem Wege handelt. Diese Frage, obwohl schon früher reichlich erörtert, hat wieder sehr eingehende Beachtung erfahren (Ziff. 6). Der Unfallentscheidungen ist wieder Legion. Das RG. neigt immer mehr dazu, die Straßen- und Eisenbahnen, soweit wie möglich, zur Haftung mit heranzuziehen, ohne aber die Anforderungen an die Aufmerksamkeit des Publikums herabzuschrauben. Diese Rechtsprechung verdient alles Lob. Sehr interessant sind auch die Urteile über den Ausschluß des eigenen Verschuldens bei Rettungshandlungen (Ziff. 8 f 3). Auf dem Gebiete des § 273 ist nichts wesentlich Neues entschieden, die alten bewährten Grundsätze einer schon gefestigten Rechtsprechung sind wieder bestätigt worden. Stark zurück gegenüber früheren Berichtsjahren treten diesmal die mannigfaltigen Fragen des § 276. In beachtenswerter Weise behandelt Siber den Haftungsmaßstab für Vorsatz und Fahrlässigkeit, Coermann Art und Maß der im Straßenverkehr erforderlichen Sorgfalt. Auch der allgemeine Rechtssatz des § 276 und das mit ihm verbundene Thema der positiven Vertragsverletzungen sind in Wissenschaft und Praxis erörtert worden (Ziff. 5b); ein reichhaltiges Verzeichnis von Einzelfällen der Haftung der verschiedenen im Verkehrsleben stehenden Personen (Ziff. 6) macht den Beschluß. Wesentlich neue Gesichtspunkte fehlen. Ähnliches gilt von dem ebenfalls räumlich stark eingeschränkten verwandten Gebiet des § 278 Über den Schuldnerverzug handelt Rogowski (Ziff. 1 zu § 284). Aus der Rechtsprechung sei auf die für den Gläubiger wenig trostreiche Entscheidung des OLG. München (§ 286 Ziff. 3a) hingewiesen, die ihm den Ersatz für die ihm durch die Hinterlegung entgangenen Zinsen — wohl mit Recht — versagt.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Zu §§ 241 ff. Auslegung (s. IDR. **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 2). Danz, Die Entwickelung der Auslegung des BGB., R. **07** 15—21, betont, daß die Gesetze gegeben sind, um den wirtschaftlichen Interessen der Menschen gerecht zu werden, daß sie deshalb nach dem wirtschaftlichen Zwecke ausgelegt werden müssen. Die Richtung der „freien Rechtsfindung" beachtet nicht, wie die Entstehung der gesetzlichen Normen vor sich geht, daß der Gesetzgeber immer zunächst fragt, nach welchen Sätzen die Menschen bisher gelebt; welche Leistungen sie sich bisher regelmäßig, gewohnheitsmäßig, verkehrsüblich gemacht haben. Der einzelne Richter hat nicht die Macht, an Stelle dieser im Leben, im Verkehr entstandenen Sätze andere zu setzen, die auf seiner Einschätzung der gegenseitigen Interessen beruhen. Gemäß § 242 hat er auch in denjenigen Fällen, in denen für den konkreten Fall eine Norm zur Entscheidung im Gesetze sich nicht findet, wie der Gesetzgeber nach den Verkehrsübungen zu fragen und die sich aus diesen Gewohnheiten ergebenden Rechtssätze zu fingieren und danach zu entscheiden. Erst wenn er solche Sätze nicht findet, hat er sich aus Rechtsverhältnissen, die ähnliche wirtschaftliche Zwecke verfolgen, Rechtssätze zu bilden, nach denen er seine Entscheidung trifft.

§ 241. 1. *Martin, AcivPr. **102** 444—459. a) Eine „Leistung" wird zu einem Rechtsgute, d. h. zu einem der rechtlichen Beherrschung fähigen „Gegenstand" erst durch die mit einem bestimmten Rechtssubjekte sie verbindenden rechtlichen Beziehungen, mithin erst dann, wenn eine Leistungspflicht und dementsprechend ein Forderungsrecht besteht. — Fehlt es hieran, so ist eine „Leistung" nichts als ein wirtschaftlich wertvoller Faktor. Die von Gierke (Deutsches

Privatrecht I) gewollte „Objektivierung" der Leistungspflicht i. S. der Loslösung derselben als etwas Gegenständlichem vom verpflichteten Subjekt ist daher ein Widerspruch in sich selbst. b) „Sondervermögen", „Sondergut" sind keine rechtlich wertvollen Begriffe. Es genügt daher nicht, verschiedene einer Person gehörige Vermögensmassen als Sondervermögen zu bezeichnen, und die Annahme von Schuldverhältnissen zwischen denselben zu rechtfertigen.

2. *Rogowski 23 ff. Der § 241 bewirkt eine grundsätzliche Gleichstellung der positiven und der Unterlassungsobligationen, die eine Einschränkung nur insoweit findet, als das Gesetz die Unterlassungsobligationen besonders geregelt hat (z. B. §§ 339, 345) oder Bestimmungen der Natur der Sache nach auf letztere keine Anwendung finden können (23 ff.).

3. **RG.** R. **07** 880 Ziff. 1970. Ein im Privatklageverfahren geschlossener gerichtlicher Vergleich, inhalts dessen der Privatangeklagte sich verpflichtet, die Privatklägerin in keiner Weise mehr zu belästigen, begründet einen klagbaren zivilrechtlichen Anspruch der Klägerin gegen Beklagten auf Unterlassung solcher Belästigungen, wenn diese nach dem Verhalten der letzteren zu befürchten sind.

§ 242. Literatur: v Blume, Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen, IheringsJ. **51** 1—24. — Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Rechte oder Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse, ACivPr. **101** 1—417.

1. Die exceptio doli generalis (s. JDR. **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, 2 a, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 1). Anwendungsgebiet. a) Wendt wendet sich im wesentlichen gegen Schneider (vgl. JDR. **1** Ziff. 1, **2** Ziff. 2 a, **4** Ziff. 1). Er untersucht, von der exceptio doli und den Zeugnissen des römischen Rechtes ausgehend, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Beklagter die von ihm geforderte Leistung unter Berufung auf die Unbilligkeit des erhaltenen Anspruchs abzulehnen berechtigt sein könnte. Die exceptio doli hat im 19. Jahrhundert als solche in der Praxis ihre feste Stütze gehabt. Im BGB. ist die gesetzliche Stütze allein der § 242. Es fragt sich, ob die Beurteilung ex fide bona dazu führen kann, den Gläubiger abzuweisen, obwohl Verträge oder andere Tatsachen ihm einen Anspruch gegeben haben. Es ist deshalb auf das römische Recht zurückzugehen (31 ff.). Das römische Recht versteht die Aufgabe des Richters, ex fide bona über ein Schuldverhältnis zu urteilen, durchaus so, auch die Geltendmachung seines Anspruchs dieser Prüfung zu unterwerfen (57). — Trotz der scheinbar engen Zusammengehörigkeit von § 241 und § 242 geht die herrschende Ansicht doch dahin, die Norm von Treu und Glauben könne auch zur Ablehnung und Verweigerung den Anlaß geben und dürfe dem Gläubiger als Kritik und Beurteilung seines Begehrens der Leistung entgegengehalten werden. Der Gläubiger ist verpflichtet, seine Forderung so geltend zu machen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (87). Das römische bona fide-Prinzip als solches sollte ausgesprochen werden (90). Die dagegen geäußerten Besorgnisse sind nicht begründet (93 ff.). Auch die große Mehrzahl aller Spezialbestimmungen unseres Schuldrechts verdankt den bonae fidei-Betrachtungen ihren Ursprung. Die Herkunft der einzelnen Paragraphen kann bis zu ihrer Quelle zurückverfolgt werden (102 ff.). Die Frage, ob der Grundsatz von Treu und Glauben des § 242 nur geeignet ist, zur Ergänzung des Gesetzes zu dienen und praeter legem da, wo Gesetzesbestimmungen fehlen, diese Ergänzung im Geiste des Gesetzes herbeizuführen, oder ob er darüber hinaus korrektorisch zu wirken und ungeschriebenes Recht zur Geltung zu bringen vermag, ist dahin zu beantworten, daß der § 242 dem Richter in der Tat die Weisung gibt, Treu und Glauben im einzelnen Falle auch dem Gesetz entgegen zur Geltung zu bringen, und zwar weil das Gesetz selbst es ihm so gebietet und der wahre Wille des Gesetzes nur so zur Verwirklichung gelangen kann. Auch bei freiester Handhabung des § 242 stellt er sich lediglich in den Dienst des Gesetzes und handelt juris civilis adjuvandi causa, trotzdem er anscheinend

das geschriebene Recht verleugnet (105). Über das Verhältnis von § 157 zu § 242 gegen Schneider 115 ff. Unterstützung seiner Ansicht durch das römische Recht 118 ff. — Über die exceptio doli in ihren heute noch verwendbaren Beispielen (148—333). — Beherrscht der § 242 auch noch die dinglichen Ansprüche mit? vermag er als ein Stück eines allgemeinen Anspruchsrechts zu gelten? (333 ff.). Nach historischem Überblick und Zusammenstellung der Literatur behandelt er die grundsätzlichen Beziehungen von Sachenrecht und Obligationenrecht (370 ff.). Der Anspuchsinhalt des 3. Buches ist gering und auf eine Ergänzung geradezu angelegt und berechnet; er normiert zwar Richtung und Zeit der Ansprüche, befaßt sich aber nicht mit ihrer rechtlichen Behandlung in Ansehung ihrer Befriedigung, läßt Verbindlichkeit und Haftung des Anspruchsgegners unberührt und das Bedürfnis der Ergänzung schon dadurch deutlich hervortreten, daß bei der Feststellung der dinglichen Ansprüche zum Teil unmittelbar auf das Obligationenrecht verwiesen wird, teils aber Begriffe und Kunstausdrücke verwendet sind, deren Verständnis und Erläuterung nur aus dem Obligationenrechte gewonnen werden können (371). Das Obligationenrecht ist nur äußerlich die Stelle, an der im Gesetze die bestimmten Rechtssätze aufgezeichnet sind, weil es eben ex professo mit den Leistungspflichten zu tun hat; sie reichen aber in ihrer Tragweite so weit, als es überhaupt aus irgendwelchem Grunde Ansprüche und Verbindlichkeiten gibt (373). Zwischen Anspruch und Forderung ist kein Unterschied; wer von einem anderen ein bestimmtes Verhalten verlangen darf, steht ihm deswegen forderungsberechtigt gegenüber, er darf Gläubiger, der andere darf Schuldner genannt werden, zwischen beiden besteht ein wahres Schuldverhältnis. Das dingliche Recht verhält sich dazu hier als das bedingende erzeugende Moment, dem bestimmte tatsächliche Umstände, die sich als eine, wenn auch nur objektive Verletzung des Rechtes darstellen, den Anspruch hervorrufen (394). Gegen Regelsberger und Hölder Einwendungen 395 ff. — Nach alledem ist insbesondere auch der allgemeine Grundsatz des § 242 auf die Ansprüche aus absoluten Rechten zu übertragen (412). **b)** Josef, GruchotsBeitr. **51** 273 ff. Die exceptio doli generalis kann wohl zur Abwehr mißbräuchlich erhobener Ansprüche dienen, nicht aber zur Begründung des Anspruchs auf Abschluß eines Rechtsgeschäfts, wie Genehmigung einer Vollmachtsüberschreitung.

2. Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung (s. JDR. **4** Ziff. 3 c, **3** Ziff. 2 d γ u. zu § 130 Ziff. IV b, § 162 Ziff. 2). v. Blume wendet sich gegen Habicht, Titze, Breit und **RG. 58** 406 (vgl. JDR. **4** Ziff. 3 c zu a) mit Bekämpfung der dort angewendeten Methode der Gesetzesauslegung und -Behandlung. Insbesondere erklärt er in bezug auf die Entscheidung des RG.: die exceptio doli „von Gottes Gnaden"! Aber eine exceptio, wie sie wohl der römische Prätor geben mochte, wie sie jedoch nie und nimmer im BGB. begründet sein kann, Zweierlei ist heute nur möglich — entweder der Vertragsantrag ist von Rechts wegen nicht angenommen — dann kann der Antragsteller auch nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er daraus Rechte herleiten will, oder aber, von Rechts wegen ist zu sagen, daß der Vertrag zustande gekommen ist — dann bedarf es für den Antragsteller keiner Berufung auf Treu und Glauben (22). — Er selbst kommt zu folgendem Ergebnis: eine Bereitschaftspflicht des Antragstellers ist nicht anzuerkennen. Wird der rechtzeitige Empfang der Annahmeerklärung verhindert, so kommt der Vertrag nicht zustande, es sei denn, daß der Antragsteller vorsätzlich und rechtswidrig die Verhinderung herbeigeführt habe. In diesem Falle kann die Erklärung nachgeholt werden. Eine Anwendung der Bestimmungen über den Gläubigerverzug ist nur möglich, wenn es sich um die Verhinderung des Empfangs einer schuldbefreienden Erklärung handelt (23).

3. Einzelne Anwendungsfälle aus der Rechtsprechung (s. JDR. **5** Ziff. 2 b, **4** Ziff. 3 d, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 3). a) Allgemeines.

α) **RG.** SeuffBl. **07** 648, LeipzZ. **07** 216 Ziff. 5. Verkehrssitte, Handelsgebrauch sind auch für denjenigen Kontrahenten maßgebend, welcher sie nicht speziell gekannt hat. Sie wirken nicht bloß kraft stillschweigender Übereinkunft, sondern als eine Ergänzung des Gesetzes. β) **RG.** R. **07** 696 Ziff. 1414. Die am Erfüllungsorte geltende Verkehrssitte ist maßgebend. **b)** Gegenüber der Verjährungseinrede **RG. 64** 222 f. JDR. **5** Ziff. 2a, s. a. o. § 222 Ziff. II. **c)** Besondere Fälle. α. **RG.** LeipzZ. **07** 658 Ziff. 2. Auslegung der Zahlung „unter Vorbehalt": Der Schuldner, bezüglich dessen Zahlungspflicht ein Prozeß schwebt, will offenbar durch Zusatz der Worte „unter Vorbehalt" vermeiden, daß in der Zahlung ein Anerkenntnis seiner Zahlungspflicht gefunden wird. β. **RG.** GruchotsBeitr. **51** Beibl. 910. Ein Sukzessivlieferungsvertrag, in dem bestimmt ist, daß die Preise der zu liefernden Ware nach den Börsennotierungen bezüglich dieser Ware festgesetzt werden, verliert seine Gültigkeit nicht ohne weiteres dadurch, daß eine Börsennotierung der Preise nicht mehr stattfindet; es bleibt alsdann in jedem Falle zu erwägen, ob nicht anderweit festgestellte Preise an die Stelle der Börsennotierungen nach Treu und Glauben zu treten haben. γ. **RG.** LeipzZ. **07** 220 Ziff. 4, BankA. **6** 119. Ist der an einer Börse notierte Durchschnittspreis als Kaufpreis vereinbart, so ist, wenn nachträglich die Börsennotierung wegfällt, nach Treu und Glauben zu ermitteln, was als Ersatz der früheren Börsennotierung zu gelten hat. δ. **RG.** LeipzZ. **07** 592 Ziff. 2. Derjenige, welcher für ein Bahnunternehmen eine Mindestdividende gegen Zusage des Anschlusses seines Etablissements an die Bahn garantiert hat, kann nicht deshalb eine Minderung seiner Verpflichtung aus der Dividendengarantie beanspruchen, weil sich nicht alle von ihm gewünschten und erwarteten Anschlußgeleise ausführen ließen. ε. **RG.** LeipzZ. **07** 501 Ziff. 6. Wenn der zur Einlösung der Konnossemente gegen Wechselakzept verpflichtete Käufer die Akzepterteilung wegen zu hoher Trassierung ablehnen und vom Kaufvertrage zurücktreten will, so ist auch zu erwägen, ob nicht der Käufer nach den Umständen als verpflichtet zu erachten ist, sein Akzept in richtiger Höhe anzubieten. ζ. **RG.** JW. **07** 387 Ziff. 4. Wenn ein Grundeigentümer seine Liegenschaften zu dem ihm bekannten Zwecke der Errichtung eines Betriebs verkauft, von dem er Beeinträchtigung seines Restbesitzes durch lästige Zuführungen voraussieht oder vernünftigerweise voraussehen muß, so steht ihm die Einrede der Arglist entgegen, falls er gegen einen unmittelbaren Abkäufer oder dessen Besitznachfolger den von ihm beim Verkaufe gebilligten Zweck nachträglich durch Eigentumsstörungs- oder Schadensklagen nach §§ 1004, 906, 823 vereiteln wollte. η. HessRspr. **8** 108 (LG. Darmstadt). Auch die Zeit, innerhalb welcher der Abruf des Käufers zu erfolgen hat, unterliegt dem Grundsatze des Paragraphen. ϑ. BadRpr. **07** 233 (Karlsruhe). Was der Dienstberechtigte gemäß § 618 zum Schutze des Dienstverpflichteten zu leisten hat, bestimmt sich nach der Verkehrssitte ι. **RG.** BayRpflZ. **07** 146. Der bierbezugspflichtige Wirt hat keine Verpflichtung, dem ihn wegen Verletzung der Bezugspflicht mit Schadensersatz belegenden Brauer Auskunft über die Menge des anderweit bezogenen und verzapften Bieres zu geben. ϰ. **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 165. Die wegen nicht pünktlicher Zahlung auf Grund eines für diesen Fall vereinbarten Rücktrittsrechts ohne vorgängige Androhung erfolgte Erklärung des Rücktritts vom Vertrage verstößt nicht gegen Treu und Glauben. λ. OLG. **14** 317 (Dresden) s. JDR. **5** Ziff. 2b ζ. μ. **RG.** R. **07** 1396 Ziff. 3452. Hat ein Kaufmann, der Kokshandel betreibt, eine größere Menge nach und nach abzunehmenden Koks gekauft, aber später noch vor Abnahme der ganzen Lieferung aus eigener Entschließung das Koksgeschäft aufgegeben, so ist dies nicht geeignet, die wohlerworbenen Rechte des Verkäufers mit Abnahme der Restlieferung zu beseitigen; in der Geltendmachung dieser Rechte liegt auch kein Verstoß gegen Treu und Glauben. ν. **RG.** R. **07** 1396 Ziff. 3451. Der Käufer geht des Anspruchs auf Erfüllung nicht dadurch verlustig, daß während des Lieferungsverzugs des Verkäufers die Ware erheblich an Wert verliert

oder schwerer absetzbar wird. Er handelt, wenn er Erfüllung verlangt, selbst dann nicht gegen Treu und Glauben, wenn er die Ware wegen ihrer Minderwertigkeit zur Erfüllung seinerseits abgeschlossener Verkäufe nicht verwenden kann. π. **RG.** R. **07** 1314 Ziff. 3268. Hat bei einem Lieferungskauf auf Abruf der Käufer eine nach den Umständen des Falles als übermäßig zu bezeichnende Frist verstreichen lassen, ohne auf Lieferung zu dringen, so zeigte er damit, daß er das Interesse an der Lieferung verloren und auf die Lieferung verzichtet hat, und er handelt gegen Treu und Glauben, wenn er nachträglich gleichwohl Lieferung verlangt. ρ. Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen. S. unten zu § 776 Ziff. 1.

§ 243. Literatur: Breit, Das Vinkulationsgeschäft. (Tübingen 1907.) — Fischer, Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden, JheringsJ. **51** 159—238. — Flechtheim, Das Vinkulationsgeschäft, GoldschmidtsZ. **60** 124—163.

1. Konzentration und Gefahrtragung. a) Fischer will im Gegensatze zu der herrschenden Ansicht den § 243 nicht ohne weiteres aus dem § 300 und umgekehrt erklären (161 ff.); nach der Abgrenzung zwischen Wahl- und Gattungsschulden (168 ff) wendet er sich den einzelnen Konzentrationsfällen zu (183 ff.), zunächst bezüglich der Alternativobligation (183 ff.), dann in bezug auf die Gattungsschuld (185 ff.). Der Konzentrationsgrund der vertragsmäßigen Abmachung ist auch ohne gesetzliche Bestimmung im heutigen Rechte für die Wahlschuld verblieben (186). — Der Wahl bei der Wahlobligation entspricht bei Gattungsschulden die Konzentration nach § 243 Abs. 2 (188). Ist die Gattungsware von besserer Qualität, als bedungen oder gesetzlich vorgeschrieben, so kann der Schuldner in solcher Qualität die Konzentration nach Abs. 2 vollziehen; er kann aber dies nicht wieder rückgängig machen und das als Erfüllung Geleistete kondizieren (189). Es fragt sich, ob nach § 243 Abs. 2 das einfache Ausscheiden genügt (190 ff.). Er stellt fest, daß bei der Schickschuld durch Ausscheiden und Absenden, bei der Hol- und Bringschuld durch Ausscheiden und Gläubigerverzug die Konzentration der Gattungsschuld nach § 243 Abs. 2 vollzogen ist (196). — Bei Holschulden muß es zur Konzentration genügen, wenn der Schuldner die Ware wörtlich anbietet, oder, wenn er den Gläubiger auffordert, die Ware abzuholen, oder wenn für die Abholung ein Termin bestimmt und dieser Termin herangekommen ist (201). Bei Bringschulden ist Realoblation erforderlich. Nach erfolglosem ordnungsmäßigen Angebot ist die Konzentration vollzogen (201). Bei allen Gattungsschulden tritt Konzentration ein, wenn der Gläubiger zwar die angebotene ausgeschiedene Ware annehmen will, nicht aber die verlangten Gegenleistungen anbietet (§ 298) (202). — Über die Wirkung der Konzentration 202 ff. Das dem Schuldner von Wissenschaft und Praxis nach der Konzentration eingeräumte jus variandi, wenn der Gläubiger kein berechtigtes Interesse dafür nachweisen kann, daß ihm gerade die ausgeschiedenen Gattungsobjekte geliefert werden, bekämpft er, insbesondere gegen **RG.** R. **06** Ziff. 2075, als unfolgerichtig, weil mit der Konzentration auf dieser Weise nicht Ernst gemacht wird. Gegen Kipp bei Windscheid 44/5, eingehend 208 ff. — Über die Gewährleistungsgrundsätze für Mängel beim Kaufe im Verhältnisse zur Konzentrationslehre 211 ff. — Über die Gefahrtragung bei Gattungsschulden 226 ff. Bei einseitigen Obligationen ist der Gefahrbegriff — daher auch § 300 Abs. 2 — überflüssig. Lediglich die allgemeinen Unmöglichkeits- und Verzugsgrundsätze sind anzuwenden. Auch bei gegenseitigen Verträgen ist mit dem Gefahrbegriffe wenig gewonnen (230 ff.). Die Anwendung des § 300 Abs. 2 auf Gattungsschulden bei gegenseitigen Verträgen ist überflüssig und zu eng. Der § 324 Abs. 2 mit § 300 Abs. 1 trifft die ganze in Betracht kommende Regelung. Der § 324 Abs. 2 ist in doppelter Beziehung weittragender als § 300 Abs. 2 (näheres 232/3). Zusammenfassung der ganzen Lehre von der sog. Gefahr bei Gattungsschulden aus gegenseitigen Verträgen: zunächst kommt es darauf an, ob Gläu-

bigerverzug eingetreten ist oder nicht; ist er es, so erhalten diejenigen Umstände, welche den Gattungsschuldner von seiner Leistung befreien, ihm zugleich den Anspruch auf die Gegenleistung. Wie weit der Gattungsschuldner durch Untergang von Gattungsgegenständen von seiner Leistungspflicht frei wird, richtet sich danach, ob Konzentration eingetreten ist oder nicht (§ 275 bzw. § 279). Über den § 447 aaO. s. 233; der § 447 ist auch für Gattungsschulden nicht zu entbehren. Über Einzelheiten und einen besonderen Fall zum § 300 Abs. 2 näheres aaO. 234—238. **b)** Aus der Rechtsprechung (s. auch noch über Konzentration bei Gattungsschulden JDR. **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 1, 2, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 2 u. 4). α. BadRpr. **07** 261 (Karlsruhe). Der Verkäufer eines Motors hat damit, daß er den Motor bei einem Dritten bestellte, um ihn dann an den Käufer zu liefern, überhaupt noch keine Leistungshandlung vorgenommen, sondern die künftige Erfüllung nur vorbereitet, Konkretisierung des Schuldverhältnisses ist dadurch noch nicht bewirkt. β. SächsRpflA. **07** 87 (Dresden). Die Konkretisierung des Schuldverhältnisses bei einem Handelsdistanzkaufe setzt außer der gehörigen Ausscheidung der zur Erfüllung bestimmten Ware auch eine Anzeige über die erfolgte Ausscheidung an den Käufer voraus, damit dieser zur Ermöglichung wirksamer weiterer Verfügung über die Ware vor deren Eingange bei ihm weiß, daß und welche Ware ihm als zur Erfüllung bestimmt endgültig geliefert werde.

2. Das Vinkulationsgeschäft. **a)** Breit erörtert nach einer geschichtlichen und volkswirtschaftlichen Einleitung die vom **RG. 54** 213 ff. aufgestellten Grundsätze (60 ff.) über das Vinkulationsgeschäft. Während die billige Lösung die ist, daß der Bankier den von ihm effektiv gewährten Vorschuß auf Heller und Pfennig erhält, der Käufer sich dagegen vom Reste seine Gegenansprüche kürzen darf (107), ergibt sich als erste unbillige Prämisse des RG., daß der Importeur keinerlei Anrechte an der ihm zugesandten konkreten Ware habe, und als zweite, daß in der Verwendung der Ware durch den Importeur die Annahme der sich im Vinkulationsbriefe verkörpernden Offerte des Bankiers zu finden sei (108/9). Die erste Prämisse führt ihn zu einer Untersuchung über die Konzentration der Gattungsschuld (113—172). Er wendet sich gegen die herrschende Meinung, nach welcher Konzentration die Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld ist, und (117) gegen Fischer, JheringsJ. **51** 202 (s. oben Ziff. 1 a), Schollmeyer (122 ff.). Er meint, nach herrschender Ansicht kann durch Ausscheidung mangelhafter Ware die Gattungsschuld nicht konzentriert werden, während Schollmeyer das Gegenteil annehmen mußte und Fischer eine Mittelmeinung vertrete (126/7). Er weist darauf hin, daß die Praxis ausnahmslos die strenge Durchführung des Transmutationsprinzips ablehnt für Fälle, in welchen der Gläubiger gar kein Interesse daran habe, gerade die durch die Ausscheidung individuell bestimmte Sache zu erhalten; z. B. SeuffA. **57** 260 (Celle), OLG. **10** 156 (Marienwerder), R. **06** 1192 (Frankfurt), OLG. 8 435 (Marienwerder), **RG.** SächsRpflA. **2** 10 (127—132). So steht die Praxis einmütig auf dem Standpunkte, daß der Annahmeverzug des Gläubigers die Rechtswirkungen der Konzentration zugunsten des Schuldners aufhebe (132). Gegenüber dem Fischerschen Vorwurfe der Inkonsequenz (s. oben) fragt er: ist denn diese Transmutation der Gattungsschuld in eine Spiezesschuld mit ihrem absoluten Charakter tatsächlich im geltenden Rechte begründet? (134). Zuvor untersucht er das Verhältnis zwischen Konzentration und Gefahrtragung (134 ff.) und gelangt zu dem Ergebnisse: Konzentration und Gefahrtragung haben heute miteinander nichts mehr zu tun. Insbesondere ist zum Übergange der Transportgefahr auf den Käufer nur erforderlich, daß der Verkäufer die verkaufte Ware dem Frachtführer übergebe. Nicht notwendig ist dagegen, daß die Ware spezialisiert und damit eine Konzentration des Schuldverhältnisses nach § 243 Abs. 2 eingetreten sei (145). Alsdann führt er aus, daß die

Konzentration keine Transmutation des Schuldverhältnisses, sondern nur eine Beschränkung im Erfüllungsobjekte nach sich ziehe, so daß der volle Gattungsschuldcharakter gewahrt bleibe (146 ff., 151). Die Beschränkung im Erfüllungsobjekte bedeutet nicht, daß das Schuldverhältnis nunmehr nur durch Lieferung der ausgeschiedenen Ware erfüllt werden könne, sie bedeutet vielmehr, daß der Schuldner berechtigt ist, den Gläubiger auf die ausgeschiedene Ware zu verweisen, und daß als Korrelat hierfür der Gläubiger befugt ist, die Lieferung der ausgeschiedenen Ware zu verlangen (153). Alsbald untersucht er im einzelnen, inwiefern das Schicksal der ausgeschiedenen Ware für das Schicksal der Gattungsschuld bestimmend ist (155), wenn sie nach der Konzentration, ohne Verschulden des Verkäufers (155), durch Verschulden des Verkäufers untergeht oder der Verkäufer auf andere Weise die Unmöglichkeit der Lieferung des ausgeschiedenen Quantums verschuldet (158). Über das Verhältnis der Leistungsbereitschaft zur Konzentration, die unvollkommene Leistungsbereitschaft und beschränkten Konzentrationswirkungen 161 ff. Schließlich zieht er die Ergebnisse für das Vinkulationsgeschäft (168—172). Er fragt: bewirkt die Ware, die dem Importeur von dem Bankier zugerollt wird, eine Konzentration des Schuldverhältnisses? Gegenüber dem RG., das dem Importeur nur rein persönliche Ansprüche gegen seinen Verkäufer auf generisch bestimmte Leistungen desselben zuspricht, weil er seinerseits nicht leiste, meint er: In allen Fällen, sei es, daß die Bank reine Inkassomandatarin sei, sei es, daß sie sich die Ware zur Sicherheit für den Vorschuß habe verpfänden lassen, leistet sie in Wahrheit nur als Hilfsperson, Erfüllungsgehilfe des Exporteurs, leistet also der Exporteur seibst, und tritt dadurch normale Konzentration ein; die Ware, die der Bankier dem Käufer im Vinkulationsbrief anbietet, gilt für das Gattungsschuldverhältnis zwischen Importeur und Exporteur als die zum Zwecke der Leistung spezialisierte Sache (170). Der Importeur hat also in dem Zeitpunkt, in dem ihm die Ware vom Bankier angeboten wird, nicht mehr nur rein persönliche Ansprüche gegen den Verkäufer auf generische Leistungen, sondern es ist Konzentration des Gattungsschuldverhältnisses eingetreten, und es hat der Importeur einen Anspruch gegen den Verkäufer, daß dieser seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage durch Lieferung der konkreten, vom Vinkulanten zugerollten Ware erfüllt (172). — Gegen das andere Fundament des RG. s. aaO. 173 ff. (Intervention des Bankiers). **b)** Nach Flechtheim ist das Vinkulationsgeschäft kein obligatorischer Vertrag, sondern bezweckt lediglich den Austausch der auf Grund des Kaufgeschäfts bereits verschuldeten Leistungen. Dieser Austausch vollzieht sich durch die Anweisung des Verkäufers an den Bankier, die Ware gegen Zahlung des Kaufpreises an den Käufer zu liefern, und eine Anweisung des Verkäufers an den Käufer, dem Bankier das Geld gegen Lieferung der Ware zu zahlen. Näheres unten zu § 783.

§ 244. **RG.** LeipzZ. **07** 221 Ziff. 5. Kursveränderung ist bezüglich einer in ausländischer Währung festgestellten Gesellschaftseinlage dann ohne Einfluß, falls die Bezugnahme auf inländische Währung erkennen läßt, welcher Betrag als der feste Vermögenswert der Einlage an den Kontrahenten angesehen wurde.

§ 247. **RG.** JW. **07** 739 Ziff. 4, R. **07** 1528 Ziff. 3765. Die Vorschrift des Paragraphen ist auch auf solche Schuldverhältnisse anwendbar, die vor Inkrafttreten des BGB. entstanden sind, da sie eine im öffentlichen Interesse zum Schutze der wirtschaftlich Schwächeren gegebene Bestimmung darstellt.

§ 249. 1. Begriff, Inhalt, Art und Wesen des Schadensersatzes (s. JDR. **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2 u. 3, **2** Ziff. 2). a) Anfechtbare Verträge (vgl. JDR. **5** Ziff. 2 b, **4** Ziff. 2 b, **3** Ziff. 3 d). α. Westrum, JW. **07** 39 f. im Anschluß an Linckelmann, JW. **05** 226 gegen **RG. 59** 155, JW. **05** 42 (vgl. JDR. **4** Ziff. 2 b β). Es sind positives und negatives Vertragsinteresse auseinanderzuhalten. „Der zum Ersatze verpflichtende Umstand" ist, wenn

es sich um Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung handelt, die Täuschung. Der Täuschende muß den anderen Teil also so stellen, wie wenn die Täuschung nicht erfolgt wäre. Wäre die Täuschung nicht erfolgt, so wäre das Geschäft überhaupt nicht geschlossen worden; daher kann der Getäuschte verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn es nicht geschlossen wäre, d. h. er kann das negative Vertragsinteresse fordern, aber auch nur dieses. Dieses kann aber einen entgangenen Gewinn mitumfassen, nämlich den Gewinn den man hätte vermöge seiner Arbeitskraft anderweit erzielen können, wenn man nicht infolge der Täuschung Zeit und Geld an ein ungünstiges Unternehmen verschwendet hätte. β. **RG.** JW. **07** 670 Ziff. 3. Der Käufer, der durch arglistige Täuschung bezüglich der Eigenschaften des Kaufgegenstandes zum Kaufabschlusse bestimmt ist, kann bei dem Vertrage stehen bleiben und, statt das Anfechtungsrecht auszuüben, Ersatz des ihm durch die arglistige Täuschung verursachten Schadens verlangen. Dies folgt aus § 463: aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß wegen Gleichheit des Rechtsgrundes das Gesetz dem Käufer auch wegen Fehlens solcher Eigenschaften, deren Vorhandensein vom Verkäufer beim Vertragsschlusse betrüglich vorgespielt worden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähren will. Der Ersatzanspruch besteht darin, daß der Käufer verlangen kann, vom Verkäufer so gestellt zu werden, wie wenn die abgegebenen Zusicherungen auf Wahrheit beruht hätten (positives Vertragsinteresse). **b)** Unterlassungsklage. R. **07** 1131 Ziff. 2688 (Frankfurt). Wer nach § 826 zum Ersatze des von ihm verursachten Schadens verpflichtet ist, ist, wenn weitere Eingriffe seinerseits in das Recht des Klägers zu besorgen sind, auch zur Unterlassung der unerlaubten Handlung zu verurteilen.

2. Vom Kausalzusammenhange (s. JDR. **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 3). **a)** Kißkalt, Zur prozessualen Behandlung der traumatischen Neurose, ZVersWes. **07** 509 ff., will unterschieden wissen, inwieweit sie auf den Unfall selbst und inwieweit sie darauf zurückzuführen ist, daß die durch den Unfall hervorgerufenen Begehungsvorstellungen und die Aufregungen des Prozesses eine Verschlechterung des Leidens zur Folge hatten. Zwischen dem Unfall und der nach ihm aufgetretenen Renten- und Prozeßhysterie besteht auch kein mittelbarer Kausalzusammenhang. Dies ist mit aller Deutlichkeit ausgesprochen im **RG.** JW. **06** 231 ff. (vgl. JDR. **5** Ziff. 3 b zu ε). Auch muß die Erwerbsbeschränktheit auf den Unfall zurückzuführen sein. Auch findet § 254 Abs. 2 gegen den Verletzten Anwendung, wenn er das einfache Mittel der Selbstbeeinflussung und Selbstbehandlung ungenutzt läßt oder gar bestrebt ist, durch Sichnachgeben das Krankhafte seines Zustandes zu vermehren. Autosuggestion ist schon begrifflich Selbstverschulden. **b)** **RG.** R. **07** 1528 Ziff. 3768. Zur Begründung der Schadensersatzpflicht ist nicht erforderlich, daß der Täter den aus der Rechtsverletzung entstehenden Schaden voraussah oder voraussehen mußte.

3. Einzelne Anwendungsfälle aus der Rechtsprechung (s. JDR. **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 5, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 8, 9). **a)** Marcus, R. **07** 564, teilt einen Streitfall betreffend die Naturalrestitutionsbefugnis des Schadensersatzpflichtigen, der auf Geldersatz belangt war, mit. Ein Bankier wurde wegen schuldhaft erteilten Rates zum Ankauf eines Wertpapiers auf Schadensersatz in Gestalt der Differenz des Kaufpreises und des gefallenen Kurses belangt. Der Beklagte wandte ein, er wolle dem Kläger gegen Herausgabe des Papiers den Kaufpreis erstatten. Dieses Verlangen wurde als berechtigt angesehen nach dem Prinzipe der Naturalrestitution (§ 251 Abs. 2), um so mehr, als sonst Kläger bei Steigerung des Kurses einen unvergoltenen Gewinn auf Kosten des Beklagten machen würde. — Durch diese Entscheidung werde für alle Fälle wechselnder Werte wie bei kurshebenden Spekulationspapieren dem unberechtigten Ausnutzen falschen Rates zu Spekulationszwecken auf Kosten des Bankiers begegnet. **b)** **RG.** LeipzZ. **07** 51 Ziff. 17 s. bereits

JDR. **5** Ziff. 4 a. **c)** **RG.** JW. **07** 130 Ziff. 10, SächsRpflA. **07** 419. Eine Ehefrau, die von einem Dritten wegen Todes ihres Ehemanns auf Grund der §§ 844, 845 Schadensersatz fordert, muß sich auf ihren Ersatzanspruch dasjenige anrechnen lassen, was sie durch ihre Tätigkeit verdient, wenn auch der Ersatzpflichtige nicht fordern darf, daß sie eine zu ihrer Alimentierung geeignete Tätigkeit ausübe (s. auch JDR. **5** § 844 Ziff. 5 a, **4** § 845). **d)** LeipzZ. **07** 682 (LG. Leipzig). Wer als Zahlung ein Wechselakzept hingegeben hat und gemäß § 326 Schadensersatz oder Rücktritt fordert, kann von dem Akzeptempfänger nicht Zahlung der Wechselsumme verlangen, vielmehr nur Naturalrestitution, d. h. Rückgabe der Wechsel und, falls er weiterbegeben ist, Befreiung von der Wechselverbindlichkeit. (Vgl. dazu jedoch JDR. **5** zu § 326 Ziff. 6 a.) **e)** SächsRpflA. **07** 535 (Dresden). Ist auf Grund eines im Wechselprozeß ergangenen Urteils im Zwangsvollstreckungswege Pfändung einer Forderung erfolgt, so ist der dem Vollstreckungsgegner gemäß den §§ 600 Abs. 2, 302 Abs. 4 ZPO. event. zustehende Schadensersatzanspruch auf Aufgabe des durch die Pfändung erlangten Pfandrechts, also auf eine individuelle Leistung gerichtet, bezüglich deren gemäß § 935 ZPO. einstweilige Verfügungen getroffen werden können. **f)** **RG.** JW. **07** 507 Ziff. 5. Der durch die Eintragung entstandene gesetzliche Schutz eines Warenzeichens schließt es nicht aus, daß in der Veranlassung der Eintragung selbst ein Vergehen erblickt werden kann, das nach den §§ 826, 249 zum Schadensersatze verpflichtet. **g)** **RG.** R. **07** 1528 Ziff. 3767. Bei der betrügerischen Lieferung von Waren ist dem Betrogenen bereits im Zeitpunkte der Lieferung der Waren ein Schaden entstanden, der dem Minderwert der gelieferten Waren entspricht. Diesen Schaden hat der Betrüger zu ersetzen, und es kann ihm nicht zugute kommen, daß vielleicht für den Betrogenen der Schaden später infolge günstigen Weiterverkaufs sich ausgeglichen hat. **h)** **RG.** R. **07** 762 Ziff. 1617. Wer behauptet, er sei durch Täuschung zu einem Vertragsschlusse mit einer GmbH. bestimmt worden, muß zur Begründung seines gegen einen Gesellschafter erhobenen Schadensanspruchs dartun, daß und inwiefern das von ihm beanspruchte Erfüllungsinteresse den durch die Handlungsweise der Geschäftsführer ihm zugefügten Schaden darstellt. **i)** **RG.** R. **07** 1528 Ziff. 3766. Zu dem Schadensersatze, welchen der Aussteller von vereinbarungsgemäß zu prolongierenden Wechseln wegen vertragswidriger Weitergabe der letzteren dem Akzeptanten zu leisten hat, können auch die Kosten der von dem späteren Wechselgläubiger gegen den Akzeptanten erhobenen Wechselklagen gehören.

4. *F. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort 62 ff. Bei der Berechnung des Schadensersatzes ist nicht der sog. Erfüllungsort, sondern der Bestimmungsort maßgebend (vgl. § 269).

§ 251. **RG.** GruchotsBeitr. **51** Beil. 985 s. bereits JDR. **5** zu § 251 Ziff. 3 a.

§ 252. **a)** **RG.** SeuffBl. **07** 201. Der als entgangen angesprochene Gewinn darf nicht eine bloße Möglichkeit gewesen sein, sondern muß in naher und bestimmter Aussicht gestanden haben, womit aber nicht gesagt wird, daß der Gewinn mit voller Sicherheit zu erwarten sein mußte. **b)** **RG.** JW. **07** 828 Ziff. 4. Der entgangene Gewinn braucht nicht bereits zur Zeit der schädigenden Handlung mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten gewesen sein. Der Satz 2 des Paragraphen enthält nicht eine Beschränkung des Anspruchs auf Ersatz des entgangenen Gewinns, vielmehr lediglich eine Beweiserleichterung. S. auch JDR. **3** Ziff. 1 u. R. **07** 1529 Ziff. 3770. **c)** BayRpflZ. **07** 24 (Augsburg). Wer Ersatz entgangener Dienste zu fordern berechtigt ist, kann nicht Ersatz des Bruttogewinns aus diesen verlangen, sondern nur den Ersatz des Betrags, welchen die entgangenen Dienste selbst wert waren. **d)** **RG.** JW. **07** 169 Ziff. 6. Bei Berechnung des Schadens, den ein Gesellschafter wegen Nichtlieferung von Kartoffeln zu leisten hat, entscheidet der nach normalen Verhältnissen zu ermittelnde Stärkegehalt, nicht der vertragsmäßig festgesetzte. **e)** Weitere Einzelfälle s. JDR. **5** zu § 252, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 2.

§ 253. **RG.** JW. **07** 99 Ziff. 1. Wer nur vertraglich für eine Körper- oder Gesundheitsentschädigung einzustehen hat, braucht für den durch diese bewirkten immateriellen Schaden keinen Ersatz in Geld zu leisten, § 847 findet auf vertragliche Haftung keine Anwendung.

§ 254. 1. Allgemeines. Begriff. Anwendungsgebiet (s. auch JDR. **4** Ziff. 1). a) Hagen, SeuffBl. **07** 365 ff. Das Verschulden i. S. des § 254 Abs. 2 verlangt nicht die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht, es umfaßt vielmehr jeden Verstoß gegen Treu und Glauben nach der Verkehrssittte, der darin liegt, daß diejenige Sorgfalt nicht angewendet wird, welche nach der Auffassung des Lebens ein ordentlicher Mann anzuwenden hat, um Schaden von sich abzuwenden. b) **RG.** JW. **07** 132 Ziff. 11. Auf § 25 PrEisenbahnG. v. 3. November 1838 findet die Vorschrift des Paragraphen keine Anwendung. c) Abs. 2. **RG.** SächsRpflA. **07** 330 Ziff. 43. Ein ungewöhnlich hoher Schaden liegt dann vor, wenn der Schaden hinsichtlich der Höhe so sehr von dem gewöhnlichen abweicht, daß es nach Lage der Sache gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn der Beschädigte den Schuldner nicht auf die Gefahr dieses Schadens aufmerksam macht. (Nichtlöschung einer Sicherungshypothek durch den Beklagten auf dem Grundstücke des Klägers, der das Grundstück daher nur unter sehr erschwerten Bedingungen veräußern konnte; Kläger verlangt Ersatz des so entstandenen Schadens.)

2. Grundsätzliches aus der Praxis (s. JDR. **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 1). a) **RG.** JW. **07** 10 Ziff. 10, ZVersWes. **17** 38. Es kann nicht als prinzipiell unzulässig bezeichnet werden, bei der Vergleichung und Abwägung der Wirkung zweier Ursachen nach ihrer Tragweite und dem Verschulden ihrer Urheber als wahr zu unterstellen, daß dem einen Teile eine bestimmte schuldhafte, für den Fall ursächliche Unterlassung zur Last falle. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß der Sachverhalt eine vollständige Aufklärung erfahren hat. Unter diesen Umständen kann ein Beweisantritt darüber, daß der angeblich Ersatzverpflichtete schuldhaft gehandelt habe, für unerheblich angesehen werden, falls das festgestellte mitwirkende Verschulden der Beschädigten unter allen Umständen als überwiegendes, einen Ersatzanspruch beseitigendes zu gelten hat. b) **RG.** JW. **07** 477 Ziff. 6. Eine Beseitigung der Haftung wegen überwiegenden Verschuldens des Verletzten darf nicht schon dann angenommen werden, wenn das Verschulden der eventuell zum Ersatze Verpflichteten nicht in bestimmter Weise feststeht; es darf Gewisses nicht mit Unbekanntem verglichen werden: erst wenn der Grad beiderseitigen Verschuldens feststeht, kann das Verhältnis der beiderseits mitwirkenden Ursachen richtig bemessen werden. c) **RG.** JW. **07** 7 Ziff. 7. Verschulden der Beschädigten kann auch im Reizen zu schädigender Handlung bestehen. Zu einer Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Verursachung des Schadens in dem Sinne, daß bei einem längeren Streite immer diejenige Handlung, welche zuletzt und unmittelbar den schädlichen Erfolg herbeigeführt hat, verglichen mit den ihr vorhergegangenen Handlungen, als die im Sinne des Gesetzes vorwiegende Ursache des Schadens anzusehen sei, liegt weder nach dem Wortlaute des Gesetzes noch sonst nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ein Anlaß vor. (Kläger war von dem Beklagten in der Wohnung des Beklagten durch einen Säbelhieb verletzt worden, nachdem er unter Nichtachtung des Hausrechts des Beklagten mit diesem Streite begonnen hatte.) S. auch JDR. **5** Ziff. 1 c. d) **RG.** R. **07** 246 Ziff. 418. Der Beschädigte muß bis zuletzt, solange es überhaupt möglich ist, versuchen, den erlittenen Schaden zu beseitigen oder doch zu verkleinern. Deshalb muß bei Prüfung der Schadensabwendung auch der fernere Verlauf der Sache die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Beseitigung der endgültigen Schadensfolge in Betracht gezogen werden. e) **RG.** R. **07** 1529 Ziff. 3771. Auch einem doloserweise herbeigeführten Schaden gegenüber ist die Anwendung des Paragraphen nicht grundsätzlich ausgeschlossen. f) **RG.** R. **07** 506 Ziff. 985. Wer arglistig gehandelt

und dadurch einen anderen zum Vertragsschlusse bestimmt hat, kann auch nach § 254 gegen den Schadensersatzanspruch aus seiner Arglist sich grundsätzlich nicht auf eine Fahrlässigkeit berufen, die auf seiten des anderen darin liegen soll, daß er gegenüber der Arglist nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet habe.

3. Mitwirkendes Verschulden der Geschäftsunfähigen (s. JDR. **5** Ziff. 2 und die dortigen Verweisungen). **RG.** R. **07** 1529 Ziff. 3772. Hat der Beschädigte das siebente Lebensjahr vollendet und ist sein Verhalten für den Schaden mitursächlich gewesen, so ist zu prüfen, ob er nicht bloß der Gefährlichkeit seines Tuns, sondern auch dessen sich bewußt gewesen ist, daß er für die schädlichen Folgen daraus in irgendeiner Weise einstehen müsse.

4. Beschädigter, Verletzter. (s. JDR. **5** Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 5). **RG.** R. **07** 246 Ziff. 419. Der Ehemann, der in seiner Eigenschaft als Mieter die ihm nach § 545 obliegende Mängelanzeige unterlassen hat, gilt, wenn seine Ehefrau infolge des Mangels einen Unfall erlitten hat, als Beschädigter im Sinne des Paragraphen.

5. Verhältnis zu § 278. (S. JDR. **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 9.) SächsRpflA. **07** 256 Ziff. 2 (Dresden). Verschulden eines Kutschers, der mit einem Straßenbahnwagen zusammengestoßen war, nur dann beachtlich, wenn ein Fall des Abs. 2 vorliegt.

6. Pflicht des Verletzten, zur Heilung mitzuwirken (s. JDR. **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 5, **2** Ziff. 8).

Literatur: Guyer, Die rechtliche Stellung des Verletzten im Heilverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zur Duldung von Operationen. Zürich 1908. — Siefart, Heilverfahren (Heilanstaltsbehandlung) und Beobachtung im Krankenhause, ZVersWiss. **7** (07) 48 ff.

a) *Guyer. Die Arbeit sucht den Nachweis zu erbringen, daß das Verschulden des Verletzten im Heilverfahren, wenn auch allgemeine und spezielle gesetzliche Bestimmungen darüber fehlen, doch wesentlich ist, weil diese Annahme allein den Grundsätzen über Treu und Glauben im Verkehr entspricht. — Der Verletzte handelt schuldhaft, wenn er nicht für die rechtzeitige Einleitung und Durchführung eines der Verletzung entsprechenden Heilverfahrens sorgt. Er kommt dieser Pflicht nach, wenn er einen staatlich approbierten Arzt beizieht und dessen Anordnungen Folge leistet und sich auch im allgemeinen so verhält, wie es seinem Verständnisse nach sein Gesundheitszustand erfordert. — Im Gegensatze dazu ist der Verletzte im allgemeinen nicht zur Duldung einer Operation mit oder ohne Narkose verpflichtet. Doch gibt es Fälle, da auch eine solche Pflicht angenommen werden darf. Diese liegen stets dann vor, wenn nach übereinstimmender ärztlicher Auskunft bei sorgfältiger Beachtung aller Verhältnisse und ihrer den Regeln der ärztlichen Kunst angepaßten Durchführung kein wesentliches Risiko zu befürchten ist. — Die Wirkung des vom Haftpflichtigen nachgewiesenen Verschuldens besteht je nach seiner Art entweder in einer dem Grade des Verschuldens angemessenen Reduktion der Entschädigung für die Nachteile resp. der Kosten für Entschädigung oder in der Aufhebung der Ersatzpflicht. **b)** Siefart gibt einen Überblick über die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts auf dem Gebiete der Unfallversicherung zu der Frage, wie weit die Versicherten zur möglichst erfolgreichen Durchführung eines Heilverfahrens mitwirken müssen (487 ff.), und auf dem Gebiete der Invalidenversicherung (496 ff.). →→ Die Beachtung der vom RVA. in reichhaltiger Rechtsprechung ausgebildeten und festgelegten Grundsätze und ihre Heranziehung auch für das bürgerliche Recht kann nur empfohlen werden. Sie ist geeignet, unter Umständen im einzelnen Falle wichtige kasuistische Anhaltspunkte und Aufschlüsse zu gewähren. — Red. ←← **c)** **RG.** JW. **07** 740 Ziff. 6, R. **07** 1461 Ziff. 3621. Neben der Schwere und Gefährlichkeit, die mehr oder minder sichere Aussicht auf

Erfolg, können noch andere, ein Verschulden des Verletzten bei Verweigerung der Operation ausschließende Umstände in Betracht kommen, so vorliegend die Tatsache, daß der Arzt die Operation von einem Verzichte des Verletzten auf Schadensersatzansprüche abhängig macht. **d) RG.** PosMSchr. **07** 64, R **07** 633 Ziff. 1288. Ein Beschädigter, der sich ohne Grund der Heilung widersetzt oder sonst schuldbarerweise den Heilungserfolg vereitelt, kann insoweit Entschädigung nicht beanspruchen. (Vorliegendenfalls war ein solches Verschulden nicht festzustellen, was näher dargelegt wird.) **e) RG.** Sächs. RpflA. **07** 104 Ziff. 13 s. bereits JDR. **5** Ziff. 5 e.

7. Verhältnis des HaftpflG., insbes. des § 1 zum § 254. (S. JDR. **5** Ziff. 7 und die dortigen Verweisungen.) *α*. **RG.** R. **07** 1461 Ziff. 3623. Einteilung der Schadensersatzpflicht ist je nach den Umständen auch dann zulässig, wenn einem mitwirkenden Verschulden des Verletzten nur die allgemeine, dem Eisenbahnbetrieb an sich anhaftende Gefährlichkeit gegenübersteht. Ist aber im konkreten Falle die Betriebsgefährlichkeit der Bahn eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende gewesen, so ist dieser Umstand zugunsten des Verletzten noch besonders in die Wagschale zu legen. β. HansGZ. **07** Beibl. 275 (Hamburg). Ein beim Betrieb einer Eisenbahn sich ereignender Unfall kann auch auf das alleinige Verschulden des Verletzten zurückgeführt werden, der Bahnbetrieb braucht nicht an sich schlechthin als mitwirkende Ursache angesehen zu werden. Die vom RG. in der Entsch. v. 18. Dezember 1905 (HansGZ. **06** Beibl. Ziff. 156 — JDR. **4** Ziff. 7 a zu *α* —) dahin gehende Auffassung steht im offenen Widerspruche mit § 1 HaftpflG.

8. Einzelfälle. Insbesondere aus der Rechtsprechung. **a)** Zum § 1 HaftpflG.

α. Straßenbahnunfälle (s. JDR. **5** Ziff. 10 a *α*, **4** Ziff. 10 a *α*, **3** Ziff. 10 a, **2** Ziff. 12 a). **RG.** JW. **07** 740 Ziff. 5, ZVersWes. **07** 571. A., der von einem in langsamer Fahrt kurz vor der Haltestelle befindlichen Straßenbahnwagen absteigen wollte, verunglückte dadurch, daß, während er absprang, der Wagen wieder in schnellerem Tempo zu fahren begann. Das Verschulden des Verunglückten — Abspringen während der Fahrt — rechtfertigt Verteilung des Schadens nach Hälften. — SächsRpflA. **07** 256 Ziff. 42 R. **07** 762 Ziff. 1618 (Dresden). Haftpflicht der Straßenbahn in vollem Umfang anerkannt, weil unterlassen ist, die zur Vermeidung von Zusammenstößen mit anderem Fuhrwerk erforderlichen Warnungsvorrichtungen an einer gefährlichen Stelle zu treffen; ohne Belang ist es, daß die Bahnanlage in technischer Hinsicht oberbehördlich genehmigt ist. — EisenbE. **23** 245 (Cöln). Das polizeiliche Gebot an die Fahrgäste, während der Fahrt nicht auf- und abzusteigen, bedingt notwendig als Pflicht der Bahnverwaltung, an den Haltestellen genügend lange zum Aussteigen und Einsteigen zu warten. Sieht sich ein Fahrgast genötigt, infolge zu kurzen Haltens den Zug während der Fahrt zu besteigen, so trifft die Straßenbahn unter allen Umständen ein Verschulden. — **RG.** JW. **07** 9 Ziff. 8. Ersatzanspruch nicht anerkannt in einem Falle, wo ein älterer und korpulenter Passagier auf einen in Bewegung befindlichen Straßenbahnzug aufzuspringen suchte und hierbei verunglückte. — **RG.** EisenbE. **23** 294, SchlHolstAnz. **07** 69. Haftpflicht der Straßenbahn gänzlich verneint in einem Falle, wo der Verletzte auf den in Fahrt begriffenen Wagen aufzuspringen versuchte. — **RG.** R. **07** 1397 Ziff. 3457. Obwohl das Betreten eines Straßenbahngeleises kurz vor einem herankommenden Straßenbahnwagen regelmäßig als grobes Verschulden zu erachten ist, so kann es unter Umständen doch als ein geringeres gelten, wenn der Verletzte unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erwarten durfte, daß er ohne Gefahr das Geleise noch überschreiten könne und er hieran nur dadurch gehindert worden ist, daß er durch einen ihn erschreckenden Zuruf verwirrt gemacht und dadurch zu Bewegungen

veranlaßt worden ist, die ihn dem Straßenbahnwagen zu nahe brachten. — **RG.** R. **07** 1062 Ziff. 2514. Unterläßt es ein Fußgänger, auf einer von der Straßenbahn durchquerten Straße sich in kurzen Zwischenräumen danach umzusehen, ob ein Wagen herannahe, so trifft ihn der Vorwurf eigenen Verschuldens, wodurch die Haftung der Bahn aus der Gefährlichkeit des Betriebs aber noch nicht ausgeschlossen wird.

β. Eisenbahnunfälle (s. JDR. **5** Ziff. 10 a β, **4** Ziff. 10 a β, **3** Ziff. 10 a β) **RG.** ZVersWes. **07** 563, DJZ. **07** 1222. Haftpflicht der Eisenbahn völlig verneint in einem Falle, wo ein Fabrikdirektor von einem Zuge, der sich auf einem zum Bahnhofe von der Fabrik aus führenden Nebengeleise bewegte, überfahren wurde. Da der Getötete mit den örtlichen Verhältnissen völlig vertraut war, hätte es seinerseits nur der allergewöhnlichsten Vorsicht bedurft, um sich zu vergewissern, ob der Bahnübergang gefahrlos von ihm überschritten werden könnte; sein Verschulden ist ein so überwiegendes, daß eine Ersatzpflicht der Bahn nicht anerkannt werden kann (s. auch **RG.** R. **07** 824 Ziff. 1786). — EisenbE. **23** 190 (Cöln). Ersatzanspruch verneint in einem Falle, wo jemand beim Verlassen des außerhalb des Bahnsteigs haltenden Wagens zu Falle kam. Die Gefahr, die durch größere Entfernung des Trittbretts von dem Erdboden geschaffen war, wurde dadurch aufgehoben, daß die Bahnbeamten zur Hilfeleistung beim Aussteigen bereit waren. Bediente sich der Verletzte dieser Hilfeleistung nicht, so trägt er allein Schuld an dem Unfalle. — EisenbE. **23** 127 u. 129 (Colmar) s. bereits JDR. **5** Ziff. 10 a β. — **RG.** R. **07** 881 Ziff. 1973. Auch schweres Verschulden des Verletzten schließt unter Umständen die Haftpflicht der Eisenbahn nicht aus. — **RG.** SächsRpflA. **07** 423. Haftung der Eisenbahn für einen Unfall begründet, der dadurch entstanden ist, daß ein Reisender kurz nach erfolgtem Verlassen des Zuges auf dem Bahnhof an ein nicht genügend kenntlich gemachtes Gerüst anstieß; die Haftpflicht folgt nicht aus § 1 HaftpflG., vielmehr aus den §§ 823, 31, 89 BGB. Mitverschulden des Verletzten, der sich ohne die genügende Aufmerksamkeit auf dem Bahnsteige bewegt, gegeben: Verteilung des Schadens nach Hälften. — **RG.** EisenbE. **23** 181 s. bereits JDR. **5** 95 Ziff. 10 a β. — **RG.** DJZ. **07** 1222 Ziff. 2. Ersatzanspruch völlig verneint in einem Falle, wo eine mit Handgepäck beladene Frau auf einen schon in der Fahrt befindlichen Zug aufsteigen wollte und hierbei tödlich verunglückte.

b) Automobilunfälle (s. JDR. **5** Ziff. 10 b, **4** Ziff. 10 b, **3** Ziff. 10 b). α. WürttRpflZ. **19** 267 (Stuttgart). Verschulden eines Automobilisten angenommen, der in dunkler Nacht auf belebter Landstraße mit der höchsten zulässigen Geschwindigkeit fuhr; da den Verletzten ebenfalls ein Verschulden trifft, Ersatzanspruch nur zur Hälfte berechtigt. β. **RG.** JW. **07** 705 Ziff. 7, DJZ. **07** 1323. Der den Fahrdamm überschreitende Fußgänger braucht nicht weithin über die Straße nach rechts und links zu sehen, ob ein Kraftwagen herankommt, er darf vielmehr erwarten, daß ein nicht an Schienen gebundenes Fahrzeug, das sich von ihm noch in solcher Entfernung befindet, daß es ihm ausweichen kann, dies auch tut; wenn nötig, unter Verringerung seiner Geschwindigkeit; bei der großen Geschwindigkeit, die insbesondere Kraftwagen einzuschlagen pflegen, würde sonst eine überaus starke Hemmung des Fußgängerverkehrs eintreten.

c) Weitere körperliche Unfälle (s. JDR. **5** Ziff. 10 c, **3** Ziff. 10 c, **2** Ziff. 12 c). α. Auf Straßen. **RG.** PrVerwBl. **07** 90. Haftung einer Gemeinde für Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit eines öffentlichen Weges im vollen Umfang anerkannt. — **RG.** BayRpfl Z. **07** 472, PosMSchr. **07** 127, R. **07** 1320 Ziff. 3308. In der Benutzung eines Motorrades, das von einem Terrier während der Fahrt umgestoßen werden kann, kann ein mitwirkendes Verschulden erblickt werden; auch hat ein vorsichtiger Fahrer, wenn er den Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt gerecht werden will, darauf Bedacht zu nehmen,

sich gegen die durch Angriffe von Hunden hervorgerufene Gefahr zu schützen. ➠ Diese Entscheidung dürfte in ihren Anforderungen an das radfahrende Publikum zu weit gehen. — Red. ⟵ BadRpr. **07** 29 (Karlsruhe). Zusammenstoß zwischen einem Wagen und einem Radfahrer nachts im Walde: gleiches Verschulden auf beiden Seiten vorliegend, da beide Gefährte unbeleuchtet waren, der Radfahrer trotz der herrschenden Dunkelheit auch schnell und unvorsichtig fuhr. — **RG.** R. **07** 1131 Ziff. 2689. Unfall auf einem unbeleuchteten Wege, auf dem zerstreute Steine lagen: Ersatzanspruch wegen Fehlens der Beleuchtung voll anerkannt, obwohl dem Verletzten der Zustand des Weges bekannt war. — **RG.** Sächs.RpflA. **07** 426 ff. Infolge einer militärischen Übung auf der Landstraße war das Pferd des Klägers durchgegangen, er selbst hierbei verletzt worden; die Schadensersatzpflicht des Militärfiskus ist festgestellt, jedoch bedarf es noch der Erörterung des geltend gemachten Mitverschuldens des Verletzten, der den Zügel nicht straff genug hielt, wozu er mit Rücksicht auf die drohende Gefahr in besonderem Maße verpflichtet war. β. In Gebäuden. **RG.** JW. **07** 10 Ziff. 9. Der Verletzte war nachts zwischen 11 und 12 Uhr von einer Treppe, die infolge Schneefalls bei gelindem Froste glatt war, herabgestürzt. Ersatzanspruch nur zu $^1/_3$ anerkannt, da zu dieser Zeit, wo der Passant fortgesetzte Säuberung der Treppe nicht mehr erwarten konnte, besondere Vorsicht geboten war. — NaumburgAK. **07** 30 (Naumburg). Ersatzanspruch völlig verneint in einem Falle, wo jemand infolge Unachtsamkeit die Treppe hinunterstürzte, obwohl die Anlage der Treppe eventuell als Konstruktionsfehler angesehen werden konnte. — HessRspr. **8** 177 (Darmstadt). Der Hauseigentümer, der seine Treppe dem Verkehr öffnet, hat die Pflicht, für deren Beleuchtung zu sorgen, wofern dieselbe nach der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt geboten war, was vorliegendenfalls mit Rücksicht darauf, daß sich an der Treppe ein Heu- und Strohlager befindet, zu verneinen ist. Es kommt hinzu, daß der Verletzte sich unvorsichtig auf der dunklen Treppe bewegt hat; Ersatzanspruch daher nicht zugebilligt. — MecklZ. **26** 20 (Rostock). Ersatzanspruch des Mieters, der bei Glatteis auf dem Hofe des Hauses verunglückt war, wegen überwiegenden Verschuldens verneint; der Mieter hätte die durch das Glatteis hervorgerufene Gefahr selbst beseitigen, mindestens aber vor Betreten des Hofes den Vermieter um Beseitigung des gefahrbringenden Zustandes ersuchen müssen. — **RG.** SeuffBl. **07** 645. Haftpflicht des Eisenbahnfiskus zur Hälfte festgestellt in einem Falle, wo auf einem Bahnhof in nicht kenntlich gemachter Weise ein Gerüst aufgestellt war und hierdurch jemand verunglückte; die geringe Aufmerksamkeit des Verletzten ist ihm als Verschulden anzurechnen. — SchlHolstAnz. **07** 305 (Kiel). Der Fiskus ist haftbar erklärt für den Unfall, den die Pferde des A. dadurch erlitten, daß sie durch das in schlechtem Zustande befindliche Hecktor auf das Bahngelände gelangen konnten. A. selbst trifft insofern ein Verschulden, als er auf Abhilfe bezüglich des schadhaften Zustandes des Tores hätte dringen müssen (Ersatzanspruch zur Hälfte anerkannt). — R. **07** 1320 Ziff. 3305 (Celle). Als Verschulden des Hauswirts ist es anzusehen, wenn er die Gefährlichkeit einer Treppenanlage kennt und Abhilfe nicht schafft; andererseits ist es Verschulden des Verletzten, daß er das Treppengeländer nicht anfaßte; unerheblich ist es, ob der Verletzte den gefährlichen Zustand der Treppe kannte oder nicht, und daß er sich niemals darüber beschwert hat. — **RG.** R. **07** 824 Ziff. 1785. Wer in einem fremden Hause sich bewegt, muß mit der größten Vorsicht gehen, dann Schritt für Schritt seinen Weg suchen und, wenn angängig, sich selbst Beleuchtung verschaffen. — **RG.** Gruchots Beitr. **51** 604 s. bereits JDR. **5** zu § 254 Ziff. 10 c (JW. **06** 710 Ziff. 4). — **RG.** ZVersWes. **07** 38 s. bereits JDR. **5** zu § 254 Ziff. 10 c β (JW. **06** 710 Ziff. 5). γ) **RG.** SeuffBl. **07** 530. Haftpflicht des Braunkohlenwerksbesitzers für einen Unfall begründet, der dadurch entstanden ist, daß infolge des mit ungewöhnlich heftigem Geräusch erfolgenden Auspuffens des Dampfes aus dem Auspuffrohr ein Pferd

durchging. Mitverschulden des Fuhrwerksleiters nur vorliegend, falls ihm die beim Auspuffen des Dampfes entstehenden Geräusche schon bekannt waren.

d) Bei Vertragsverhältnissen (s. JDR. **5** Ziff. 10 d, **4** Ziff. 10 d). α. Käufer und Verkäufer. αα. **RG.** LeipzZ. **07** 54 Ziff. 3. Eingreifen des Abs. 2 für vorliegend erachtet in einem Falle, wo infolge Lieferungsverzugs aus einem Papierlieferungsvertrage dem Gläubiger durch Aufkündigung eines Vertrags seitens einer Zeitung ein ungewöhnlich hoher Schaden entstanden war. ββ. **RG.** LeipzZ. **07** 593 Ziff. 4. Recht des Käufers zur Wandelung nach Untergang der Kaufsache, wenn den Verkäufer ein überwiegendes Verschulden an dem Untergange trifft (vgl. zu § 351). γγ) **RG.** R. **07** 762 Ziff. 1619. Ein Schuldner, von dem Schadensersatz wegen verzögerter Lieferung verlangt wird, kann mit dem Einwande, der Gläubiger habe durch einen Deckungskauf den Schaden abwenden können, nicht gehört werden, wenn er auf die Aufforderung zur Lieferung selbst die sofortige Lieferung zugesagt hatte. — δδ) **RG.** LeipzZ. **07** 54 Ziff. 3 s. bereits JDR. **5** Ziff. 10 d α. — β. Lagereivertrag. **RG.** LeipzZ. **07** 350 Ziff. 5. Die Übergabe des Gutes an den Lagerhalter in mangelhafter Verpackung schließt ein Verschulden des Einlagerers in sich, das die Haftung des Lagerhalters für Verlust ganz oder teilweise auszuschließen geeignet ist. γ. Gesindedienstverhältnis. **RG.** JW. **07** 249 Ziff. 10, DJZ. **07** 538. Die Fürsorgepflicht der Herrschaft gemäß § 618 durchbricht nicht den Grundsatz des § 254 (Dienstmädchen bei unvorsichtigem Putzen der Fenster verunglückt, Ersatzanspruch zur Hälfte anerkannt). S. auch JDR. **4** zu § 618 Ziff. 3 a. — δ. Schadlosbürgschaft. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 591. A. (Käufer) hatte sich B. (Verkäufer) gegenüber verpflichtet, für die Kaufpreisforderung des B. Dreimonatsakzepte in der Weise zu geben, daß bei Hingabe jedes Akzepts eine Abschlagszahlung erfolgte, B. die früheren Akzepte einzulösen und über deren verbleibenden Rest Prolongationsakzept anzunehmen hatte. Für den Schaden, der dem A. aus vertragswidrigem Verhalten des B. entstehen konnte, hat C. garantiert. A. ist dadurch zu Schaden gekommen, daß B. ein Akzept nicht einlöste und gleichzeitig das neue Prolongationsakzept begab, so daß A. nunmehr von zwei Seiten auf Zahlung des vollen Kaufpreises wechselmäßig in Anspruch genommen wurde. Dem Ersatzanspruche des A. dem C. gegenüber steht eigenes Verschulden des A. insofern entgegen, als A. verpflichtet war, sofort nach dem Verbleibe des alten Akzepts, das ihm nicht wie erforderlich mit Zahlungsvermerk zurückgesandt war, zu forschen und C. von dem Ausbleiben des Akzepts in Kenntnis zu setzen. ε. Haftung des Gerichtsvollziehers und Rechtsanwalts. **RG.** JustdRundsch. **07** 218. Die Tatsache, daß der Gerichtsvollzieher die die Stelle der Urschrift vertretende Ausfertigung des Urteils nach bewirkter Zustellung nicht an den Auftraggeber, sondern an den Prozeßbevollmächtigten des Gegners sandte, ist eine zum Ersatze verpflichtende Fahrlässigkeit; wenn andererseits der Anwalt, der den Zahlungsauftrag gegeben hat, in keiner Weise eine Kontrolle über die ordnungsmäßige Ausführung des Auftrags führte, so enthält dies eine so schwerwiegende Fahrlässigkeit, daß sie derjenigen des Gerichtsvollziehers jedenfalls gleichkommt. Der Gerichtsvollzieher hat daher nur für die Hälfte des Schadens aufzukommen, während die andere Hälfte die Partei aus der Person ihres Prozeßbevollmächtigten, dessen Verschulden wie ihr eigenes zu behandeln, zu tragen hat.

e) Zwangsvollstreckung. Intervention (vgl. JDR. **5** Ziff. 10 e, **4** Ziff. 10 e, **3** Ziff. 10 e, **2** Ziff. 12 e Abs. 1, 2). Hagen, Zur Anwendung des § 254, SeuffBl. **07** 365 ff. Hat der Eigentümer einer gepfändeten Sache es unterlassen, den durch ihre Versteigerung entstandenen Schaden durch rechtzeitige Stellung eines Antrags auf Einstellung der Zwangsversteigerung abzuwenden, so ist ein konkurrierendes Verschulden des Beschädigten anzunehmen, wenn er die Beläge für sein Eigentum zur Verfügung und von der Pfändung so zeitig Kenntnis

erhalten hatte, daß er vor der Versteigerung einen Einstellungsbeschluß hätte erwirken können. Hinsichtlich der Bemessung der Frist wird auf den Stand und auf die Persönlichkeit des Eigentümers Rücksicht zu nehmen sein. Einzelheiten über drei typische Einzelfälle, wenn der Eigentümer ein gewandter, ein unbeholfener Mensch ist oder wenn er nach Kenntnis der Pfändung in Unterhandlungen mit dem Pfändungsgläubiger tritt, aaO. 368—371.

f) Weitere Einzelfälle. α. Nichtverwendung von Beitragsmarken zur Alters- und Invalidenversicherung durch den Arbeitgeber (s. JDR. **5** Ziff. 10 f α u. § 611 Ziff 5 d nebst den dortigen Verweisungen). Hilse, SeuffBl. **07** 580—583, tritt dem Standpunkte des RG. bei (vgl. JDR. **5** § 611 Ziff. 5 d), wonach stillschweigend zwischen dem Dienstberechtigten und -verpflichteten durch die Übernahme bzw. Übergabe der Quittungskarte ein Schuldverhältnis dahin als vereinbart angenommen werden kann, daß ersterer dem letzteren gegenüber verpflichtet sein solle, alle aus der Versicherung sich ergebenden Verbindlichkeiten für diesen zu erfüllen. Dagegen fällt dem Versicherten ein mitwirkendes Verschulden zur Last, weil er es verabsäumte, gelegentlich der bei den Lohnzahlungen ihm gemäß § 142 JVG. zu machenden Abzüge das Vorzeigen der Quittungskarte zu verlangen, um sich von der gehörigen Markenverwendung Überzeugung zu verschaffen. β. Rettungshandlungen (s. JDR. **4** Ziff. 10 f zu β). αα. **RG.** JW. **07** 673 Ziff. 8, ZVersWes. **07** 459, R. **07** 1396 Ziff. 3454, DJZ. **07** 1257. Wer einem anderen das Leben zu retten versucht, darf nicht ohne jede Vorsicht und Überlegung und ohne jede Aussicht auf Erfolg handeln; er handelt nur dann ohne Verschulden, wenn er nach den Umständen des Falles berechtigterweise annehmen durfte, sein Vorhaben werde von Erfolg begleitet sein, und nur beim Vorliegen solcher Umstände kann von Erfüllung einer sittlichen Pflicht die Rede sein. Dies traf im fraglichen Falle zu (ein Oberingenieur versuchte mehrere durch Ausströmen von Gas verunglückte Arbeiter zu retten und kam hierbei selbst ums Leben). ➠ Die Heranziehung der Grundsätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag war gleichfalls geboten. Denn der Rettende handelte vor allem auch für den Fabrikbesitzer, der den Verunglückten gegenüber ersatzpflichtig werden konnte. — Red. ⬅ ββ. **RG.** JW. **07** 307 Ziff. 8, R. **07** 573 Ziff. 1155. Abspringen von einem Wagen, dessen Pferd durchgeht, kann nicht als Verschulden angesehen werden; die Aufregung, in der sich der Abspringende befand, beseitigt sogar den Vorwurf, daß er in entgegengesetzter Fahrtrichtung absprang. Unter diesen Umständen hat der Führer des Wagens, der das Pferd durch unsinniges Schlagen zum Scheuen brachte, den dem Abgesprungenen zugestoßenen Schaden voll zu tragen. γ. **RG.** JW. **07** 199 Ziff. 2. Kläger ist vom Hunde des Beklagten gebissen worden, Beklagter hat eingewandt, der Hund sei durch den Kläger gereizt worden, Kläger habe sich außerdem die Folgen des Bisses durch Vernachlässigung der Wundbehandlung und infolge eines schon bestehenden älteren Leidens zuzuschreiben; das Vorbringen des Beklagten ist nicht berücksichtigt, die Sache daher ohne weiteres zurückverwiesen; der Berufungsrichter hätte unter allen Umständen kraft des Fragerechts aufklären müssen, ob diese außerordentlich wesentliche Verteidigung aufrechterhalten werden soll. δ. Verstreichenlassen einer gerichtlichen Ausschlußfrist. R. **07** 1396 Ziff. 3453 (Hamburg). Wer von einer ihm zur Klagerhebung vom Gerichte gesetzten Ausschlußfrist von 14 Tagen 12 Tage verstreichen läßt, ehe er Klage erhebt, den trifft überwiegendes Verschulden. Er kann daher, wenn die Klage nicht rechtzeitig zugestellt ist, den Gerichtsvollzieher nicht haftpflichtig machen, auch wenn diesen ein Verschulden trifft.

9. **RG.** R. **07** 505. Ein ungewöhnlicher Schaden ist derjenige, dessen Eintritt durch außergewöhnliche Umstände bedingt ist, wobei die Außergewöhnlichkeit dieser

Umstände nicht schon daraus zu folgern ist, daß sie eben nicht gerade die nächstliegenden sind.

§ 255. 1. Wesen und Art der Vorteilsanrechnung (compensatio lucri cum damno). S. IDR. **1**, **2**, **3** zu § 255, **4** Ziff. 1, **5** Ziff. 1. a) Klein, Ein Beitrag zur Lehre von der Vorteilsanrechnung, Gruchots Beitr. **51** 754 ff., schließt sich den folgenden Grundsätzen der herrschenden Ansicht an: daß es sich bei der Vorteilsanrechnung nicht um Aufrechnung handelt; daß scharf zwischen der Vorteilsanrechnung und allen Solutionen zu scheiden ist, daß, wenn der entstandene Schaden infolge einer Tätigkeit des Schädigenden oder eines Dritten oder auch nur durch einen Zufall wieder verschwindet, niemals Vorteilsanrechnung, sondern Erlöschen der Obligation durch Erfüllung bzw. Zweckerreichung vorliegt. — Jedoch sei es noch nicht gelungen, diese scharfe Scheidung zwischen der Vorteilsanrechnung und ihren Nachbarproblemen auch für die zahlreichen typischen Fälle, die bei den Untersuchungen über die Vorteilsanrechnung herangezogen werden, durchzuführen. — Er versucht im folgenden zu zeigen, daß ihre Lösung nicht aus dem Gedanken der Vorteilsanrechnung hergeleitet werden kann, daß vielmehr bereits andere bekannte Rechtsinstitute ausreichen (Einzelheiten 755 ff.). **b)** *Schulz, Rückgriff 77 (vgl. unten zu § 412). Soweit persönliche Ansprüche in Frage stehen, kann der Sinn des Paragraphen nur sein: die Geltendmachung des Regreßanspruchs verlangt eine ausdrückliche Regreßlegitimation des befriedigten Gläubigers. — Die Vindikationszession ist analog dem seerechtlichen Abandon zu behandeln (104 ff.).

2. Aus der Rechtsprechung. a) **RG. 65** 57, JW. **07** 133 Ziff. 12, DIZ. **07** 359. Nur, wenn durch dasselbe Ereignis sowohl Nachteil wie Vorteil für den Betroffenen entsteht, erscheint nur der Überschuß des Nachteils als Schaden. Der bloße tatsächliche Zusammenhang zweier verschiedener Ereignisse, aus deren einem der Schaden, aus deren anderem der Vorteil erwächst, genügt hierzu nicht. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 810. Abweichend von den bei der Enteignung geltenden Grundsätzen sind bei den Schadensersatzansprüchen der Hauseigentümer wegen Änderung der städtischen Straße die daraus erwachsenden Vorteile mit den daraus erwachsenden Nachteilen entsprechend auszugleichen. **c)** SchlHolstAnz. **07** 229 (Kiel). Der Beschädigte braucht sich eine ausgleichsweise Anrechnung eines gleichzeitig erlangten Vorteils nur anrechnen zu lassen, wenn der Vorteil auf dieselbe Tatsache zurückzuführen ist, wie der erlittene Schaden.

Zu §§ 259, 260. 1. *Reichel, BuschsZ. **37** 51. Wird vorbereitend zunächst nur auf Rechnungslegung oder Auskunftserteilung (§§ 259, 260 BGB.) geklagt, so begründet diese Klage keine Prozeßzinsen (§ 291 BGB.), auch keine Unterbrechung der Verjährung (§ 209 BGB.) in Ansehung des Hauptleistungsanspruchs; ausgenommen ist der Fall des § 254 ZPO.

2. *Reichel, BuschsZ. **37** 56. Ungehörig und unzulässig ist es, im Falle einer aus §§ 259, 260 BGB. erhobenen Klage schon im Klagantrage das Beeidigungsverlangen zu stellen. Denn erst die Zukunft kann entscheiden, ob die gelegte Rechnung Anlaß zu Besorgnissen gibt.

§ 259. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **51** Beil. 897. Eine allgemeine Rechtspflicht zur Auskunftserteilung existiert nach bürgerlichem Rechte nicht, sie beschränkt sich vielmehr auf die bestimmten, im Gesetze vorgesehenen Fälle; eine solche Pflicht besteht insbesondere nicht für einen aus einer Sicherungshypothek lediglich dinglich Verpflichteten.

2. WürttZ. **07** 5 (Stuttgart). Der Gasthofwirt, der mit seinem Lehrlinge vereinbart hat, daß dieser das eingenommene Trinkgeld jeden Tag an ihn abzugeben habe, daß das Geld dann in eine besondere Trinkgelderkasse fließe, aus der die nötigen

Auslagen für den Lehrling bestritten werden sollen, ist verpflichtet, seinem Lehrlinge hinsichtlich dieser Kasse Rechnung zu legen.

3. **RG.** R. **07** 1314 Ziff. 3270. Eine allgemeine Pflicht zur Rechnungslegung besteht selbst bei vorhandenem Interesse an ihr nicht, sie beschränkt sich vielmehr auf die Rechtsverhältnisse, die nach gesetzlicher Vorschrift hierzu verpflichten. Ein solches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn eine Bank von den Erben ihres Kunden den Auftrag erhält und annimmt, aus den Eingängen der in ihrem Besitze befindlichen Wertpapiere des Kunden die Schulden des Kunden zu decken.

4. **RG.** R. **07** 308 Ziff. 575. Wer die Verwaltung eines Warenlagers auf Veranlassung der Gläubiger des bisherigen Geschäftsinhabers übernimmt, ist den Gläubigern zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung verpflichtet.

§ 260. 1. **RG.** JW. **07** 299 Ziff. 3. Nach dem allgemeinen Grundsatze des Paragraphen hat die Verpflichtung zur Herausgabe eines Inbegriffs regelmäßig zur Folge, daß dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen ist; eine solche Pflicht besteht auch für die als Vorerbin eingesetzte Ehefrau bezüglich des Verzeichnisses, das sie nach § 1640 für ein als Nacherbe auf den Überrest eingesetztes minderjähriges Kind dem Vormundschaftsgericht einzureichen hat.

2. **RG.** R. **07** 1538 Ziff. 3830. Der Testamentsvollstrecker, der Herausgabe des Nachlasses an sich fordert, kann die Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses verlangen; ein solches Verlangen ist in dem Anspruch auf Auskunftserteilung als mitenthalten anzusehen.

Zu §§ 262 ff. (Vgl. JDR. 5, 4 zu §§ 262 ff.) 1. *ten Hompel, Der Verständigungszweck im Rechte (Berlin 1907), definiert die Wahlobligation als bedingungslosen Wahlvertrag mit alternativem Rücktrittsvorbehalte. Der alternative Rücktrittsvorbehalt berührt in keiner Weise die Wirksamkeit der Schuldhaftung der beiden vom Grundvertrage bedingungslos umfaßten in obligatione gehaltenen Leistungsgegenstände. Ist für denjenigen von beiden Gegenständen, der nicht zur Leistung gewählt wurde, der Rücktritt durch die Wahl des anderen Gegenstandes ausgesprochen, so ist damit der ausgeschiedene Gegenstand kraft des im Rücktritte dokumentierten contrarius consensus aus der ursprünglichen bedingungslosen Vertragshaftung entlassen, und die Dinge liegen dann genau, wie der § 263 Abs. 2 es will, so als sei die gewählte Leistung die von Anfang an allein geschuldete gewesen. Der alternative Rücktrittsvorbehalt ist die alternative suspensive freie Wollensbedingung im Rücktrittsvertrage. Die Zulässigkeit der suspensiven freien Wollensbedingung aber folgt, wie zu § 158 dargelegt, daraus, daß das Urelement jedes rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, der Verständigungswille, von der Suspendierung des ihm untergeordneten Wirkungswillens nicht berührt wird und also während der Schwebezeit den Wesensträger des Rechtsgeschäfts abgibt.

2. *Weyl, SeuffBl. **07** 563 ff. Nicht um eine Wahlobligation, sondern um einen Fall der Alternativermächtigung auf der Gäubigerseite handelt es sich (aaO., insbes. 611 ff, 564) im BGB. §§ 1345 f. Das Wahlrecht geht aber (wegen § 1478 Abs. 1 und § 1579 Abs. 2) nicht ganz restlos in die Formel der facultas alternativa auf (564 Anm. 10), enthält aber andererseits (s. ebenda) gelegentlich (§ 1580 Abs. 2) eine doppelte facultas; von der facultas kann aber zu § 1351 nicht die Rede sein (613), da hier nur eine gesetzliche Fiktion vorliegt.

§ 262. **RG.** R. **07** 568 Ziff. 1131. Die alternative Verurteilung zur Zahlung der Klagesumme oder nach Wahl des Beklagten zur Duldung der Aufrechnung ihres Betrags gegen den ihm vom Pächter geschuldeten Pachtzins beschwert den Beklagten nicht. Sie statuiert nicht eine Wahlschuld, sie bedeutet vielmehr nur eine dem Beklagten vom Kläger nachgelassene Erleichterung der geschuldeten Leistung.

§ 265. Fischer, JheringsJ. **51** 207/8 (s. oben zu § 243 Ziff. 1 a), dringt gegenüber Pescatore, Litten usw. (207 Anm. 59) auf sorgfältige Befolgung des Gesetzes, während die herrschende Ansicht bei zufälligem Untergange des Schuldgegenstandes, in bezug auf den bereits Konzentration eingetreten, den Schuldner nicht frei wurden, sondern auf Ersatz dafür haften läßt, daß er früher die Konzentration schuldhaft herbeigeführt hat, während er früher nicht dafür haftete.

§ 267. 1. *Bitterscheidt, Die Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung 9, bekämpft mit Rotenberg und Turnau-Förster die herrschende Ansicht, daß der Dritte durch Hinterlegung nicht leisten könne. Verf. hält diese Ansicht auf die Dauer für unmöglich.

2. Breit (s. oben zu § 243 Ziff. 2 a) aaO. 181 ff. über den Bankier als erfüllenden Dritten. Aus der Tatsache, daß beim Vinkulationsgeschäfte der Bankier bei der Erfüllung als Dritter im Sinne des § 267 tätig ist, kann nichts für sein angebliches Recht hergeleitet werden, die Verwendung der Ware als Annahme der Vinkulationsofferte zu betrachten (186). — Der Verf. gibt dem Importeur ein Recht gegen den Bankier auf Aufgabe des Sicherungsrechts gegen Zahlung des effektiven Vorschusses (202), und zwar mittelbar durch den § 267 (205). Der Importeur ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, die vom Vinkulanten angebotene Ablösung des dinglichen Rechtes nicht abzulehnen (207). Der Fall ist gleichgeartet dem Falle des Möbelleihvertrags (s. JDR. **3** § 267 Ziff. 2).

3. Aus der Rechtsprechung. a) **RG.** R. **07** 374 Ziff. 730. Die von dem Dritten bewirkte Leistung muß mit der dem Schuldner obliegenden identisch sein. b) **RG.** R. **07** 969 Ziff. 2259. Wie sich aus dem Erfordernisse der Gegenseitigkeit der aufzurechnenden Forderungen ergibt, ist dem Dritten die Tilgung fremder Schuld durch Aufrechnung mit einer eigenen Forderung versagt. c) **RG. 65** 162. Der auf Ersatz der Heilungskosten belangte Tierhalter kann der Klage des Verletzten gegenüber nicht einwenden, der Heilungsaufwand sei bereits von seinem unterhaltungspflichtigen Vater getragen worden; hiergegen spricht einmal § 843 Abs. 4, auch müßte der Vater des Verletzten diesem den zur Herstellung „erforderlichen Geldbetrag" gezahlt haben (§ 249).

§ 268. *Schulz, Rückgriff 73 (vgl. u. zu § 412). Der Befriedigende kann nicht gegen Bürgen und Pfänder greifen, auch wenn dies nach dem Wortlaute des Gesetzes so scheinen möchte.

§ 269. Literatur: F. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort. Berlin 1907. — Rieck, Der Leistungsort des Bürgen. Rostock 1907.

1. *Leonhard. Mit dem „Leistungsorte" meint das Gesetz den Ort, der für das Schuldverhältnis am charakteristischsten ist, den „Schuldort". Er fällt keineswegs immer mit dem Orte, wo wirklich zu leisten ist — dem Vollzugsorte — zusammen. Denn am Wohnsitze des Schuldners können die wichtigsten Leistungen überhaupt gar nicht vollzogen werden. Insbesondere kann bei Versendungsschulden dort nur die Absendung stattfinden: und sie ist weder als Erfüllung oder Leistung zu betrachten (30 ff.), noch braucht sie gerade am Wohnsitze des Schuldners zu erfolgen (65 ff.). — Der Schuldort kann sich nach dem Vollzugsort, aber auch nach dem Wohnsitze, dem Entstehungsort u. a. bestimmen. Jedesmal ist die Anknüpfung maßgebend, die die Schuld am besten charakterisiert. Allgemeiner subsidiärer Schuldort ist der Wohnsitz des Schuldners. — Der Schuldort ist für das örtliche Recht und die örtlichen Gewohnheiten, den Gerichtsstand und teilweise für Gefahr und Kosten maßgebend. — Auch die Parteien verstehen unter „Erfüllungsort" den für die Schuld maßgebenden Ort (vgl. die Ergebnisse der Umfrage bei den deutschen Handelskammern 69 ff., 183 ff.). Sie können durch Vertrag den Schuldort auch an einen Ort verlegen, wo die wirkliche Leistung nicht stattfindet (76 ff.).

2. *Rieck 14 ff. a) Die Fälle des § 269 Abs. 3 und § 270 lassen sich unter dem Ausdruck „Übersendungsschuld" zusammenfassen. →→ Ähnlich Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort: Durchgangsleistung. ←← Beide Vorschriften setzen voraus, daß der Schuldner die geschuldete Sache an einen von seinem Wohnsitz oder seiner gewerblichen Niederlassung entfernten Ort, den das Gesetz im § 391 gelegentlich als Ablieferungsort bezeichnet, zu versenden oder zu übermitteln hat. Bei derartigen Übersendungsschulden soll regelmäßig nicht der Ablieferungsort, sondern der Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Schuldners Leistungsort sein. Dieser Leistungsort →→ Leonhard: Schuldort ←← gehört nicht zum Inhalte der Übersendungsschuld. Der Schuldner ist an ihm weder die Verbindlichkeit zu tilgen, noch eine andere Handlung vorzunehmen, verpflichtet. Tilgungsort →→ Leonhard: Vollzugsort ←← ist vielmehr der Ablieferungsort. α. Der Schuldner braucht so wenig vom Leistungsort als von einem bestimmten anderen Orte aus zu übermitteln oder zu versenden, er braucht nur zu liefern, und zwar am Ablieferungsorte. Jedoch hat der Schuldner bei Übersendung von einem anderen Orte aus die Mehrkosten und →→ bei Erhöhung der Gefahr ←← die Gefahr zu tragen. Der Schuldner bleibt nicht schon dann außer Verzug, wenn er am kalendermäßig bestimmten Leistungstage die geschuldete Sache vom Leistungsort aus absendet. β. Absendung ist noch keine Übergabe, keine Leistung, auch nicht, wenn die Übersendung auf Gefahr des Gläubigers erfolgt, wie namentlich beim Versendungskaufe. γ. Auch alternativ ist der Schuldner nicht verpflichtet, die Sache auf Erfordern des Gläubigers an seinem Leistungsort abzuliefern. b) Bei Schulden, die nicht Übersendungsschulden sind →→ Leonhard: Ortsleistungen ←← ist zwar *regelmäßig* der Leistungsort auch Tilgungsort, gehört also regelmäßig zum Inhalte der Verbindlichkeit, →→ abweichend Leonhard 67 ←←, aber nicht notwendig. Es kann z. B. vereinbart werden, daß der Gläubiger zwar sein Geld vom Wohnsitze des Schuldners abholen, Leistungsort aber der Wohnsitz des Gläubigers sein soll. Es kann jemand einen in Frankfurt belegenen Laden mit der Bedingung vermieten, daß Berlin für ihn Leistungsort sei. — c) Der Leistungsort hat also seine frühere primäre Bedeutung als Ort, an dem der Schuldner das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen soll, begrifflich verloren und wird nunmehr lediglich durch seine ursprünglich sekundären Wirkungen, insbesondere als Klagort, charakterisiert. Man kann ihn nur definieren als Ort, an den das Gesetz gewisse das Schuldverhältnis betreffende Wirkungen anknüpft. Vom Leistungsorte zu unterscheiden ist der Tilgungsort, d. h. der Ort, an dem der Schuldner seine Schuld zum Erlöschen zu bringen hat. Eine Unterart des Tilgungsorts ist der Ablieferungsort bei Übersendungsschulden. — Der Tilgungsort befindet sich im Zweifel im allgemeinen an dem Wohnsitz oder der gewerblichen Niederlassung des Schuldners, nur bei Geldschulden an dem Wohnsitz oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers. — Der Leistungsort befindet sich bei Nichtübersendungsschulden im Zweifel am Tilgungsorte; bei Übersendungsschulden dagegen befindet er sich im Zweifel nicht am Tilgungsorte, sondern an dem Wohnsitz oder der gewerblichen Niederlassung des Schuldners, gehört also regelmäßig nicht zum Inhalte der Verbindlichkeit, ist vielmehr bloß deren Zubehör.

3. SächsAnn. **28** 53 (Dresden). Vertragsmäßige Änderung des gesetzlichen Erfüllungsorts für die dem *Käufer* bei Handelsgeschäften obliegende Leistung ist aus der Klausel „Erfüllungsort H." in den dem Käufer übersandten Lieferungsbedingungen nicht zu entnehmen, es folgt hieraus nur eine vertragliche Änderung des Erfüllungsorts für die Lieferung; s. dagegen JDR. **5** Ziff. 3 a β. — Vgl. weiterhin über *fortlaufende Geschäftsverbindung* JDR. **5** Ziff. 3 und die dortigen Verweisungen. — OLG. **14** 62 (Cassel) s. schon JDR. **5** Ziff. 3 b γ. —

4. *Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung* (s. JDR. **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 2). a) *Schadensersatzklagen.* **RG.** LeipzZ. **07** 342. Erfüllungsort für die aus schuldhafter Vertragserfüllung folgende

Pflicht des Verkäufers zur Leistung des Schadensersatzes ist der Ort, wo der Verkäufer die ihm obliegende Verpflichtung aus dem Kaufvertrage zu erfüllen hatte. Vgl. JDR. **4** Ziff. 2. **b)** Rückzahlung eines Darlehens. α. NaumburgAK. **07** 31 (Naumburg). Erfüllungsort für die Rückzahlungsverpflichtung des Darlehnsschuldners ist der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit des Abschlusses des Darlehnsvertrags; es ist aus der Natur dieses Schuldverhältnisses nicht zu entnehmen, daß der jeweilige Wohnsitz des Schuldners als Erfüllungsort für diese Verpflichtung zu gelten habe. β. RheinARV. **24** 190 (LG. Cleve). Erfüllungsort für die Rückzahlungsverpflichtung des Darlehnsschuldners ist, sofern besondere Bestimmung nicht getroffen ist, der Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Darlehnshingabe; es ist insbesondere aus der Natur dieses Vertragsverhältnisses nicht zu entnehmen, daß der jeweilige Wohnsitz des Schuldners als Erfüllungsort zu gelten habe. **c)** Verpflichtungen eines Reisenden (s. JDR. **5** Ziff. 4 f.). SächsRpflA. **07** 474 (LG. Dresden). Durch die zwischen einer Firma und ihrem Reisenden getroffene Vereinbarung, daß der Reisende seinen Wohnsitz an dem Orte der Handelsniederlassung nehmen müsse, wird dieser Ort zum Erfüllungsorte für die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Engagementsvertrage. **d)** Verkauf schwimmender Ware. **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 146. Bei einem Verkaufe schwimmender Ware hat der Ort, an dem der Ladeschein ausgehändigt werden soll, als Erfüllungsort zu gelten, sowohl dann, wenn das Schiff bei Kaufabschluß von dem Versendungsorte bereits abgegangen ist, als auch dann, wenn die Ware verkauft wird, nachdem sie abgeladen, der Ladeschein ausgestellt, der Schiffer aber noch nicht abgefahren ist. **e)** Abrede „frei Bord". **RG.** LeipzZ. **07** 281 Ziff. 8, R. **07** 307 Ziff. 565. Die Abrede, daß die Verkäuferin „frei Bord New York" zu liefern habe, macht New York noch nicht zum Erfüllungsorte, falls die Verkäuferin alle übrigen zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten nötigen Anordnungen von ihrem Wohnsitz aus zu treffen und von dort aus zu überwachen hatte. **f)** Lieferung frei Bahnhof. **RG.** LeipzZ. **07** 342 Ziff. 8, BraunschwZ. **07** 60. Ist die Lieferung frei Bahnhof und weiter bedungen, daß der Verkaufer die Maschine am Bestimmungsort aufstellen und in Betrieb setzen soll, so bleibt Erfüllungsort für den Verkäufer doch sein Wohnort; denn die Leistungen der Versendung und Montierung auf seine Kosten sind nur Nebenleistungen, die den Erfüllungsort nicht ändern. **g)** cif Rotterdam, Verladung in Kalifornien. ElsLothJZ. **07** 16 (Colmar). Die Vertragsbestimmung „cif Rotterdam, Verladung in Kalifornien" setzt als Erfüllungsort Kalifornien mit der Maßgabe fest, daß der Verkäufer die Fracht und event. Kosten von da an bis Rotterdam tragen soll. **h)** Klage auf Minderung. Internationales Privatrecht. **RG. 66** 73, JW. **07** 359 Ziff. 7, R. **07** 1198 Ziff. 2856. Für den Anspruch eines deutschen Kontrahenten aus einem Kaufvertrag auf Minderung ist, mag man der Theorie, daß der Erfüllungsort maßgebend sei oder das Personalstatut des Schuldners, folgen, deutsches Recht anzuwenden, falls zugleich mit der Minderung Befreiung von der rechtlichen Kaufgeldforderung verlangt wird. Der Anspruch auf Minderung ist alsdann nur eine Folgerung des Anspruchs auf Befreiung von dem restierenden Kaufpreise, der letztere ist als der ausschlaggebende Hauptanspruch anzusehen, beide Ansprüche können nur einer einheitlichen Beurteilung unterliegen, für welche der Hauptanspruch ausschlaggebend ist. Der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises hätte der deutsche Kontrahent nach § 269 Abs. 1 an seinem Wohnsitze zu genügen; soweit Befreiung von der Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung in Betracht kommt, würde also deutsches Recht anzuwenden sein, woraus nach obigem folgt, daß auch für den Rückerstattungsanspruch deutsches Recht zu gelten hat. ⇒ Diese inhaltlich widerspruchsvolle und rechtlich bedenkliche Entscheidung erfordert eine kurze Erwiderung: Das RG. lehnt es ab, prinzipiell Stellung zu der Frage zu nehmen, welches Recht auf das

Rechtsverhältnis anzuwenden ist; es sagt jedoch ausdrücklich, daß die Verpflichtung der deutschen Kontrahenten zur Kaufpreiszahlung gemäß § 269 an seinem Wohnsitze zu erfüllen ist, womit implicite erklärt wird, daß auf die Verpflichtung der deutschen Kontrahenten nach der Theorie des Personalstatuts deutsches Recht anzuwenden ist, da sich nur so ohne petitio principii die Bezugnahme auf § 269 rechtfertigt. Verfehlt und gezwungen erscheint es ferner, den etwas künstlichen Anspruch auf Befreiung von dem Restkaufpreise denselben Grundsätzen zu unterwerfen, wie den auf Zahlung des Restkaufpreises, was nach den Ausführungen des RG. nur möglich wäre, wenn der Käufer auch Schuldner bezüglich dieses Befreiungsanspruchs sein sollte; wie aber der Verkäufer zweifellos Schuldner des Wandelungsanspruchs ist, so muß dasselbe für diesen aus der Minderung folgenden Befreiungsanspruch gelten, der Käufer kann sich nicht selbst befreien. Nach der wider Willen vom RG. vertetenen Theorie des Personalstatuts wäre dieser Befreiungsanspruch also nach dem Rechte am Wohnsitze des Verkäufers zu beurteilen. — Red. ↞ **i)** Übernahme der Schuld. OLG. **14** 21 (Hamburg). Durch Übernahme der Schuld tritt eine Änderung des Erfüllungsorts nicht ein, der bisherige Erfüllungsort ist auch für den neuen Schuldner bindend. **k)** Anzahlung bei der Auflassung. OLG. **14** 61 (Braunschweig). Ist vereinbart, daß eine Anzahlung „bei der Auflassung" zu erfolgen habe, so kann hierin auch Vereinbarung eines Erfüllungsorts für die Anzahlung erblickt werden, da für die Entgegennahme der Auflassung lediglich das im betreffenden Bezirke liegende Grundbuchamt zuständig ist. **l)** OLG. **14** 60 (Braunschweig). Die Kommissionsnote vertritt nicht ohne weiteres den Schlußschein; vorbehaltlose Annahme der ersteren mit dem Erfüllungsortsvermerke genügt noch nicht zur Vereinbarung des Erfüllungsorts, während dies für die Schlußnote nach dem RG. anzunehmen ist. **m)** Zahlungsverpflichtung des Käufers. **RG. 65** 330. Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung des Käufers ist nach deutschem und österreichischem Rechte, sofern nicht aus dem Vertrag etwas anderes ersichtlich ist, der Wohnsitz des Käufers zur Zeit des Vertragsschlusses. **n)** Pflicht zur Versendung von Belagsexemplaren. *Coulin, IheringsJ. **52** 480. Die Pflicht des Verlegers zur Versendung von Besprechungsexemplaren stellt sich als eine sog. qualifizierte Versendungspflicht dar. Der Verleger hat die Besprechungsexemplare nämlich an dem Wohnort oder dem Orte der gewerblichen Niederlassung der Schriftleitung der in Betracht kommenden Zeitschriften und Zeitungen oder dem Wohnorte der von diesen in der im Buchhandel üblichen Weise bezeichneten Personen zu leisten. **o)** Waggonfrei Hamburg. **RG.** R. **07** 1062 Ziff. 2515 (Hamburg). Die Klausel „Parität waggonfrei Hamburg" hat im allgemeinen die Bedeutung, daß der Käufer erst nach dem Vertragsschlusse den Bestimmungsort für die Ware anzugeben hat, der Verkäufer aber, einerlei welcher Bestimmungsort vorgeschrieben wird, den Käufer rechnungsmäßig so zu stellen hat, als hätte er die Ware vom Erfüllungsorte nach dem Orte, dessen Parität maßgebend ist, befördert und der Käufer dort abgenommen.

§ 270. Bovensiepen, PosMSchr. **07** 141, verneint die Frage, ob in der Abrede, daß der Schuldner am Wohnsitze des Gläubigers zahlen solle, die Vereinbarung dieses Ortes als Erfüllungsorts liege. § 270 Abs. 4 unterscheidet scharf zwischen der Pflicht des Schuldners, das Geld an den Wohnsitz des Gläubigers zu übersenden, und einer Abänderung des Erfüllungsorts. Es ist Sache des Gläubigers, der zu seinen Gunsten eine Abänderung des gesetzlichen Erfüllungsorts herbeiführen will, dies auch klar und deutlich zum Ausdruck und dem Schuldner zum Bewußtsein zu bringen.

§ 271. RG. GruchotsBeitr. **51** 915. Die Erklärung, sich an eine feste Erfüllungszeit nicht binden zu wollen, hat, abgesehen von weiteren Parteiabreden, nur die Be-

deutung, daß es überhaupt an einer vertragsmäßigen Bestimmung für die Zeit der Leistung fehlt, nicht aber die, daß erst eine den Umständen nach entsprechende Zeit nach Ablauf der Frist geliefert zu werden brauchte. Will man in jener Erklärung ein Gegenverlangen erblicken, so geht dies nur dahin, daß dem Erklärenden nicht lediglich deshalb eine Zögerung beigemessen werden dürfe, weil er den von dem anderen Teile beanspruchten Termin nicht innegehalten habe. Die Erfüllungszeit ist offen gelassen, das Gesetz soll entscheiden. S. auch schon JDR. **5** Ziff. 1 a.

§ 273. 1. Allgemeines. Voraussetzungen. Grundgedanken. Anwendungsgebiet (s. JDR. **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1—3, **2** Ziff. 1—3). **a) RG.** JW. **07** 100 Ziff. 2, SchlHolstAnz. **07** 65, R. **07** 824 Ziff. 1788. Auch nach dem Rechte des BGB. gilt über die besondere Bestimmung des § 273 hinaus der alte, selbstverständliche Satz, daß arglistig handelt, wer etwas verlangt, das er rechtlich verpflichtet ist, dem Gegner wieder herauszugeben. **b) RG.** GruchotsBeitr. **51** 919, JW. **07** 477 Ziff. 7. Auch an einem Gegenstande, der auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäfts übertragen ist, kann ein Zurückbehaltungsrecht bis zur Rückerstattung der Gegenleistung ausgeübt werden. **c)** Godron, BayRpflZ. **07** 75 ff. Die exceptio non adimpleti contractus ist nur eine besondere Art des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 BGB. **d)** LeipzZ. **07** 668 Ziff. 1 (Marienwerder). Das Recht, gemäß den §§ 994, 1000 Ersatz der Verwendungen auf eine Sache zu verlangen, kann dem Herausgabeanspruche des Vermieters einer Maschine als Leistungsverweigerungsrecht entgegengesetzt werden; der Mieter ist nur Zug um Zug gegen Ersatz dieser Verwendungen zur Herausgabe zu verurteilen. **e) RG.** GruchotsBeitr. **51** 919, JW. **07** 477 Ziff. 7, SeuffBl. **07** 1086. Ein Hypothekenbrief ist ein zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts geeigneter Gegenstand. **f)** BadRpr. **07** 274 (Karlsruhe). Ein Zurückbehaltungsrecht an einer Lebensversicherungspolice ist nicht denkbar, da sie nicht selbständige Trägerin einer Obligation ist, vielmehr lediglich zum Beweis einer solchen dient. **g) RG.** R. **07** 1131 Ziff. 2692. Auch wenn ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht nicht besteht, ist es mit Rücksicht auf die Vertragsfreiheit zulässig, ein solches Recht mit obligatorischer Wirkung durch Vertrag zu begründen. Dagegen kann, da der Kreis der dinglichen Rechte ein bestimmt begrenzter ist und das BGB. ein dingliches Zurückbehaltungsrecht nicht kennt, ein solches auch nicht durch Vertrag begründet werden. **h) RG.** R. **07** 375 Ziff. 731. Die Vorschrift des Paragraphen ist dispositives Recht und kann daher durch Parteiabrede abgeändert werden.

2. Fälligkeit (s. auch JDR. **5** Ziff. 4). **RG.** GruchotsBeitr. **51** 374. Fälligkeit des Gegenanspruchs im Sinne des Paragraphen wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenanspruch erst mit der Erfüllung dem Gegner gegenüber entsteht. Bei Ansprüchen aus demselben Rechtsverhältnisse soll auch der mit der Erfüllung des einen Anspruchs von selbst entstehende und damit auch fällig werdende Gegenanspruch des Schuldners geschützt werden.

3. Innerliche Zusammengehörigkeit. Rechtliches Verhältnis (s. JDR. **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 1 a, b, **3** Ziff. 1 Abs. 1, insbes. 3 a, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 1 b). **a)** Oertmann, Zivil- und handelsrechtliches Pfand- und Zurückbehaltungsrecht im Bankverkehr, BankA. **6** 137 ff., schließt sich der reichsgerichtlichen Begriffsbestimmung des Rechtsverhältnisses des rechtlich bedeutsamen Lebensverhältnisses an (141). Das rechtliche Verhältnis ist identisch, wenn sämtliche Tatbestandsmomente zur Erfüllung eines einheitlichen Zweckes in seinen Dienst gesetzt sind. Für den Bankverkehr ist von Interesse, ob die Aufnahme verschiedener Ansprüche in ein Kontokurrentverhältnis zwischen ihnen Konnexität gemäß § 273 begründe. Das scheint sehr zweifelhaft; der Kontokurrent bewirkt zwar eine gewisse Vereinheitlichung der einbezogenen Posten, aber nur eine Vereinheitlichung der Geltendmachung, nicht eine solche des Rechtsgrundes, auf dem sie beruhen. Doch begründet das Kontokurrentverhältnis eine viel weitergehende Ab-

hängigkeit der darin einbezogenen Posten, neben der für § 273 kein Bedürfnis bleibt: die selbständige Geltendmachung der darunter fallenden Ansprüche ist ohne weiteres ausgeschlossen. — Im ganzen kann das gewöhnliche Zurückbehaltungsrecht den berechtigten Ansprüchen der Bank nur in sehr bescheidenem Maße gerecht werden (näheres aaO. 144). (S. auch bei HGB. § 366 und KO. § 17.) **b)** **RG.** Gruchots Beitr. **51** 919, JW. **07** 477 Ziff. 7. Der erforderte rechtliche Zusammenhang liegt auch dann vor, wenn Leistung und Gegenleistung einem innerlich zusammengehörigen einheitlichen Lebensverhältnis entspringen und sich darauf beziehen, so daß der natürliche Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche die gleichzeitige Erledigung als angemessen erscheinen läßt. **c)** PosMSchr. **07** 22, R. **07** 969 Ziff. 2260 (Posen). Das Zurückbehaltungsrecht erfordert nicht, daß die beiden Leistungen auf demselben Vertrage, sondern nur auf demselben rechtlichen Verhältnisse beruhen. Es berechtigt also nicht die vertragliche gegenseitige Bedingtheit der Leistung und Gegenleistung, sondern die natürliche gewollte oder als gewollt vorauszusetzende Einheitlichkeit des tatsächlichen Verhältnisses zur Zurückbehaltung.

4. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen (s. JDR. **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 4). **a)** Godron BayRpflZ. **07** 75 ff. Auch gegen die der Pfändung nicht unterworfenen Forderungen darf der Schuldner sein Zurückbehaltungsrecht ausüben. **b)** ElsLothJZ. **07** 298 (Colmar). Zulässigkeit der Zurückbehaltung wird bejaht, und zwar unter Hinweis auf die verschiedene rechtliche Natur der Aufrechnung und des Zurückbehaltungsrechts; erstere vernichtet die sich gegenüberstehenden Forderungen, letzteres läßt sie bestehen, greift auch nur bei rechtlicher Konnexität durch, wodurch drohende Härten in gewissem Umfange beseitigt werden. **c)** NaumburgAK. **07** 52 (LG. Halle). Das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren, der Aufrechnung nicht unterliegenden Lohnforderungen wird im Hinblick auf die rechtliche Verschiedenheit der Institute Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung, bejaht.

5. Insbesondere gegenüber Gesindelohnforderungen (s. JDR. **4** Ziff. 7 a, **3** Ziff. 7 c, **2** Ziff. 8 I c, drittletzter Absatz, **1** Ziff. 6 Abs. 1). **a)** Cordes, JW. **07** 383 ff. Ein Zurückbehaltungsrecht an Dienstlohnforderungen läßt sich aus § 273 nicht begründen. Handelt es sich bei den dem Lohnanspruche gegenüberstehenden Ansprüchen um solche auf die Gegenleistung aus dem Dienstmietvertrage, so kommt überhaupt nicht der § 273, sondern nur §§ 320 ff. in Frage. Soweit solche Ansprüche und Gegenansprüche aus dem gegenseitigen Vertrag in Frage stehen, braucht der Dienstherr natürlich den Lohn nicht auszuzahlen, solange der Dienstverpflichtete seine Leistung nicht erfüllt hat; in einem solchen Falle ist der Dienstlohn eben noch nicht oder noch nicht ganz verdient. Es steht hier nicht ein eigentliches Zurückbehaltungsrecht, sondern nur der selbstverständliche Satz in Frage, daß der noch nicht verdiente Lohn noch nicht gefordert werden kann. — Handelt es sich dagegen um dem Lohnanspruch unmittelbar gegenüberstehende Gegenleistungen, so kommt nur das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 in Frage. Dieses ist aber gegenüber den unpfändbaren Dienstlohnansprüchen ausgeschlossen. **b)** Fromherz, DJZ. **07** 1248—1250, bejaht gegen Cordes die Rechtsgültigkeit der Vorschriften, nach welchen sich die Dienstherrschaft wegen ihrer Ersatzforderungen gegen das Gesinde an den Lohn halten kann. Betrifft der im Art. 95 EG. gemachte Vorbehalt die Regelung des Dienstvertrags und seines Inhalts, so ist klar, daß alle Rechtsbeziehungen, welche sich aus Anlaß der Indienstnahme zwischen Herrschaft und Gesinde ergeben, mindestens ebensowohl zum Gesinderecht gehören, wie das bezeichnete Rechtsverhältnis zwischen der Herrschaft und dritten Personen (näheres aaO.).

6. Abs. 3. (S. JDR. **4** Ziff. 6). **a)** Marcus, R. **07** 757/8. Bis zu welchem Zeitpunkt und in welcher Weise ist das Recht, dem Zurückbehaltungsrechte durch Sicherheitsleistung zu begegnen, nach den §§ 273 Abs. 3 BGB., 369 Abs. 4 HGB. auszu-

üben? Das Sicherungsgeschäft kann nur sachenrechtlich nach § 232 Abs. 1 durch Bürgschaftsbestellung realisiert werden. Die Wettmachung der Einrede der Retention muß durch prozessual erklärte Replik der Sicherheitsleistungsbereitschaft, die im Laufe des Prozesses bis zur Urteilsverkündung zu betätigen, erfolgen. Sonst ergeht Zug um Zug Verurteilung. Nachholung des Angebots ist mangels der Voraussetzungen des § 767 dem Urteile gegenüber nicht mehr möglich. **b)** R. **07** 824 Ziff. 1789 (Hamburg). Die nach Abs. 3 zur Abwendung der Zurückbehaltung zulässige Sicherheitsleistung kann nicht ersetzt werden durch die Sicherheitsleistung, welche das Gericht bei Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung erfordert. Diese letztere Sicherheit ist eine prozessuale und als solche nicht das Äquivalent für das dem Antragsteller an sich zustehende Zurückbehaltungsrecht.

7. Einzelne Anwendungsfälle (s. IDR. **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 8, **1** Ziff. 6). **a)** Bejaht. α. Giroverkehr (s. auch IDR. **3** Ziff. 8 b bei ξ). *Mez, ABürgR. **30** 47—116. Die Sperrung des Girokontos, wie sie im Giroverkehre zum Schutze der fälligen Forderungen einer Bank gegen Konteninhaber üblich ist — bezüglich nichtfälliger erfolgt sie nur bei besonderer Vereinbarung — deckt sich mit keinem gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte. Denn § 273 BGB. bezieht sich nur auf Forderungen aus demselben rechtlichen Verhältnisse, §§ 369 u. 370 HGB. nur auf bewegliche Gegenstände (nicht auf Summenforderungen) und auf Forderungen aus unter den Parteien abgeschlossenen Handelsgeschäften. Das Recht, das Guthaben zu sperren, gilt dagegen bezüglich jeder beliebigen, der Bank zustehenden Forderung und wird als besonderes Zurückbehaltungsrecht bei Abschluß des Girovertrags stillschweigend eingeräumt (103). β. Verwendungen auf eingebrachtes Gut. **RG.** JW. **07** 242 Ziff. 5. Dem Ehemann als Besitzer eines zum eingebrachten Gute gehörigen Grundstücks steht ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen auf dieses Grundstück zu. Das gleiche Recht hat schlechthin der Entleiher eines Grundstücks. γ. Hypothekengläubiger und Grundstückskäufer. **RG.** JW. **07** 356 Ziff. 2. Gegenüber der Forderung eines Hypothekengläubigers auf Aushändigung des Briefes bezüglich einer von dem Käufer eines Grundstücks nach Vereinbarung mit dem Verkäufer für den Gläubiger bestellten Hypothek kann der Käufer gemäß § 334 geltend machen, daß der Verkäufer ihm wegen Mangels des verkauften Grundstücks zum Schadensersatze verpflichtet sei; der Käufer ist zur Herausgabe des Briefes nur Zug um Zug gegen Erstattung des ihm erwachsenen Schadens verpflichtet (vgl. auch zu § 328). δ. Hinterlegungsverhältnis. SchlHolstAnz. **07** 135 (Kiel). Eine vom Schuldner für den Gläubiger unter Verzicht auf das Rücknahmerecht, aber unberechtigt erfolgte Hinterlegung des Schuldbetrags gibt dem Schuldner gegenüber dem auf Leistung schlechthin klagenden Gläubiger ein Leistungsverweigerungsrecht bis zum Verzichte des Gläubigers auf die für ihn durch die Hinterlegung entstandenen Rechte; der klagende Gläubiger ist daher nur Zug um Zug gegen Erklärung des Verzichts zu verurteilen. **b)** Verneint. α. PosMSchr. **07** 123 (Posen). Der Käufer kann gegenüber der Kaufgeldforderung das Zurückbehaltungsrecht wegen solcher Zubehörstücke, die der Verkäufer nach Übereignung des Grundstücks rechtswidrig sich aneignet, nicht geltend machen; sein Anspruch auf Herausgabe der Zubehörstücke folgt aus der widerrechtlichen Besitzentziehung, Konnexität liegt daher nicht vor. β. HansGZ. **07** Beibl. 157 (Hamburg). Die Einrede des Schuldners einer im Grundbuch eingetragenen Rente des hamburgischen Rechtes, daß die Gemeinde (Gläubigerin der Rente) ihre Leistung, nämlich Anlage der Straße, nicht gemacht hätte, ist nicht die Einrede der nicht gezahlten Valuta, vielmehr Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts; dieses ist um deswillen nicht begründet, weil der Rentenanspruch ein abstrakter ist und daher einem anderen rechtlichen Verhältnis entspringt als der Anspruch des Rentenschuldners. γ. BayRpflZ. **07** 51 (LG. Nürnberg). Kläger hatte dem Beklagten formlos sein

Mietgebäude einstweilen zu Eigentum überlassen, Beklagter vermietete die Wohnungen in ihm; da Beklagter die Übereignung des Hauses nicht habe herbeiführen wollen, verlangte der Kläger Räumung; Beklagter erkennt den Räumungsanspruch an, macht jedoch wegen angeblicher Forderungen gegen den Kläger ein Zurückbehaltungsrecht an den Räumen geltend. Die Berechtigung der Zurückbehaltung wird vom Gericht im Hinblick auf § 556 Abs. 2 (es ergibt sich aus dem Schuldverhältnisse ein anderes) verneint.

§ 274. RG. 66 409. Anwendung des § 274 auf frühere Schuldverhältnisse.

§ 275. Literatur: H. A. Fischer, Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre Rostock 1904. — Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß; zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz, ACivPr. **101** 1—306. — Rabel, Unmöglichkeit der Leistung. Weimar 1907. Festgabe für Bekker. — Rogowski, Die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverbindlichkeiten und ihre Rechtsfolgen. Leipzig 1907.

1. Dogmatisches. Begriff der Unmöglichkeit und des Unvermögens. a) Fischer. Das Prinzip der befreienden Unmöglichkeit beruht auf der Billigkeit. Die Verpflichtung zum Schadensersatze gründet sich auf Rechtsverletzung. Deshalb erscheint es unbillig, lediglich an die Tatsache der Unmöglichkeit der Leistung die Rechtsfolge der Ersatzpflicht zu knüpfen. — Er wendet sich gegen Titze, der Unvermögen gleich Unmöglichkeit setze und die Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit durchführe; weiterhin gegen Kleineidam (10 ff.). Er selber untersucht dann den Begriff der Unmöglichkeit (19—27) und den des Unvermögens (27—33). Die Gründe für die Unmöglichkeit können tatsächlicher (wenn die zu leistende Speziessache überhaupt niemals vorhanden gewesen, untergegangen oder zerstört ist), oder rechtlicher Natur sein (verkehrsfremde Sachen); bei rein persönlichen Hinderungsgründen ist die Unterscheidung von fungiblen und infungiblen Leistungen maßgebend (Beispiele aaO. 20 ff.); auch rein persönliche Hindernisse aus dem Kreise des Gläubigers können die Leistung objektiv unmöglich machen (24). — Unvermögen liegt vor, wenn die Leistung von anderen, nicht vom Schuldner erbracht werden kann (27). Das bedeutsamste Gebiet des Unvermögens sind die Gattungs- und Geldschulden (29). — Über teilweise und totale Unmöglichkeit 33 ff. Unmöglichkeit in Ansehung des ganzen Leistungsgegenstandes wirkt immer als totale Unmöglichkeit. Teilweise Unmöglichkeit kann nur vorkommen, wo die Obligation ihrem Inhalte nach teilbar ist. — Die Unmöglichkeit kann auch in erster Linie die örtliche Beziehung der Leistung ergreifen; darin ist nur ausnahmsweise eine totale Unmöglichkeit zu erblicken (36). Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit 36 ff. Über anfängliche und nachfolgende Unmöglichkeit 38 ff.

b) Krückmann stellt im Gegensatze zur herrschenden Lehre (1—30) eine Reihe von Fällen fest, in denen der helfende Gesichtspunkt nicht die Unmöglichkeit, nicht die Voraussetzung und auch nicht der Irrtum ist, in denen sich vielmehr das Hilfsmittel juristisch-technisch als Einrede darstellt, und zwar als Einrede aus entgegenstehendem eigenen, gewichtigen Interesse, als Einrede aus wichtigem Grunde. Im folgenden (31—36) eine Übersicht über die in Frage kommenden Gesetzesbestimmungen: §§ 242, 251 Abs. 2, 383 Abs. 1 Satz 2, 633 Abs. 2, 984 Abs. 2, 1023, 1246, 2170 Abs. 2, 2288 Abs. 2: überall handelt es sich hier um Anpassung der schuldnerischen Pflicht an das schuldnerische Leistungsvermögen (36). Die Frage, ob das in diesen Bestimmungen anerkannte, dem Rechte des Gläubigers entgegenstehende Interesse des Schuldners auch in anderen Fällen anzuerkennen sei, ist zu bejahen: vor allem sprechen hierfür außer § 242, die §§ 228 und 904 (aaO. 36 ff.), ferner §§ 867, 1005, weiter §§ 962, 912, die Bestimmungen, nach welchen ein Rechtsverhältnis aus einem „wichtigen Grunde" gelöst werden kann (43 ff.), ferner Bestimmungen wie §§ 320 Abs. 2, 459, 468, 498 Abs. 2 Satz 2, 542 Abs. 2 usw. (48 ff.). Daß in allen diesen

Bestimmungen die Einrede oder ein sonstiges Gegenrecht gegeben wird, aber nicht das Rechtsverhältnis ipso jure erlischt, ist wohl begründet (54). — Nicht zur Unmöglichkeit gehört auch das Unvermögen, die nur für eine Person bestehende Unmöglichkeit (56—70). Unmöglich ist nur, was wirklich praktisch vollständig unmöglich ist. Es ergeben sich drei Gruppen: 1. Unmöglichkeit, 2. Unvermögen, 3. Notwendigkeit überobligationsmäßiger Kraftanstrengung. Im Zweifel ist zwischen Gruppe 1 und 2 für Unvermögen zu entscheiden. Dagegen gehören Gruppe 2 und 3 untrennbar zusammen, die Unterschiede sind so gering und fließend, daß sich keine Grenze ziehen läßt (69). § 275 Abs. 2 stört nicht. Mag die Vorschrift auch theoretische Bedeutung haben, so muß doch die quaestio facti, ob es Tatbestände gibt, die unter sie fallen, verneint werden. Ein Unvermögen im Sinne des § 275 Abs. 2 gibt es nicht; die Vorschrift ist gegenstandslos (67). Über ursprüngliche (§§ 306—2171), nachfolgende (§§ 275, 323) und zeitweilige Unmöglichkeit 70—127. Die theoretische Unterscheidung des Gesetzes kann praktisch leicht versagen. Für den Gläubiger ist es gleichgültig, wann die Unmöglichkeit eingetreten ist; für ihn ist nur der Zeitpunkt von Interesse, wo er auf die Leistung rechnen durfte, sie forderte und wo sie ihm zu seiner unangenehmen Überraschung nicht gewährt ward. Solange die Leistung erzwingbar ist, solange ist sie auch möglich, und die Leistung hat Erfüllungskraft. Solange sie Erfüllungskraft hat, ist sie auch erzwingbar, kann der Gläubiger den Schuldner und dieser den Gläubiger in Verzug setzen (76). Der Zeitraum, innerhalb dessen die geschuldete Leistung noch Erfüllungscharakter hat, ist oft recht lang. In ihm muß ein Augenblick festgehalten oder doch mindestens ein abgekürzter Zeitraum gewonnen werden, von dem aus endgültig die Geschicke der beiden Parteien festgelegt werden: es ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Urteilsfällung, d. h. der Augenblick, in dem die letzte Hauptverhandlung zur Sache abgeschlossen wird. Es kommt auf den Klagantrag des Gläubigers an. Es ist unter Umständen ratsam, die Klage sofort als bedingte anzustellen, wenn der Weigerungsgrund des Beklagten Unmöglichkeit oder Unerschwinglichkeit ist; s. auch §§ 259 und 323 ZPO. (Prozessuales 92 ff.). Zusammenfassung und Folgerung 98 ff.: Unmöglichkeit liegt nur dann vor, wenn die Leistung während des ganzen Zeitraums, wo sie Erfüllungswirkung hat, unmöglich ist oder wenn sie zwar nur während eines Teiles dieses Zeitraums unmöglich ist, aber gerade dieser Zeitraum für die Entscheidung der Frage nach der Unmöglichkeit prozessualisch in Betracht kommt (99). Ist die Leistung am Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung möglich, auf die das Urteil erfolgt, so wird der Beklagte auf Leistung verurteilt, auf Schadensersatz aber nur dann, wenn ihm die Leistung zu einer Zeit möglich war, wo die Nichtleistung dem Gläubiger den eingeklagten Schaden brachte und wenn er weiter die Leistung schuldhafterweise nicht erbrachte, d. h. in Verzug geraten war. Vorausgesetzt wird also, daß die Mahnung der Möglichkeit voraufging oder während der Möglichkeit stattfand und nicht etwa zur Zeit der Unmöglichkeit erfolgte. — Kommt die Unmöglichkeit nach Ablauf des ganzen genannten Zeitraums zur Beurteilung aus Anlaß einer Klage auf Leistung, so ist sie als Unmöglichkeit infolge Zeitablaufs zu behandeln. — Kommt die Unmöglichkeit nach Ablauf des Erfüllungszeitraums dagegen bei Gelegenheit einer Schadensersatzklage wegen Nichtleistung zur Verhandlung, so entscheidet, ob die Leistung während eines zur Leistung an sich geeigneten Teilzeitraums aus jener ganzen Zeit, wo die Leistung Erfüllungswirkung hatte, möglich gewesen und durch den Schuldner schuldhaft, d. h. infolge Verzugs versäumt worden ist. Für die Frage des Schadensersatzes entscheidet nicht allein die bloße physikalische Möglichkeit der Leistung zu irgendeinem Zeitpunkte während der Zeit, wo die Leistung Erfüllungswirkung hatte, sondern es kommt noch in Betracht, ob billigerweise damals von dem Schuldner eine Leistung erwartet werden konnte, er insbesondere die augenblickliche Möglichkeit kannte oder kennen mußte und sie wahrnehmen mußte und

konnte. — Für die ursprüngliche Unmöglichkeit ergibt sich dieselbe Formel, nur mit dem Zusatze, daß die Gründe für die Unmöglichkeit schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden gewesen sein müssen. Es liegt also Unmöglichkeit im Sinne des § 306 vor, wenn die Leistung aus Gründen, die schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden, während des ganzen Zeitraums, wo sie Erfüllungswirkung hat, unmöglich ist oder wenn sie zwar nur während eines Teilzeitraums unmöglich ist, aber gerade dieser Teilzeitraum für die Entscheidung der Frage nach der Unmöglichkeit prozessualisch in Betracht kommt (100—102). — Über die Frage, ob die vom Schuldner verschuldete zeitweilige Unmöglichkeit dem Gläubiger Recht und Pflicht auferlege, auf die ursprünglich geschuldete, obwohl zurzeit unmögliche Leistung als gegenwärtige, nicht etwa als künftige Leistung statt auf Geldersatz zu klagen 102 ff. Über den scheinbaren Widerspruch mit § 306 aaO. 105 ff. Über §§ 308 ff. aaO. 111 ff. § 308 Abs. 2 ist gegenstandslos und überflüssig. Über das Verhältnis zu § 308 Abs. 1 aaO. 115 ff. — Über ursprüngliches und nachfolgendes Unvermögen (127 bis 144). Das ursprüngliche Unvermögen ist weder nach Art der ursprünglichen Unmöglichkeit noch nach Art des nachfolgenden Unvermögens zu behandeln, sondern nach der Einrede aus entgegenstehendem gewichtigen eigenen Interesse. Die Frage, ob § 307 analog anwendbar ist, ist zu verneinen. Das Ergebnis bleibt: bei Verschulden Haftung auf das Erfüllungsinteresse, bei Schuldlosigkeit Befreiung. Der Gläubiger kann weder auf Erfüllung noch auf Schadensersatz klagen, wenn nach Lage der Sache Verschuldensaufrechnung angezeigt ist. Unter Umständen haftet der Schuldner auch darauf, daß er sich bemüht, die Hindernisse zu heben, doch dürfen ihm hieraus keine überobligationsmäßigen Schwierigkeiten erwachsen. Über das Verhältnis zum § 279 näheres 131 ff. Er tritt **RG. 57** 118 ff. bei. Über die Vorteile der Einrede aus entgegenstehendem Interesse 136 ff. — Über gänzliche und teilweise Unmöglichkeit 145—155. Gegen Titzes Unterscheidungen, ferner gegen die von Kisch, Kleineidam u. a. 154 ff. — Er behandelt zunächst die teilweise Unmöglichkeit, insbesondere Gesamtheit und Summe (155—180). Die einzelne Gesamtheit bleibt identisch, auch wenn ein Bestandteil verloren geht (157). Zur Annahme einer Gesamtheit kommt es auf die Zahl der Bestandteile nicht an, sondern nur darauf, ob genügend intensiver innerer Zusammenhang vorliegt oder nicht (161). Gesamtheit und Bestandteil können zueinander in Gegensatz gebracht werden, was bei Summe und Teil in dieser Weise nicht möglich ist; die Gesamtheit ist unabhängig von dem Verluste dieses oder jenes Bestandteils, während die Summe durch den Verlust auch des kleinsten Teiles sofort verändert wird (162/3). Die praktische Nutzanwendung liegt in der reinlichen Scheidung zwischen jeglichem Gewährschaftsrecht und dem Unmöglichkeitsrechte (168). Hat die Leistung einer mangelhaften Sache beim Kaufe, Werkvertrage, Miete usw. Erfüllungswirkung oder nicht? Kann noch auf Erfüllung geklagt werden oder nicht? (169 ff.). Mangel der Sache an sich fällt durchaus noch nicht unter die Unmöglichkeit der Leistung. Die Betrachtung des Gewährschaftsrechts unter dem Gesichtspunkte des Unmöglichkeitsrechts ist entschieden abzulehnen. Der Begriff der Gesamtheit leidet nicht darunter, daß ein Bestandteil nicht ganz oder unbeschädigt vorhanden ist (173). Für Gattungssachen kommen die Sonderbestimmungen der §§ 243, 279, 300 bis 480, 491, 524, 2182, 2183 in Betracht. Eine auf eine einzelne Sache gerichtete Gattungsschuld kann gar nicht teilweise unmöglich werden, es sei denn, daß diese Schuld irgendwie als eine Summenschuld aufgefaßt werden kann, was aber praktisch nicht vorkommt (174). Er kommt nach alledem zu dem Ergebnisse, daß die Hineintragung der Lehre von der teilweisen Unmöglichkeit in das Gewährschaftsrecht Verwirrung und Unklarheit bringt, ohne den geringsten praktischen Vorteil zu schaffen (179). — Über die Anzeigepflicht, die dem Schuldner aufgelegt

werden muß, 181—190. Er muß von den ihm bekannt gewordenen Umständen, infolge deren er die Leistung verweigern will, unverzüglich Anzeige machen (183). Bisweilen ist dem Gläubiger ebenfalls zuzumuten, sich zu bemühen (189). Der Gläubiger kann die Prozeßkosten als Schaden liquidieren, soweit sie nötig geworden sind, um sich über die Tatfrage endgültig zu vergewissern, aber auch nur insoweit (189). — Über die lex ferenda 281 ff.

c) Rabel 202 ff. Auch das Unvermögen des BGB. scheidet sich gemäß § 275 Abs. 1 scharf von der bloßen Schwierigkeit und gehört daher unter die Unmöglichkeit in einem weiteren Sinne. Unmöglich in diesem weiteren Sinne ist die Leistung, wenn sie der Schuldner mit der obligationsmäßigen Kraftanstrengung nicht zu erbringen imstande ist. — Schlimmer steht es mit dem Begriffe der Unmöglichkeit in dem gesetzlichen engeren Sinne. Was ist (objektiv) unmöglich (Unmöglichkeit und Schwierigkeit)? aaO. 204 ff. Über die Grenze der Unmöglichkeit muß man in die Region der Unerschwinglichkeit greifen. Die allgemeine relative Gestaltung der bonae fidei-Pflichten ist vorbildlich (206/7). — Unsicher ist auch, wem in dem zu beurteilenden Tatbestand die Leistung unmöglich sein muß (Unmöglichkeit und Unvermögen) (207 ff.). Er erörtert insbes. die infungiblen Leistungen (208). Jede Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen, die mit der Person eines Dritten operiert, versagt hier und deshalb auch der § 306 (214). Weitere Einzelheiten 214 ff. — Über anfängliche und nachträgliche, dauernde und zeitweilige Unmöglichkeit 217 ff. (gegen die Unterscheidung des Gesetzes). Er hält den Grundgedanken des Gesetzes für unbegründet, zum Teil nicht durchgeführt und zum Teil undurchführbar (231 ff.). Unerschwinglichkeit ist nicht der logischen oder juristischen Unmöglichkeit unterzuordnen. Einheitliche Prinzipien sind nicht aufzustellen, weil öffentliche oder sittliche Pflichten des Schuldners der Grund sind (233).

d) Wendt, AZivPr. **101** 133 ff. (s. oben zu § 242 Ziff. 1 a), über die Unterscheidung von objektiver und subjektiver Unmöglichkeit. Wann ist der als Unvermögen zu bezeichnende Tatbestand verwirklicht? Der Schuldner ist bis an die Grenze des Unverhältnismäßigen zu gewissen Aufwendungen, Zurüstungen, Schritten, Maßregeln zur Ermöglichung der Leistung verpflichtet. Vergleich mit § 254 Abs. 2 (142 ff.).

e) *Rogowski 50 ff. Die vielfach (z. B. von Goldmann-Lilienthal I Abt. 2 332) vertretene Auffassung, jede Nichtleistung bewirke eine (zum mindesten teilweise) Unmöglichkeit der Leistung, insbesondere führe die Zuwiderhandlung bei Unterlassungsobligationen Unmöglichkeit der Unterlassungsleistung herbei, ist unzutreffend. Hat der Schuldner nicht geleistet, so sind die Folgen davon Folgen der Nichtleistung, was auch dann gilt, wenn die Nichtleistung, wie bei Unterlassungsverbindlichkeiten, eine endgültige ist, d. h. die Möglichkeit der Nachleistung fehlt. Die Konstruktion einer durch Nichtleistung herbeigeführten Unmöglichkeit widerspricht dem Gesetze, da dieses die Unmöglichkeit nur als Ursache für Nichtleistung, nicht aber als deren Folge kennt.

2. S. auch JDR. **3** Ziff. 1—3, **2** Ziff. 1—4, **1** Ziff. 1 a.

3. Aus der Rechtsprechung (s. auch JDR. **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 1, 2, **3** Ziff. 4, **1** Ziff. 4). a) SeuffBl. **07** 1112 (Stuttgart). Veräußerung des geschuldeten Gegenstandes kann dann als Unvermögen bezüglich der Herausgabepflicht angesehen werden, wenn die Möglichkeit des Wiedererwerbes eine so fernliegende und unwahrscheinliche ist, daß mit ihr nicht gerechnet werden kann und der Gläubiger zu der Annahme befugt ist, der Schuldner könne ihm den Gegenstand nicht mehr zur Verfügung stellen. — Die Vorschrift des § 280 findet auch auf das nachfolgende Unvermögen des Schuldners Anwendung. b) BadRpr. **07** 300 (LG. Offenburg). Ein Aufschub der Abreise seitens eines Gastes, worauf der Wirt nicht gefaßt war, bildet rechtlich ein Unvermögen des Wirtes zur Gewährung des weiter vermieteten Zimmers nichts. c) **RG. 65** 29, JW.

07 101 Ziff. 3. Der Untervermieter haftet dem Untermieter nicht für den aus der vorzeitigen Kündigung des Erstehers bei der Zwangsversteigerung erwachsenen Schaden, wenn das Erstehen des fraglichen Hauses durch den Untervermieter erhebliche Aufwendungen oder Schwierigkeiten verursacht; es liegt alsdann nachfolgendes Unvermögen zur Leistung seitens des Untervermieters vor. d) **RG.** R. **07** 307 Ziff. 564. Der Konkurs eines Dritten, bei dem der Verkäufer seine Ware bestellt hatte, kann nicht als ein Umstand erachtet werden, der einem elementaren Ereignis oder einem Streike irgendwie gleichzustellen und ohne weiteres als ein Umstand anzusehen wäre, der außerhalb der Macht des Verkäufers liegt. e) LeipzZ. **07** 759 Ziff. 7 (Königsberg). Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft werden die Genossen von der Verpflichtung zur Leistung der noch nicht fälligen Einzahlungen auf den Geschäftsanteil befreit: die Einzahlung auf den Geschäftsanteil erfolgt zum Zwecke der Beteiligung an dem Geschäftsbetrieb; nach Eröffnung des Konkurses ist infolge Auflösung der Genossenschaft eine solche Beteiligung rechtlich unmöglich, die Einzahlung würde alsdann lediglich zur Erhöhung der Konkursmasse dienen. Die Unmöglichkeit beruht auf einem Umstande, den die Genossen nicht zu vertreten haben.

§ 276. 1. **RG.** R. **07** 286 Ziff. 420. Die Bestimmung des § 276 gilt sowohl für das vertragliche, als auch für das nichtvertragliche Recht der Schuldverhältnisse.

2. Vorsatz und Fahrlässigkeit (s. JDR. **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 2). *Siber, Passivlegitimation 248 f., vgl. 232. Ein und derselbe Haftungsmaßstab führt zu einer verschiedenen Beurteilung des schädigenden Verhaltens, wenn der Schadensurheber dieses irrtümlich für nicht verboten hält; es kann eine ohne diesen Irrtum als arglistig oder fahrlässig erscheinende Handlung infolge des Irrtums schuldlos sein. — Stets wenn der Schuldner für das schädigende Verhalten nicht verantwortlich zu sein glaubt, ist darum nicht nur zu fragen, ob jenes Verhalten objektiv fahrlässig erscheint (objektive, mechanische Fahrlässigkeit, deren man nach § 254 auch in eigener Sache fähig ist), sondern außerdem, ob jener Glaube schon zur Zeit der Bejahung vorhanden war und auf Fahrlässigkeit beruhte ((subjektive oder Irrtumsfahrlässigkeit): Wenn der Mieter die Mietsache, die er für sein Eigentum hält, fahrlässig beschädigt, so ist er schon nach dem Haftungsmaßstabe des Mietvertrags, § 276, nur verantwortlich, wenn er sich fahrlässig für den Eigentümer hielt. Wenn der unentgeltliche Verwahrer die Sache in der Meinung, hierzu befugt zu sein, bei einem Dritten hinterlegt, und bei der Auswahl des Dritten fahrlässig, aber unter Beobachtung der diligentia quam in suis handelt, so ist er dennoch wegen Beschädigung durch den Dritten verantwortlich, wenn die irrige Annahme seiner Berechtigung zur Hinterlegung (§ 691) auf relativer Fahrlässigkeit (§ 690) beruhte. Die Haftung des persönlich, z. B. aus Miete rückgabepflichtigen Besitzers wird deshalb, wenn sich dieser nachträglich zum Eigenbesitz entschließt, keinem anderen Haftungsmaßstabe unterworfen, nicht dem des Eigentumsanspruchs, §§ 989 f., anstatt dem des bisherigen des Vertrags, § 276; aber die Anwendung desselben Maßstabes führt zu einer tatsächlichen Verschärfung, wenn der Eigenbesitz unredlich ist; denn eine vorher als schuldlos oder fahrlässig anzusehende Handlung, wie die Hinterlegung bei einem Dritten, erscheint jetzt als Arglist; — zu einer Milderung, wenn der Eigenbesitz redlich ist; denn eine vorher als arglistig oder fahrlässig anzusehende Handlung, wie die Umgestaltung der Mietsache, kann jetzt schuldlos sein.

3. Bedenken gegen die Formulierung des AGBGO. für Bremen („leichtes Verschulden") und des AGBGB. für Sachsen-Koburg-Gotha Art. 18 („Arglist") bei *Weyl, Kieler Festgabe für Hänel (vgl. oben zu § 89) 116 Anm. 9.

4. Art und Maß der erforderlichen Sorgfalt (s. JDR. **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 2 ff., **2** Ziff. 3 ff.). a) Straßenverkehr. *Coer-

mann, Recht und Pflicht im Straßenverkehr, GruchotsBeitr. **51** 286—298. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verletzt, der mit den Augen oder den Ohren wahrnehmbare Hindernisse unbeachtet läßt, z. B. bei Notübergängen an Baustellen strauchelt. Die hier zu verneinende Schadensersatzpflicht der Stadtverwaltung tritt bei Unfällen infolge schadhaften Zustandes der Straße nur dann ein, wenn dieser Zustand schon längere Zeit bestand, ohne daß eine Ausbesserung begonnen ist. Nur größere Gefahren bietende Abstürze müssen sofort eingegittert werden, sofern solches nicht etwa nach Sachlage untunlich ist, wie bei Kaimauern. Streupflicht bei Glatteis und Beleuchtungspflicht richten sich nach den Verkehrsbedürfnissen, haben einen allgemeinen Verkehr im fraglichen Orte zur fraglichen Zeit zur Voraussetzung. — Die Sorgfaltspflicht gegenüber den anderen, auf den Straßen verkehrenden Menschen fordert die Vermeidung jeder schädigenden Berührung. Die Übertragung einer ansteckenden Krankheit durch eine solche macht ebenso haftbar wie ein verletzender Stoß. Wer auf einer Straße fährt, begründet eine größere Verkehrsgefahr als ein Fußgänger, muß demgemäß selbst eine größere Sorgfalt aufwenden, insbesondere auch mit den erfahrungsgemäßen Gefahren, wie Hineinlaufen von Kindern, Scheuen von Pferden usw. rechnen. Unmittelbar drohende Gefahren verpflichten außer den Radlern, Automobilführern und Kutschern auch die Straßenbahnwagenführer zur Ermäßigung der Geschwindigkeit und schließlich zum Halten, wenn auch alle diese Leiter zunächst voraussetzen können, daß Personen den Fuhrwerken ausweichen, insbesondere aber sich von den Schienen zurückziehen werden. Der tatsächlichen Übermacht des Fahrers dem Fußgänger gegenüber auf der öffentlichen Straße sucht der § 831 BGB. das Gegengewicht zu bieten, die Anforderungen, welche von dem Dienstherrn bei der Prüfung der anzustellenden Leiter verlangt werden, sind in der Rechtsprechung außerordentlich scharf aufgefaßt; man vgl. nur **RG.** JW. **04** 289. **b)** Erhöhte Betriebssorgfalt. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 978. Als allgemeiner Grundsatz ist anzuerkennen, daß nach dem Grade der mit einem bestimmten Unternehmen oder Betriebe für Dritte hervorgerufenen Gefahr auch die Anforderung an die hierbei anzuwendende Sorgfalt sich steigert, abgesehen davon, daß für einzelne gefährliche Betriebe spezielle die allgemeine Haftung verschärfende gesetzliche Bestimmungen bestehen. Hiernach bedingt die außerordentlich große Gefahr, welche mit dem Automobilverkehr auf öffentlichen Straßen verknüpft ist, im Interesse der Sicherheit des Publikums eine ganz besonders große Aufmerksamkeit und Vorsicht des Automobilfahrers. (Vgl. insbes. JDR. **5** Ziff. 5 s, **4** Ziff. 3 e.) **c)** Nichtbeachtung von Polizeivorschriften. KGBl. **07** 57, R. **07** 886 Ziff. 2023 (KG.). Die Nichtbeobachtung einer Polizeivorschrift enthält dann nicht ein zum Ersatze schlechthin verpflichtendes Verschulden, wenn diese Nichtbeobachtung im Verkehr üblich ist, auch von der Polizei geduldet wird; in solchem Falle schließt die Nichtbeachtung nicht aus, daß die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet ist. (Vgl. auch JDR. **4** Ziff. 3 d, **3** Ziff. 2 d bei δ.) **d)** Beurteilung nach den Anschauungen des Personenkreises. **RG.** JagRZ. **07** 16. Für die Frage, ob ein Jäger für die durch Abgabe eines Schrotstreuschusses hervorgerufene Verletzung haftet, ist wichtig, welche Anschauungen bzw. Erfahrungen in Jägerkreisen über die Möglichkeit der fehlerhaften Beschaffenheit einer Patrone bestehen. Ist nach Erfahrung dieser Kreise die Möglichkeit eine geringe und entfernt liegende, so ist es nicht Pflicht des Jägers, diese Möglichkeit bei Abgabe des Schusses zu berücksichtigen; fordert man dies, so würde hierin eine Überspannung des Begriffs der nach dem Gesetz erforderten Sorgfalt liegen. Vgl. auch JDR. **3** Ziff. 2 d β.

5. Haftung für Erfüllung (s. JDR. **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 6, insbes. zu b, **1** Ziff. 3). **a)** Der allgemeine Rechtssatz des § 276. α. Krückmann, ACivPr. **101** 190 ff. (näheres s. o. zu § 275 Ziff. 1 b), wendet sich gegen den Versuch, die Haftung für positive Vertragsverletzungen aus

dem Unmöglichkeitsrechte zu begründen. Vielmehr muß das positive Verschulden in Vertragsverhältnissen immer und ausnahmslos durch § 276 und die ihm übergeordneten Spezialbestimmungen gedeckt werden. Den in seiner Schrift Anfechtung, Wandelung und Schadensersatz 111 angetretenen Beweis ergänzt er aaO. 191 ff. Aus den angezogenen Bestimmungen (§§ 300, 521, 599, 690, 708, 968, 1359, 1664, 2131 — 278, 287, 300 Abs. 1, 521, 524, 549 Abs. 2, 599, 664 Abs. 1, 680, 691, 968) ergibt sich, daß Verschulden vertreten soviel wie auf Schadensersatz haften ist. — Eine Schadensersatzpflicht kommt unter Umständen auch dann vor, wenn nur von vertreten eines Umstandes gesprochen wird. — Nur in einer kleinen Zahl von Bestimmungen bedeutet ein „Umstand vertreten" nicht „schadensersatzpflichtig" sein, in allen übrigen ist die Schadensersatzpflicht mindestens mitumfaßt. In den Bestimmungen, wo vom Vertreten eines Verschuldens oder eines bestimmten Grades von Verschulden gesprochen wird, kommt die Schadensersatzpflicht ausnahmslos in Frage. — Die Sonderbestimmungen über arglistiges Verschweigen von Mängeln sind eine rein versehentliche Wiederholung des allgemeinen Grundsatzes aus § 276 (näheres 196 ff.). Über die Beziehungen von Verschuldens- und Gewährschaftsrecht 198 ff. — Bloßes Verschulden genügt nicht, um haftbar zu machen, es muß auch rechtswidrig sein, und es ist erst dann rechtswidrig, wenn mit ihm gegen eine Vertragspflicht verstoßen wird (203). Über das Recht der Leihe 211 ff. Daß der Verschuldensbegriff neben Unmöglichkeit und Verzug gar nicht zu entbehren ist, lehren die Pflichten auf ein Unterlassen (näheres 216 ff.). Es gibt nichts, was ein Mensch nicht unterlassen könnte. Also ist jede Unterlassung schlechthin möglich ➻ „unmöglich" ist wohl ein Druckfehler. — Red. ⟵ und kann auch nie unmöglich werden. Von Unmöglichkeit der Unterlassung läßt sich höchstens in dem Sinne reden, daß für die Vergangenheit nichts mehr unterlassen werden kann (224). Darüber, daß bei Unterlassungspflichten Verzug nicht möglich ist, aaO. 225 ff. — Die praktische Folge der hier vertretenen Theorie ist, daß das Verjährungsrecht bei der Verschuldenshaftung sich nicht nach kaufrechtlichen, mietrechtlichen usw. Gewährschaftsbestimmungen richtet, sondern daß die allgemeinen Bestimmungen über die Verjährung durchgreifen, die Verjährung also 30 Jahre dauert (231). Gegen **RG. 53** 203, **RG. 56** 167, JW. **04** 60 und OLG. Augsburg, BayRpflZ. **1** 395 aaO. 231 ff. (s. JDR. **3** zu § 477 Ziff. 1). Darüber, daß die Grundsätze über das positive Verschulden nicht nur auf den Kauf, sondern auch auf Miete, Leihe, Verwahrung usw. anwendbar sind, aaO. 232—237. β. *Rogowski. Der § 276 enthält nicht (wie **RG. 52** 18 u. **53** 202 annimmt) den allgemeinen Grundsatz, daß der Schuldner für Vorsatz und Fahrlässigkeit schadensersatzpflichtig sei. Der Paragraph normiert überhaupt keine Pflicht, weder eine Schadensersatz- noch eine Vertretungspflicht, vielmehr enthält er in Verbindung mit § 279 lediglich die Definition des Begriffs „zu vertreten haben". Er ist eine Blankettbestimmung, die an anderen Stellen des Gesetzes ihre Ergänzung findet (54). γ. **RG. 66** 289 über die Beweislast. **b)** Die positiven Vertragsverletzungen insbesondere (vgl JDR. **5** Ziff. 3 b, **4** Ziff. 4 a u. § 326 Ziff. 4, **3** Ziff. 3 b, **2** Ziff. 6 b zu γ). α. **RG.** ElsLothJZ. **32** 65. Bei einer positiven Vertragsverletzung ist weder eine Inverzugsetzung noch eine Fristbestimmung Erfordernis des Schadensersatzanspruchs. β. **RG.** JW. **07** 99 Ziff. 1. Unbeschränkte Anwendbarkeit bei positiven Vertragsverletzungen angenommen. γ. SächsRpflA. **07** 385 (Dresden). Obwohl § 17 KO. dem Konkursverwalter das Recht gibt, Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags abzulehnen, so enthält diese Weigerung doch eine absichtliche Vertragsverletzung und ist nach § 276 vom Gemeinschuldner und der an seine Stelle getretenen Konkursmasse zu verteten. Die Masse muß daher der anderen Vertragspartei für alle nachteiligen Folgen einstehen, die ihr aus der Nichterfüllung entstehen und ihr dafür einen Ausgleich gewähren, was infolge des Wegfalls der Erfüllungsmöglichkeit nur durch Leistung vollen Schadensersatzes in Geld ge-

schehen kann. δ. **RG.** JW. **07** 168 Ziff. 5. Durch die einen Dritten treffende Unterhaltspflicht gegenüber einem Verletzten wird der Ersatzanspruch des Verletzten dem gegenüber, der für den Schaden haftet, in keiner Weise berührt (vgl. auch zu § 843). c) Schadensersatzanspruch neben Gewährleistungsansprüchen (s. insbes. JDR. **5** Ziff. 3 c, **4** Ziff. 4 c). **RG.** LeipzZ. **07** 505 Ziff. 2, HoldheimsMSchr. **07** 232, R **07** 763 Ziff. 1621, DJZ. **07** 1025. Zur Begründung der Haftung wegen schuldhafter Lieferung einer mangelhaften Kaufsache genügt noch nicht die Behauptung, die Kaufsache sei, wie der Erfolg bewiesen, mit einem vom Verkäufer zu vertretenden Fehler behaftet gewesen. — Denselben Grundsatz spricht das Urteil des **RG.** LeipzZ. **07** 652 Ziff. 6, R. **07** 1065 Ziff. 2537 aus, nach dem die Beweislast für schuldhaft erfolgte Lieferung den Ersatz begehrenden Käufer trifft, nicht aber den Verkäufer der Entlastungsnachweis, daß er trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht in der Lage gewesen sei, vertragsmäßig zu erfüllen.

6. Einzelne Fälle (s. JDR. **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 7). a) Haftung des Gastwirts (s. insbes. JDR. **4** Ziff. 6 a). α. **RG. 65** 12, JW. **07** 73 Ziff. 2, ZVersWes. **07** Beil. Nr. 6, R. **07** 246 Ziff. 424. Der Wirt eines Schanklokals haftet seinen Gästen aus Unfällen, welche diesen durch ordnungswidrigen Zustand der Gasträume zustoßen, nicht nach den Grundsätzen der Sachmiete, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über Schadensersatz wegen Nichterfüllung obliegender Vertragspflicht. β. **RG.** PuceltsZ. **07** 331 Ziff. 20, RheinA. **104** 252, R. **07** 505 Ziff. 983. Zu einem Unfalle, der einem Gaste, der sich nach eingetretener Polizeistunde im Lokal aufhielt, durch Herunterstürzen einer Kellertreppe zustieß, führt das RG. aus: Der Gast, der bereits öfter nach eingetretener Polizeistunde sich in dem Lokal aufgehalten hatte, wußte oder mußte wissen, daß die Beleuchtung zu dieser Zeit auf das Allernotwendigste beschränkt werden mußte; bezüglich solcher Unfälle, die lediglich auf die herrschende Dunkelheit zurückzuführen wären, ist daher anzunehmen, daß er auf Schadensersatzansprüche gegen den Wirt verzichtet hat; insoweit jedoch der Unfall durch Fehlen der Sicherheitsstange vor der Kellertreppe verursacht ist, haftet der Wirt; jedoch kann er sich damit exkulpieren, daß er seine Bedienten auf das strengste zur Anbringung der Sicherheitsstange angehalten und diese Anbringung stets selbst kontrolliert hätte; ist dies richtig, so müßte der Ersatzberechtigte den Gegenbeweis erbringen, daß gerade für die fragliche Unterlassung des Einzelfalls den Beklagten die Verantwortung treffe, da er es selbst gewesen sei, der unachtsam den Keller unverwahrt gelassen habe. γ. **RG.** JW. **07** 705 Ziff. 8. Der Gastwirt haftet nicht für den Schaden, den ein Gast dadurch erleidet, daß er rücklings aus dem Fenster stürzt, auch wenn die Fensterbrüstung nur 55 cm hoch ist. Weder kann diese geringe Höhe der Fensterbrüstung als ein Fehler der Mietsache angesehen werden, der ihre Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch aufhebt oder mindert, so daß hieraus eine Schadensersatzpflicht des Wirtes entstehen könnte, noch ist dargetan, daß der Wirt oder dessen Angestellte in anderer Weise die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in bezug auf die Sicherheit des Gastes außer acht gelassen hat. δ. **RG.** JW. **07** 829 Ziff. 5. Der Inhaber eines Bierlokals haftet für einen Schaden, den eine seiner Kellnerinnen durch Herabfallen eines Bierfasses am Bieraufzuge verursacht hat, nicht schon deshalb, weil er nicht eine persönliche Kontrolle über den Zustand des Aufzugs ausgeübt hat, wohl aber für Versehen seines Angestellten bei Bedienung des Aufzugs. ε. **RG. 65** 12, R. **07** 1131 Ziff. 2693. Der Gastwirt, der wegen eines Unfalls in Anspruch genommen wird, der einem Gaste durch ungenügende Festigkeit einer Leiste mit Garderobehaken zugestoßen ist, genügt seiner Beweispflicht für seine Nichtschuld, indem er nachweist, daß er den verkehrssicheren Zustand seines Lokals dauernd kontrolliert hat und daß kein Mangel entdeckt worden, auch in den letzten Jahren kein Unfall eingetreten ist. **b)** Haftung des Hauswirts (s. insbes.

JDR. **4** Ziff. 6 b). α. **RG.** JW. **07** 45 Ziff. 4. Fahrlässigkeit des Hauswirts verneint, der einem vertrauenswürdigen Mieter die Beaufsichtigung seines Hauses übertragen hatte, bezüglich eines Unfalls, der durch Herabstürzen eines Dachfensters verursacht ist. Besondere Maßregeln bezüglich der ordnungsgemäß angebrachten Dachfenster zu ergreifen, war der Wirt nicht verpflichtet, zumal, da der Neubau erst seit einem halben Jahre fertiggestellt war. β. **RG.** JW. **07** 169 Ziff. 7, R. **07** 246 Ziff. 423. Das Hinlegen eines unbefestigten Stoffläufers auf einen mit ungerieften Tonfliesen belegten Gang ist keine zum Schadensersatze verpflichtende Fahrlässigkeit. γ. Haftung des Justizfiskus für Gefängnisunfälle. PosMSchr. **07** 27 (KG.). Haftung des Justizfiskus verneint bei einem Unfalle, der einem Gefängnisbeamten durch Herabfallen eines Fensters im Gefängnisgebäude zugestoßen war. Die üblichen Jahresrevisionen des Gebäudes beseitigen die Annahme eines Verschuldens auf seiten des Fiskus. δ. OLG. **14** 24 (Colmar). Haftpflicht eines Hauswirts festgestellt, der den Zugang zur Brunnenanlage, der häufig mit Glatteis überzogen war, nicht bestreuen und beleuchten ließ. ε. **RG.** ZVersWes. **07** 459. Haftpflicht des Hauswirts für einen bei Eisglätte entstandenen Unfall verneint; der Pächter der in dem Hause befindlichen Schankwirtschaft, dessen Gast gegen 10 Uhr abends verunglückte, hatte um diese Zeit allein die Pflicht, die durch die Eisglätte hervorgerufene Gefahr zu beseitigen. **c)** Richterliche Haftung (s. JDR. **5** Ziff. 5 e). α. **RG.** JW. **07** 828 Ziff. 4. Der Aktuar hatte dem Schuldner den Beschluß betreffend die Anordnung der Zwangsversteigerung entgegen den Vorschriften der §§ 4, 8 ZVG. durch Aufgabe zur Post zugestellt. Nichtsdestoweniger hatte der Richter Versteigerungstermin angesetzt. Im Termine wurde alsdann wegen der gesetzlich unzulässigen Zustellung der Zuschlag versagt. Der Meistbietende, der sein Recht aus dem Meistgebote vorteilhaft abgetreten hatte, beantragte Fortsetzung des Verfahrens, in einem neuen Versteigerungstermin erhielt er den Zuschlag, konnte die erstandenen Immobilien jedoch nur für einen geringeren Preis, als er für Abtretung des Rechtes aus dem ersten Meistgebot erhalten sollte, verkaufen. Richter sowohl wie Aktuar sind als Gesamtschuldner zum Ersatze des dem Meistbietenden entstandenen Schadens verpflichtet. β. **RG. 65** 175. Der Schiedsrichter haftet bei seiner Spruchtätigkeit nicht für Fahrlässigkeit; wenn auch § 839 auf ihn nicht anwendbar ist, so ist der Schiedsrichter bei Ausübung seiner Tätigkeit zu der Voraussetzung berechtigt, daß er für seinen Schiedsspruch nicht über die Grenzen hinaus verantwortlich gemacht werde, die der Verantwortlichkeit des Staatsrichters gesetzlich gestellt sind. Die Streitenden müssen die Folgerung gegen sich gelten lassen, daß sie, wenn sie den Schiedsrichter ohne Vorbehalt bestellen, stillschweigend in die beschränkte Haftung ihrerseits willigen. ➳ Es ist fraglich, ob hier nicht eine zu weit gehende Willensfiktion vorliegt. Dazu kommt, daß § 839 keine ausdehnende Auslegung und analoge Anwendung verträgt. — Red. ⇜ — **d)** Haftung von Rechtsanwalt und Notar (s. JDR. **5** Ziff. 5 f). α. ElsLothJZ. **07** 306 (Colmar). Der Anwalt ist nur bei einem auf Verschulden beruhenden Versehen seiner Partei zum Schadensersatze verpflichtet. Ein solches Verschulden ist nicht schon darin zu erblicken, daß der Anwalt nach Anerkennung des Feststellungsanspruchs durch den Beklagten den Hauptantrag mit Rücksicht auf die Kostenverteilung aufrechterhalten hat, da Streit besteht, in welcher Weise zu verfahren ist, wenn eine begründetermaßen erhobene Klage vor der Schlußverhandlung gegenstandslos wird. β. **RG.** R. **07** 506 Ziff. 987. Der Notar, der einem Klienten, der durch ihn einen eine Hypothek betreffenden Akt beurkunden läßt, fahrlässigerweise unrichtige Auskunft über einschlägige Fragen des Hypothekenverkehrs gibt, macht sich aus dem bestehenden Vertragsverhältnisse schadensersatzpflichtig, auch wenn die unrichtige Auskunft auf rein tatsächlichem Gebiete liegt. γ. **RG.** R. **07** 829. Ein Notar, welcher den Auftrag hat, über den Verkauf eines Schiffes einen rechtsbeständigen Vertrag zu errichten mit der Verpflichtung des

Käufers zur Bestellung von Hypotheken, handelt nicht ohne weiteres fahrlässig, wenn er es unterläßt, einen den Formen des Schiffspfandrechts entsprechenden Antrag des Käufers in den Vertrag aufzunehmen. δ. PucheltsZ. **07** 709 (Colmar). Haftung des Notars verneint, der ein ihm außerhalb anderer Verhandlungen vorgelegtes Testament als formgerecht errichtet erklärt; es handelt sich um eine Ratserteilung gemäß § 676, aus der der Notar mangels eines vorliegenden Vertragsverhältnisses nur nach den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen haften würde, die, wie näher ausgeführt, nicht Platz greifen können. **e)** Haftung des Gerichtsvollziehers (s. JDR. **5** Ziff. 5 g). α. KGBl. **07** 58 (KG.). Der Gerichtsvollzieher haftet nicht für die verspätete Zustellung einer Rechtsmittelschrift, falls er berechtigterweise Vorschußzahlung von dem Auftraggeber verlangt hat und die Zustellung um deswillen nicht rechtzeitig bewirkt ist, weil der Vorschuß nicht rechtzeitig gezahlt bzw. die erfolgte Armenrechtsbewilligung nicht rechtzeitig mitgeteilt ist. β. **RG.** DJZ. **07** 427. Haftung des Gerichtsvollziehers verneint, der die gepfändeten Sachen weit unter dem Schätzungswerte versteigert. Da der Gerichtsvollzieher nach dem Gesetze die Vollstreckung ohne Verzug durchzuführen hat, ist er mitunter auch genötigt, geringere Gebote wider Willen des Gläubigers anzunehmen, falls dieser nicht Einstellung der Zwangsvollstreckung verlangt. **f)** Haftung des Theaterunternehmers. **RG.** R. **07** 375 Ziff. 733. Der Theaterunternehmer ist dem Theaterbesucher, der bereits mit einem Billet versehen, auf ein vor dem Eingange liegendes, die Öffnung eines Luftschachts bedeckendes Gitter getreten und abgestürzt ist, schadensersatzpflichtig. **g)** Haftung des Bankiers. ZAktGes. **07** 139 (KG.). Haftpflicht des Bankiers festgestellt für Empfehlung des Ankaufs von Aktien, die kurz nach Ankauf völlig wertlos wurden; der Bankier hat hierbei jede Fahrlässigkeit zu vertreten. **h)** Haftung der und gegenüber der Auskunftei. α. **RG.** BankA. **7** 24. Haftung desjenigen, der die Auskunft einer Auskunftei vertragswidrig einem Dritten weitergibt. β. **RG.** DJZ. **07** 1085, R. **07** 969 Ziff. 2261. Haftpflicht des Kunden einer Auskunftei dieser gegenüber festgestellt für den Schaden, der der Auskunftei dadurch erwächst, daß der Kunde entgegen den Vertragsbestimmungen die ungünstige Auskunft über einen Dritten an einen Agenten weitergibt, und der Dritte, der so die über ihn abgegebene Auskunft erfahren hat, die Auskunftei in Anspruch nimmt. **i)** Rat. **RG.** DJZ. **07** 771. Wenn A. dem B. erklärt, er könne C. ruhig weiterliefern, bis er käme und ihm sage, es sei so weit mit C., daß A. nichts mehr liefern sollte, so entsteht durch diese Zusage, die an sich nur ein Rat ist, zwischen A. und B. ein Vertragsverhältnis, aus dem B. für jede Fahrlässigkeit haftet. Mußte B. auf Grund von später eingetretenen Ereignissen annehmen, daß A.s Lieferungen an C. gefährdet seien, so hatte er auf Grund dieses Vertragsverhältnisses A. hiervon in Kenntnis zu setzen. **k)** Prüfung der Legitimation. SchlHolstAnz. **07** 148 (KG.). Von der Pflicht des Schuldners, die Legitimation des Empfängers einer Leistung zu prüfen, entbindet die Sparkasse die Vorschrift des § 808 als lex specialis. **l)** Haftung des Arztes. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 913, JW. **07** 505 Ziff. 2, R. **07** 1062 Ziff. 2516, DJZ. **07** 1027. Die Tatsache, daß ein Arzt an einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Minderjährigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eine Operation vornimmt, die schlecht verläuft, begründet dann eine Haftpflicht des Arztes nicht, wenn der Arzt ohne Fahrlässigkeit annehmen konnte, daß der Patient volljährig oder die Einwilligung erteilt sei. Zur Haftpflicht ist unter allen Umständen auch Kausalzusammenhang zwischen der fahrlässigen Nichteinholung der Genehmigung und der Vornahme der Operation erforderlich, der dann entfällt, falls feststeht, daß der gesetzliche Vertreter die Einwilligung zweifellos gegeben haben würde. ➾ Diese Entscheidung, die im Ergebnisse sicher insofern völlige Billigung verdient, als sie den Arzt in einem schutzbedürftigen Falle schützt, unterliegt in wissenschaftlicher und grundsätzlicher Hinsicht den größten Be-

denken; denn sie läßt gänzlich unerörtert das große von Streitfragen durchsetzte Gebiet liegen, inwieweit in dem in Rede stehenden Falle die Genehmigung überhaupt mit Wirksamkeit erteilt werden konnte. — Red. ⟵ m) Haftung des Bauunternehmers. α. RG. JW. 07 10 Ziff. 11. Fahrlässigkeit des Bauunternehmers als vorliegend angenommen in einem Falle, wo ein Passant durch einen Mauerstein, der einem Steinträger entfallen war, verletzt wurde. Infolge besonderer Verhältnisse (Enge der Straße) wäre Anbringung eines Lattenverschlages erforderlich gewesen. β. BadRpr. 07 73 (Karlsruhe). Verschulden eines Bauunternehmers verneint, der eine Speispfanne auf offener Straße aufgestellt hatte, in die ein Kind fiel. n) Haftung für Markenverwendung (s. insbes. JDR. 5 zu § 611 Ziff. 5 d und die dortigen Verweisungen). RG. EisenbE. 23 140. Ist nach den besonderen Umständen des Falles anzunehmen, daß der Arbeitgeber mit dem Abschlusse des Arbeitsvertrags zugleich die Fürsorge für die Markenverwendung übernehmen will, so kann der Arbeitgeber für den Verlust des Anspruchs des Arbeitsnehmers auf die Invalidenrente infolge ungenügender Verwendung von Versicherungsmarken in Anspruch genommen werden. o) Prinzipal und Gehilfe. Plutus 07 91 (KfmG. Berlin). Der Kaufmann, welcher für ihn von seinem Handlungsgehilfen zur Sicherheit hinterlegte Wertpapiere zu seiner Befriedigung verkauft, haftet dem Handlungsgehilfen für den Kursverlust, der durch unzeitgemäßen Verkauf erlitten wird. p) Haftung des Filialleiters. Plutus 07 245 (KfmG. Berlin). Eine Filialleiterin haftet nicht für ein Manko ihrer Kasse, falls ihr genügende Sicherheitseinrichtungen nicht zur Verfügung stehen. q) Haftung eines Postbeamten. BayRpflZ. 07 419 (München). Der Vorwurf der Fahrlässigkeit ist nur dann begründet, wenn der Schaden objektiv voraussehbar gewesen ist; für eine ungewöhnliche Gestaltung des Kausalverlaufs braucht der bloß fahrlässige Urheber eines Schadens nicht aufzukommen. (Aus einem Bahnpostbureau war ein auf dem Schreibtische zurückgelassener Geldbrief in der Weise gestohlen worden, daß der Dieb sich mittels des unter einer Wartesaalbank verwahrten Schlüssels Eingang in das Bureau verschaffte.) r) Haftung des Hotelgastes. SchlHolstAnz. 07 51 (Frankfurt). Der Mieter eines Hotelzimmers haftet dem Wirte nicht für den durch seine, des Mieters, Erkrankung entstandenen Schaden. s) Haftung des Untervermieters. RG. 65 29, JW. 07 101 Ziff. 3. Der Untervermieter haftet dem Untermieter nicht für den Schaden, der diesem daraus erwächst, daß ihm nach ohne Zutun des Untervermieters erfolgter Versteigerung des Grundstücks die Mieträume nicht mehr gewährt werden können; er hat nur für die Mangelhaftigkeit seines Mietrechts einzustehen, nicht aber für Umstände, die lediglich die Vermögensverhältnisse des Hauptvermieters betreffen. — Andererseits verlangt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, daß der Grundstückseigentümer über seine eigenen Vermögensverhältnisse unterrichtet ist, soweit von deren Kenntnis der Entschluß, ein bestimmtes Rechtsgeschäft abzuschließen, abhängig ist. t) Haftung des Einlagerers. RG. LeipzZ. 07 830 Ziff. 2. Derjenige, der für den Käufer importierter Ware diese Ware auf dem Packhof der Steuerbehörde einlagert, haftet vertraglich dem Käufer dafür, daß die Mitteilungen der Steuerbehörde, die an ihn als Einlagerer gesandt werden, dem Käufer zugehen; er ist dem Käufer aus der Nichterfüllung dieser Pflicht zum Schadensersatze verpflichtet. u) Haftung des Weidelandbesitzers. HansGZ. 07 Beibl. 97, SchlHolstAnz. 07 227 (Hamburg). Haftpflicht des Weidelandbesitzers für Untergang eines Pferdes durch Versinken im Sumpfe festgestellt, der es unterlassen hatte, den Sumpf gehörig einzufriedigen, für Gewährung der Weide von dem Besitzer des Pferdes auch Entgelt erhielt. v) BadRpr. 07 99 (Karlsruhe). Der Lokomotivführer einer Straßenbahn ist nicht bloß zu angestrengtester Aufmerksamkeit, sondern auch zur tunlichen Verhütung von Unglücksfällen des verkehrenden Publikums durch den Bahnbetrieb ver-

pflichtet. (Die Straßenbahn war mit einem auf dem Gleise stecken gebliebenen Wagen zusammengestoßen.) w) Einladung zum Mitfahren. **RG.** ZVersWes. **07** Beil. Nr. 6. Auch die Einladung zum Mitfahren kann eine als Fahrlässigkeit zu vertetende Handlung bilden, sofern der Einladende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Bedenken hätte tragen müssen, einen anderen Menschen den Gefahren seines Fuhrwerks auszusetzen. **x)** R. **07** 246 Ziff. 422 (Zweibrücken). Der Eigentümer des in schneller Fahrt begriffenen Automobils genügt beim Scheuen von Pferden seiner Aufsichtspflicht dadurch nicht, daß er zum langsamen Fahren ermahnt, er muß vielmehr das Anhalten und Abstellen des Motors veranlassen. y) Haftung bei unentgeltlicher Mitnahme einer Person auf einer Automobilfahrt. **RG.** SchlHolstAnz. **07** 81, FrankfRundsch. **40** 190, R. **07** 881 Ziff. 1977. **z)** Verantwortlichkeit des einen Fahrgast aus Gefälligkeit aufnehmenden Fuhrherrn. **RG.** SeuffBl. **07** 1084. **aa)** Haftung einer Dorfgemeinde. **RG.** SeuffBl. **07** 24 s. schon JDR. **5** Ziff. 5 u.

§ 278. 1. Allgemeines. a) **RG.** JW. **07** 99 Ziff. 1, R. **07** 1132 Ziff. 2694. Es steht außer Zweifel, daß § 276, mag er auch wegen seiner inneren Beziehung mit § 275 Abs. 1 seinem Wortsinne nach nicht mit auf jede positive Vertragsverletzung gehen, doch aus dem einen oder dem anderen Grunde auch auf jede solche anzuwenden ist; es muß daher Entsprechendes auch von § 278 gelten. **b)** BraunschwZ. **07** 71 (Braunschweig). Der Paragraph ist nur bei Vertragsverhältnissen anzuwenden, bei außervertraglichen unerlaubten Handlungen greift § 831 ein. **c)** LeipzZ. **07** 765 Ziff. 2 (LG. Braunschweig). Der Kreis der nach der Vorschrift des Paragraphen als Erfüllungsgehilfen haftpflichtigen Personen darf nicht auf die nur zur Vorbereitung der Erfüllung tätig gewesenen Personen ausgedehnt werden. (Der ausländische Absender eines im Inlande verkauften Fasses mit Öl ist nicht Erfüllungsgehilfe des inländischen Verkäufers.) S. JDR. **5** Ziff. 2 a. **d) RG.** R. **07** 881 Ziff. 1975. Die Vorschrift des Paragraphen ist auf die Bestimmung des § 25 PrEisenbG. nicht anwendbar. S. dagegen JDR. **5** Ziff. 2 b. **e) RG. 65** 17, R. **07** 1132 Ziff. 2695. Der Schuldner hat in Fällen, wo er für seine eigene nur leichte Fahrlässigkeit nicht einzustehen haben würde, auch in Ansehung von Verfehlungen eines Erfüllungsgehilfen außer dem Vorsatze nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. **f)** R. **07** 1461 Ziff. 3624 (Hamburg). Es läßt sich nicht der allgemeine Satz aufstellen, daß der Verkäufer gegen sich gelten lassen muß, wenn eine Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, den Mangel arglistig verschweigt.

2. Einzelne Fälle (s. JDR. **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 9, **1** zu § 278). a) Mieter und Vermieter (s. JDR. **5** Ziff. 4 e, **4** Ziff. 1 d, **3** Ziff. 7 b). Huth, DJZ. **07** 283/4. Eine Rechtspflicht des Mieters zur Benutzung der Mietwohnung und Einbringung der Sachen gibt es nicht. Aus § 548 ergibt sich jedoch, daß er die Sache nur „vertragsmäßig“ benutzen darf. Diese Verbindlichkeit wird verletzt, wenn beim Einbringen der Sachen die Mietwohnung schuldhafterweise beschädigt wird, und der Mieter haftet nach § 278 auch für die zum Einbringen der Sachen angenommenen Leute. — Dagegen Wetter, DJZ. **07** 655 f. Für Beschädigungen, welche die Angestellten des Fuhrunternehmers beim Umzuge verursacht haben, haftet der Mieter dem Hauswirte gegenüber nicht in Gemäßheit des § 278, sondern des § 831 BGB. Fügen die Angestellten des Fuhrunternehmers bei dem Umzuge dem Mieter einen Schaden zu, so kommt § 278 in Frage. **b)** Haftung des Gastwirts für Verschulden seines Hausknechts (s. insbes. JDR. **4** Ziff. 3). α. ThürBl. **54** Ziff. 8 (Jena). Der Gastwirt haftet für das Verschulden seines Hausknechts dem Fremden gegenüber, der sein Pferd in den Stall des Gastwirts eingestellt hat, aus diesem Einstellungsvertrage wie für eigenes Verschulden. β. Josef, R. **07** 116 ff. Da der Gastwirt es ist, der aus dem Gast-

aufnahmevertrage dem Gaste die Dienste der täglichen Kleiderreinigung sowie der Besorgung gewisser Aufträge schuldet und sich dabei zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit des Hausknechts bedient, so hat der Gast gegen den Gastwirt die Vertragsklage, wenn der Hausknecht schuldhaft die Kleider bei der Reinigung beschädigt oder die ihm übertragenen Bestellungen unrichtig ausführt. **c)** Versicherungsverhältnis (s. insbes. JDR. **5** Ziff. 4 c, **4** Ziff. 4 d, **3** Ziff. 7 e zu β u. 7 f). α. LeipzZ. **07** 683 Ziff. 3 (LG. Leipzig). Der Versicherer ist für eine arglistige Täuschung des Versicherten verantwortlich, wenn diese von dem Vermittelungsagenten des Versicherers verübt wurde und der Vertragsschluß durch diese Täuschung zustande gekommen ist; es handelt sich um dolus in contrahendo, der ebenso zu behandeln ist wie die Arglist des Erfüllungsgehilfen nach erfolgtem Vertragsschlusse. β. Josef, LeipzZ. **07** 483 ff., bekämpft die Rechtsprechung des **RG. 37** 149, **51** 20 und Gruchots Beitr. **47** 991, nach welcher die schuldhafte Verursachung des Brandes durch Vertreter des Versicherungsnehmers den Versicherer befreit. Dieser Wegfall folgt weder aus dem Wesen des Versicherungsvertrags (483/9), noch aus § 278. Der Versicherungsnehmer hat keine „Verbindlichkeit" gegenüber dem Versicherer, sich der schuldhaften Verursachung eines Brandes zu enthalten, vielmehr hat sie nur den Wegfall seines Entschädigungsanspruchs zur Folge. Dagegen ist die Anwendung des § 278 auch in Versicherungsverhältnissen überall da geboten, wo eine vertragsmäßige oder gesetzliche „Verbindlichkeit" eines Beteiligten gegenüber dem anderen zu einer „Leistung" obliegt (näheres aaO. 490). **d)** Haftung des Notars für Verschulden seines Bureauvorstehers (s. JDR. **5** Ziff. 4 b u. die dortigen Verweisungen). **RG.** JW. **07** 741 Ziff. 7. Der Bureauvorsteher eines Notars ist, falls er einen dem Notar gewordenen Auftrag expediert, nicht Beauftragter des Notars gemäß § 664, vielmehr Erfüllungsgehilfe, für dessen Verschulden der Notar wie für eigenes haftet. (Vorliegendenfalls hatte der Bureauvorsteher eine Erbausschlagung erst nach Ablauf der Ausschlagungsfrist an das Gericht befördert.) **e)** Haftung des Anwalts für Versehen des Gerichtsvollziehers bei der Zustellung. **RG.** PucheltsZ. **38** 261. **f)** Haftung des Gerichtsvollziehers. SchlHolstAnz. **07** 313, R. **07** 1529 Ziff. 3773 (Kiel). Der Gerichtsvollzieher haftet seinem Auftraggeber nicht für ein Verschulden, welches sein Vertreter während seiner Beurlaubung begangen hat. Ein eigenes Verschulden des Gerichtsvollziehers liegt aber vor, wenn er es unterlassen hat, durch Aushändigung der Akten an seinen Vertreter vor Antritt seines Urlaubs für die Erledigung des übernommenen Auftrags Sorge zu tragen. **g)** Haftung der Stadtgemeinde (s. JDR. **5** Ziff. 4 c). α. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 384, BadRpr. **07** 68. Eine Stadtgemeinde, die unter Verabfolgung von Eintrittskarten ein Feuerwerk veranstaltet, haftet für das Verschulden der das Feuerwerk ausführenden Personen den Besuchern gegenüber wie für eigenes Verschulden. β. MecklZ. **24** 189 (Rostock). Die Vorschrift des Paragraphen ist nicht anwendbar auf eine event. Schadensersatzpflicht einer Stadtgemeinde für die Folgen eines Unfalles, den ein Bürger durch Mangelhaftigkeit des auf einem Kanalabflußloche liegenden Rostes erlitten hat. γ. **RG. 64** 231 s. schon JDR. **5** Ziff. 4 i bei δ. **h)** Haftung des Staates infolge Beschlagnahme. HansGZ. **07** Beibl. 73 (Hamburg). Aus der Beschlagnahme durch Staatsbeamte ergibt sich ohne Vertragsschluß ein Aufbewahrungsverhältnis, aus dem der Staat privatrechtlich auf Herausgabe an den Eigentümer haftet, soweit nicht das öffentliche Interesse es verbietet. Hierbei haftet der Staat für seine Erfüllungsgehilfen wie für eigenes Verschulden. **i)** Schleppschiffahrtsvertrag (s. JDR. **4** Ziff. 4 e, **3** Ziff. 7 h). OLG. **14** 25, HansGZ. **07** 179 (LG. Hamburg). Der Mieter einer Schute, welche er durch seinen Schlepper schleppen ließ, haftet für Beschädigung dieser Schute infolge Verschuldens der Leute des Schleppers. Er bedient sich dieser Leute zur Erfüllung seiner Obhutspflicht aus

dem Mietvertrage gegenüber dem Vermieter. k) Unfall im Kaufgeschäfte. R. **07** 1397 Ziff. 3459 (Cöln). Wird der Käufer beim Aussuchen der Ware durch ein herabfallendes Stück Ware verletzt, bevor er die ihm passenden Stücke ausgesucht und gekauft hat, so kommt vertragliche Haftung des Verkäufers nicht in Frage, da ein Vertrag zwischen den Parteien noch nicht bestand, sondern nur eine Offerte vorlag. l) Haftung des Krankenhausbesitzers. OLG. **14** 26 (Braunschweig). Der Unternehmer eines Krankenhauses haftet bei Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten für jegliches Verschulden seines gesamten Personals. — m) Haftung des Theaterunternehmers. α. **RG.** SeuffBl. **07** 537. Haftung des Theaterunternehmers dem Inhaber eines Billets gegenüber. β. **RG.** DJZ. **07** 482. Haftung des Theaterunternehmers für die Beschaffenheit der Zugänge des Theaters. n) **RG.** JW. **07** 99 Ziff. 1. Dadurch, daß ein gesetzlicher Vertreter einer Automobilfabrik jemandem das Mitfahren bei einer Zuverlässigkeitsfahrt gestattete, entsteht zwischen dem Mitfahrenden und der Firma noch kein Vertrag, auf Grund dessen die Firma dem Passagiere für Verschulden des Chauffeurs haftet; die bloße Gestattung des Mitfahrens ist ein tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung. o) BadRpr. **07** 74 (Karlsruhe). Eine Fabrikleitung haftet für einen Unfall, der einem Arbeiter infolge Unvorsichtigkeit eines Monteurs bei Aufstellung einer Maschine zustößt, nur nach § 831.

§ 279. Klein, Ein Beitrag zur Lehre vom „Untergang der Obligation durch Zweckerreichung", ABürgR. **31** 214 ff., wirft für eine Reihe von typischen praktischen Fällen die Fragen auf: Wie beeinflußt der Umstand, daß das geschuldete Leistungsergebnis bereits durch die Tätigkeit eines Dritten oder durch einen zufälligen Vorgang so vollständig für den Gläubiger hergestellt ist, als wenn der Schuldner seine Verpflichtung erfüllt hätte, a) die Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger zur Leistung und b) die des Gläubiger-Schuldners gegenüber dem Schuldner-Gläubiger zur Gegenleistung? Im Gegensatze zu Krückmann, der nur den Erlöschungsgrund der Zweckerreichung als vorliegend erachtet, vertritt er die Ansicht, daß eine Kumulation der beiden Erlöschensgründe der „Unmöglichkeit der Leistung" und der „Zweckerreichung" vorliegt, unter Bezugnahme auf sein Buch über Untergang der Obligation durch Zweckerreichung.

§ 280. *Rieck, Der Leistungsort des Bürgen 50. Der Leistungsort bleibt unverändert.

§ 281. PosMSchr. **07** 102 (Königsberg). Der Pächter eines Sees kann, falls die für den Verpächter an dem See bestehende Fischereigerechtigkeit abgelöst wird, die Zahlung der Ablösungssumme nicht als Ersatz für die verlorene Gerechtigkeit verlangen; die Fischereigerechtigkeit ist nicht Gegenstand des Pachtvertrags; diesen bildet vielmehr nur eine in Beziehung auf den Gegenstand vorzunehmende Handlung, nämlich die Pacht.

§ 283. 1. a) **RG. 66** 61, JW. **07** 361 Ziff. 8, R. **07** 1198 Ziff. 2858 u. 2860. Wenn der rechtskräftig zur Wandelung verurteilte Verkäufer seinen Verpflichtungen aus der Wandelung nicht nachkommt, und ihm nunmehr vom Käufer unter Ablehnung der Erfüllung eine Frist gemäß dem Paragraphen gesetzt wird, so tritt der jetzt vom Käufer geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht an die Stelle der geschuldeten Leistung, sondern an Stelle von Leistung und Gegenleistung: der Anspruch der Verkäufers auf Erfüllung ist ebenso ausgeschlossen wie der des Käufers, da der Käufer nur zu erfüllen braucht, wenn der Gegner seinerseits erfüllt; es hat lediglich eine Schadensberechnung stattgefunden, bei der das, was der Käufer aus dem Vertrag erlangt hat, als Rechnungsfaktor ebenso in Betracht kommt, wie die vom Käufer geleistete Kaufpreisanzahlung. b) In LeipzZ. **07** 501 Ziff. 7 findet sich folgende Fassung der Entscheidung: Hat der Käufer auf Grund eines rechtskräftigen Wandelungsurteils

dem Verkäufer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne und nach Fristablauf sodann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangte, so besteht dieser Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht in der Interesseforderung bei Verfolgung des urteilsmäßigen Anspruchs (so früher RG.), sondern in dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wie bei gegenseitigen Verträgen.

2. PosMSchr. **07** 124 (Posen). Aus der Vorschrift dieses Paragraphen folgt e contrario, daß mit der Vertragsklage auf Herausgabe von Sachen nicht zugleich, also auch nicht eventuell, die Klage auf Werts- oder Schadensersatz verbunden werden kann.

§ 284. 1. Dogmatisches (s. JDR. **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 1 ff., **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 1 ff. *Rogowski. a) Der Verzug des Schuldners tritt bei allen Obligationen, positiven und negativen, unter den gleichen Voraussetzungen ein. Der Umstand, daß bei diesen im Falle der Nichtleistung, Zuwiderhandlung, die Möglichkeit der Nachleistung fehlt, schließt die Anwendung der Verzugsnormen nicht aus, da die Nachholbarkeit der Leistung keine Voraussetzung des Verzugs ist. Insbesondere ist es nicht angängig (wie z. B Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung 41, 42, dies tut) aus der Etymologie des Wortes „Verzug" diese Voraussetzung abzuleiten, da die §§ 284 und 285 eine Legaldefinition des Verzugs geben, die das Erfordernis der Nachholbarkeit nicht aufstellt. Zu dem gleichen Ergebnisse führt auch die Erwägung, daß diese Paragraphen lediglich die Definition enthalten, ohne irgendwelche Rechtsfolgen zu regeln, so daß also das Wort „Verzug" aus dem Gesetzestexte gestrichen werden kann, ohne daß dies eine sachliche Änderung nach sich ziehen würde. Indem die §§ 286 und 326 die Möglichkeit der Nachleistung berücksichtigen, tragen sie nur dem Umstande Rechnung, daß in der Mehrzahl der Fälle die Möglichkeit der Nachleistung gegeben ist, keineswegs wird diese aber dadurch zu einer Voraussetzung des Verzugs erhoben (44 ff.). b) Der Auffassung von Staub, der die Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht als „positive Vertragsverletzung" bezeichnet und sie zu der Nichtbewirkung der geschuldeten Leistung in Gegensatz stellt, kann nicht beigetreten werden. Absolut betrachtet, verletzt der Unterlassungsschuldner seine Verbindlichkeit allerdings dadurch, daß er tut, was er unterlassen soll. Legt man aber hierauf das Hauptgewicht, so vernachlässigt man die innere Relation zwischen dem Verhalten des Schuldners wie es ist und wie es sein soll. Wenn man diese berücksichtigt, so kommt man zu dem Ergebnisse, daß die Verbindlichkeit verletzt wird durch Nichterfüllung der auf Unterlassung gerichteten Leistungspflicht. Die Zuwiderhandlung kommt nur als Ausbleiben der geschuldeten Unterlassungsleistung in Betracht, ist also keine positive Vertragsverletzung. — In gleicher Weise vernachlässigt Staub die innere Relation, indem er einen zweiten Fall von positiver Vertragsverletzung darin erblickt, daß der Schuldner die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft. Diese Formulierung ist irreführend, vielmehr muß es heißen: der Schuldner bewirkt zwar die geschuldete Leistung nicht, er leistet statt dessen vielmehr etwas Fehlerhaftes. Der hierdurch verursachte Schaden ist kein einheitlicher, durch fehlerhafte Leistung verursachter, wie Staub annimmt, er ist vielmehr in zwei Gruppen zu scheiden: a) Die geschuldete Leistung wird nicht bewirkt, insoweit liegt eine auf Nichtleistung (event. Verzug) beruhende, keine positive Vertragsverletzung vor; b) Soweit die Leistung infolge ihrer Mangelhaftigkeit Schaden anrichtet, ist dieser ein außerkontraktlicher, der event. gemäß § 823 zu ersetzen ist, so daß also insoweit eine durch ein Tun verursachte, aber keine Vertragsverletzung vorliegt (37 ff.).

2. Die Mahnung (s. JDR. **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 3, 6) a) *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 726 ff., über die Natur und Behandlung der Mahnung. Die Mahnung ist kein Rechtsgeschäft, sondern bloße Rechtshandlung (vgl. oben vor §§ 104 ff.), und zwar Willensmitteilung. Über diese aaO.

650 ff., 701 ff., insbes. 725 ff. **b) RG.** GruchotsBeitr. **51** 587. Das Vorbringen des Prozeßbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung, nach welchem eine von dem Beklagten angeblich geschuldete Summe an die Kläger zu zahlen sei, ohne daß dieser Anspruch an sich Prozeßgegenstand war, ist als eine Mahnung bezüglich dieses Anspruchs nicht anzusehen; es handelt sich lediglich um einen prozessualen, in das Gebiet des Zivilrechts sich nicht erstreckenden Akt. **c) RG.** R. **07** 1397 Ziff. 3460. Die Zustellung eines die Erhebung eines neuen Anspruchs ankündigenden Schriftsatzes kann als eine zivilrechtliche Mahnung nicht angesehen werden. **d)** PosMSchr. **07** 64 (Posen). Der Käufer, der den Verkäufer eines Grundstücks zur Abgabe der Auflassungserklärung auffordert, setzt den Verkäufer auch dann in Verzug, wenn die Aufforderung einen bestimmten Auflassungstermin nicht enthält.

3. HessRspr. 8 108 (LG. Darmstadt). Die Abrufpflicht des Käufers ist eine Leistungspflicht, mit welcher er event. in Schuldner-, nicht Gläubiger-(Annahme-)verzug geraten kann.

4. Abs. 2. **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 165. Die Bestimmung des Abs. 2 findet keine Anwendung für den Fall, daß der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und von dieser ab die Leistungszeit kalendermäßig zu berechnen ist.

5. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. α. **RG.** LeipzZ. **07** 74. Die Klausel: „Regulierung Kassa 2 % Skonto, Abnahme auf meinem Platze" ist dahin auszulegen, daß Zahlung des Kaufpreises bereits nach Abnahme bzw. Verladung der Ware auf dem Platze des Verkäufers zu leisten sei. Will Käufer trotz dieser Abrede erst bei Empfang der Ware an seinem Niederlassungsorte den Kaufpreis zahlen, so kommt Verkäufer, wenn er mit Rücksicht hierauf Lieferung verweigert, nicht in Verzug. β. **RG.** R. **07** 824 Ziff. 1790. Ist für eine Leistung eine Zeit nicht nach dem Kalender bestimmt, so kann sie doch — Aufführung einer Première während der Haupttheaterzeit — zeitlich derartig qualifiziert sein, daß eine erhebliche Abweichung von der Zeitbestimmung ihr die Eigenschaft der Vertragsleistung nimmt und bei hinzutretendem Verschulden den Schuldnerverzug ohne Mahnung zur Folge hat.

§ 285. 1. Römer, DJZ. **07** 873/4. Zwischen dem Umstande, den der Schuldner nicht zu vertreten hat, und seinem Verschulden liegt ein neutrales Gebiet. Das zeigt sich am deutlichsten bei der Geldschuld. Der Mangel an Geldmitteln ist noch kein Verschulden, wohl aber hat der Schuldner den Umstand zu vertreten. Weiter kommt in Betracht die Regelung der Beweislast: Der Schuldner muß einen Entschuldigungsgrund gemäß § 285 beweisen. Verschulden bedeutet Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Dieses Verschulden ist nicht Voraussetzung des Schuldnerverzugs.

2. **a)** Dispeker, R. **07** 962 ff. Der Verzug tritt auch dann nicht ein, wenn sich der Schuldner in einem entschuldbaren Irrtum über das Schuldverhältnis befindet. Der Schuldner hat regelmäßig nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, auch der „Verzug" im Sinne des § 286 Abs. 1 setzt Verschulden des Schuldners voraus. **b) RG.** LeipzZ. **07** 342 Ziff. 9. Unverschuldete Unkenntnis der Schuld, die auch auf nicht schuldhaft erfolgter irriger Auslegung des Vertrags beruhen kann, steht der Annahme eines Verzugs entgegen. **c) RG.** R. **07** 375 Ziff. 734. Ein Schuldner, der wegen irriger Auslegung des maßgebenden Vertrags seine Verpflichtung nicht erfüllt hat, kann nichtsdestoweniger in Verzug geraten sein, wenn ihn bezüglich der Vertragsauslegung, auf der die Nichterfüllung beruht, ein Verschulden trifft.

§ 286. 1. **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 301. Der im Lieferungsverzuge befindliche Verkäufer kann aus der durch seinen Verzug geschaffenen Lage auch einem vermögenslosen Käufer gegenüber nicht ein Recht darauf herleiten, statt der Lieferung nur Schadensersatz zu leisten; er hat vielmehr in erster Linie dem Erfüllungsverlangen des Käufers zu entsprechen.

2. **RG.** R. **07** 1397 Ziff. 346. Der Verzug des Schuldners erweitert zwar dessen Haftung, bürdet ihm aber keineswegs eine Haftung für Verschulden des Gläubigers auf.

3. a) BayRpflZ. **07** 301 (München). Der Kläger, der zur Herbeiführung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils Sicherheit geleistet hat, kann Ersatz für die ihm durch die Hinterlegung entgangenen Zinsen nicht fordern. Der Beklagte hat sich bezüglich der hinterlegten Summe mangels Verschuldens nicht im Verzuge befunden; ein solches Verschulden liegt weder darin, daß der Beklagte den gegen ihn eingeklagten Anspruch nicht freiwillig befriedigt hat, noch in der Einlegung der gesetzlich zulässigen Rechtsmittel; abgesehen hiervon ist der Zinsverlust nicht Folge des angeblichen Zahlungsverzugs des Beklagten, sondern der von dem Kläger selbst betätigten vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils. — Mitgeteilt auch von Dispeker, R. **07** 962 ff. (s. o. § 285 Ziff. 2 a). **b)** Ebenso Bendix, R. **07** 1306 f. Der obsiegende Gläubiger kann Ersatz des ihm durch Sicherheitsleistung zwecks Vornahme der Pfändung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteile zugehenden Zinsverlustes von dem Schuldner nicht verlangen. **c)** Anders BreslauAK. **07** 15 (LG. Breslau). Die Kosten, die dem Gläubiger durch Beschaffung der zur Vollstreckung erforderlichen Sicherheit erwachsen, kann er von dem im Verzuge befindlichen Schuldner ersetzt verlangen, sie sind eine ursächliche Folge des Schuldnerverzugs.

4. **RG.** LeipzZ. **07** 588 Ziff. 10. Ist der Käufer eines Handelsgeschäfts, weil er seine Mitwirkung zur Inventarisierung grundlos verweigerte, in Verzug geraten, so kann er seinerseits den Verkäufer nicht schon dadurch in Verzug setzen, daß er dem Verkäufer seine Bereitschaft zur Mitwirkung bei der Inventarisierung bekannt gibt und den Verkäufer zur Beteiligung an der Inventarisierung auffordert. Der Käufer muß vielmehr mit dieser Erklärung auch noch die weitere Erklärung verbinden, daß er dem Verkäufer alles erstatten wolle, was dieser infolge des bereits eingetretenen Verzugs des Käufers mit Übernahme des Geschäfts bis dahin zu fordern hat.

5. Plutus **07** 225 (KfmG. Berlin). Der Handlungsgehilfe, der beim Verlassen der Stellung seine Papiere nicht zurückfordert, kann nicht Ersatz des Schadens verlangen, der ihn bei Bewerbung um neue Stellung infolge Fehlens der Papiere trifft; sein früherer Chef befindet sich mangels Mahnung nicht im Verzuge bezüglich seiner Herausgabepflicht.

§ 288. PrVerwBl. **07** 435 (OVG.). Ist der Fiskus einem von der Wegepolizei in Anspruch Genommenen gegenüber zum Ersatze für die diesem auferlegte Leistung verpflichtet, so richtet sich der Anspruch auf Verzugszinsen gegen den Fiskus nach den §§ 284, 286.

Zweiter Titel. Verzug des Gläubigers.

Zu §§ 293 ff. 1. Wendt, ACivPr. 130 ff. (s. oben zu § 242 Ziff. 1 a), meint, daß die Regeln des Annahmeverzugs, gerade weil sie so fein in allerhand Einzelheiten ausgearbeitet sind, eben dadurch auch zu Unbilligkeiten gegenüber dem Einzelfall Anlaß geben könnten, und daß um so mehr ihnen gegenüber die Berücksichtigung von Treu und Glauben am Platze sein müßte.

2. v. Blume, JheringsJ. **51** 1—24. Hängt die Befreiung eines Schuldners davon ab, daß der Gläubiger sich an der Befreiung beteiligt, und hat der Schuldner rechtzeitig das Seinige getan, der Gläubiger aber unterlassen sich zu beteiligen, so trägt der Gläubiger nach Maßgabe der §§ 300 ff. die Gefahr der Verzögerung, bis er zur Beteiligung bereit ist.

§ 293. **RG.** R. **07** 696 Ziff. 1416. Hat die Zahlung des Kaufpreises bei Auswortung der Ware zu erfolgen, so wird in der Regel anzunehmen sein, daß der Verkäufer dem Käufer vor Zahlung der Ware Untersuchung zu gestatten hat. Hat Käufer jedoch Proben der gesamten Ware vorher untersuchen können, und

verlangt er nochmalige Untersuchung, so gerät er bei Weigerung des Verkäufers jedenfalls insoweit in Abnahmeverzug, als die Lieferung dem Vertrage entsprach.

§ 295. **RG.** LeipzZ. **07** 229 Ziff. 6, R. **07** 307 Ziff. 566. Die vertragsmäßige Pflicht des Käufers, die Ware abzurufen, ist eine Handlung, welche zur Bewirkung der Leistung des Verkäufers notwendig ist. Die Aufforderung zum Abrufe steht daher einem wörtlichen Angebote gleich. Verweigert der Käufer auf eine solche Aufforderung die Annahme, so bedarf es nicht noch eines weiteren wörtlichen Angebots. S. auch JDR. **3** Ziff. 1.

§ 300. Fischer, JheringsJ. **51** 159 ff., insbes. 226 ff. über den § 300 Abs. 2 in seinem Verhältnisse zu Gattungsschulden, oben bei § 243 Ziff. 1a.

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

Vorbemerkung. In sehr reichhaltiger Weise ist die Rechtsprechung auf diesem Berichtsgebiet tätig gewesen. Sehr interessant und auch wegen ihres häufigen Vorkommens in der täglichen Praxis besonders beachtenswert sind diesmal die Unmöglichkeitsfälle zu § 306. Ganz besonders umfangreich ist natürlich wieder das Material zu § 313. Mitunter ist festzustellen, daß die Ansichten der verschiedenen Gerichte selbst in grundsätzlichen Fragen von einander abweichen. Die Literatur dagegen schweigt vollständig; nur da und dort läßt sich eine Stimme vernehmen (s. Ziff. 2 **a**, **b** u. Ziff. 3 **a**).

§ 305. 1. *Klein, Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, ÖstZBl. **25** 480—486 (vgl. auch JDR. **5** zu § 305), gibt einen Überblick über die geschichtliche Entwickelung des Rechtsgedankens der „vertraglichen Schuldinhaltsänderung (römisches — gemeines — preußisches — französisches — sächsisches Recht).

2. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 926. Ein Vertrag über die Hingabe eines Darlehens ist auch dann hinreichend bestimmt, wenn das Darlehen auf „längere, angemessene" Zeit gewährt werden soll.

§ 306. 1. Über den Begriff der Unmöglichkeit und des Unvermögens oben zu § 275 Ziff. 1. S. ferner **RG.** R. **07** 881 Ziff. 1978. Ein Vertrag, durch den sich jemand zu einer von vornherein aus Rechtsgründen unmöglichen Leistung verpflichtet, ist nichtig.

2. Aus der Rechtsprechung (s. auch JDR. **1**, **2**, **3**, **4**, **5** zu § 306). **a)** **RG.** LeipzZ. **07** 342 Ziff. 6. Wer sich mit einem Erfinder behufs Ausbeutung der Erfindung verbindet, ehe die Erfindung patentiert ist, trägt in der Regel auch das Risiko mit, daß die Erfindung als solche anerkannt und patentiert werde; er kann daher, wenn das Patent versagt wird, nicht geltend machen, es liege ein wegen der Unmöglichkeit der Leistung nichtiger Vertrag vor. **b)** HansGZ. **07** Beil. 147 (Hamburg). Bei Abschluß eines Vertrags über den Alleinverkauf eines Gasersparnis-Apparats ist es als stillschweigende Bedingung für das Bestehen des Vertrags anzusehen, daß die Anbringung der Apparate möglich ist; der Unmöglichkeit der Anbringung steht hier die Verweigerung der Genehmigung zur Anbringung seitens der zuständigen Behörde gleich. — **RG.** R. **07** 1529 Ziff. 3774. Ein Vertrag, durch welchen eine Stadtgemeinde einer anderen ein unentgeltliches sog. Werftrecht an einem öffentlichen Flusse einräumt, ist, weil auf eine unmögliche Leistung gerichtet, nichtig. — R. **07** 1066 Ziff. 2539 (Hamburg). Ist die Benutzung eines vermieteten Grundstücks durch polizeiliche Vorschriften beschränkt, so ist der Mietvertrag, als auf eine unmögliche Leistung gerichtet, nichtig. Vgl. hierzu auch **RG.** R. **07** 1461 Ziff. 3625. — OLG. **15** 73, R. **07** 1198 Ziff. 2859 (KG.). Der Dienstvertrag, durch den ein Anwalt zur Führung eines Prozesses bei einem Gerichte, bei dem er nicht zugelassen ist, verpflichtet wird, ist nichtig. Das Unvermögen des Schuldners, eine Leistung zu bewirken, begründet

dann eine objektive Unmöglichkeit, wenn die Leistung durch den Schuldner in Person erfolgen muß.

§ 310. **RG.** JW. **07** 707 Ziff. 11, BankA. 7 76 Ziff. 3, DJZ. **08** 77. Die Abtretung sämtlicher zukünftiger Geschäftsforderungen ist, wenn auch nicht in unmittelbarer Anwendung, so doch in Verfolg des Grundsatzes des § 310 sowie nach Maßgabe des § 138 Abs. 1 unzulässig. Vgl. u. zu § 398 Ziff. 7 a.

§ 312. 1. **RG.** JW. **07** 244 Ziff. 7, R. **07** 1132 Ziff. 2695. Abs. 2 gestattet den Abschluß von Verträgen zwischen künftigen gesetzlichen Erben eines noch lebenden Dritten, soweit der gesetzliche Erbteil oder der Pflichtteil in Betracht kommt, nur mit obligatorischer, nicht mit erbrechtlich-dinglicher Wirkung.

2 b) **RG.** BayRpflZ. **07** 388. Eine Verfügung über das Recht des Nacherben fällt nicht unter die Vorschrift des Abs. 1 Satz 1, sie bedarf jedoch der notariellen gerichtlichen Beurkundung. **b**) **RG.** R. **07** 969 Ziff. 2263. Ein Nacherbe, der den Erbfall erlebt hat, kann vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge über sein nacherbschaftliches Recht zugunsten anderer verfügen; eine solche Verfügung bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

§ 313. I. Satz 1. 1. Formzwang oder nicht (typische Fälle). a) Vollständigkeit der Urkunde. α. **RG.** JW. **07** 508 Ziff. 6, BayRpflZ. **07** 349, R. **07** 881 Ziff. 1979. Ein Grundstückskaufvertrag, in dem sich der Passus befindet, der Kaufpreis ist, wie die Parteien anerkennen, berichtigt, obwohl tatsächlich die Abtretung einer Hypothek als Gegenleistung vereinbart war, ist nichtig, weil der Vertrag unvollständig beurkundet ist: einmal liegt ein Tauschgeschäft vor, das nach § 515 auch der Form des § 313 bedurft hätte; ferner müssen auch bei einem Kaufvertrage die Abreden über die Belegung des Kaufpreises in die Urkunde aufgenommen werden. β. **RG.** JW. **07** 134 Ziff. 13. Ist unter den einen Grundstückskaufvertrag abschließenden Parteien eine Bedingung als Vertragsinhalt vereinbart, diese aber in den Vertrag nicht aufgenommen, so ist nicht nur die die Bedingung betreffende Vereinbarung, sondern der ganze Kaufvertrag wegen Formmangels nichtig; s. auch SchlHolstAnz. **07** 70 (Kiel). **b**) Parteiwille und Urkundsinhalt. BayRpflZ. **07** 198, R. **07** 507) Ziff. 992 (Nürnberg). Grundstücke oder Grundstücksteile, die in Verträgen als veräußert bezeichnet sind, ohne daß sie wirklich veräußert oder erworben werden sollten, sind in Wahrheit nicht Gegenstand der Verträge gewesen und daher nicht in das Eigentum des Erwerbers übergegangen; Grundstücke oder Grundstücksteile, die in den Verträgen nicht aufgeführt sind, auf die sich aber der Wille der Beteiligtenbezog, sind mitverkauft. S. auch JDR. **3** zu I Ziff. 2 c u. Ziff. 4. **c**) § 313 u. § 139. BraunschwZ. **07** 54 (Braunschweig). Befindet sich in einem Vertrag eine Bestimmung, die der Form des § 313 bedarf, so ist anzunehmen, daß der ganze Vertrag diesem Formzwang unterliegt und daher bei Fehlen der Form gänzlich nichtig gemäß § 139 ist. Wer gleichwohl die Gültigkeit des übrigen Vertragsinhalts als unabhängig von dem formbedürftigen Bestandteile behauptet, muß beweisen, daß das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. S. auch JDR. **5** Ziff. 2 a ff., **4** Ziff. 2 b. **d**) Ergänzung des Vertrags. HansGZ. **07** Beil. 239 (Hamburg). Ergänzungen des Hauptvertrags über Veräußerung eines Grundstücks bedürfen der Form des § 313 nur dann, wenn sie so wesentlich sind, daß der auf Eigentumsübertragung gerichtete Wille davon abhängig ist. Vgl. hierzu auch **RG.** R. **07** 1053 Ziff. 2518. Über Abänderungen vgl. JDR. **3** Ziff. 6 a, **2** zu I Ziff. 2 c, **2** zu I Ziff. 9, OLG. **6** 40 (Königsberg). **e**) Neubegründung erloschener Rechte. **RG.** SchlHolstAnz. **07** 220, ZBlFG. **07** 333, R. **07** 506 Ziff. 991. Die Abrede, daß ein durch Fristablauf erloschenes Recht aus einem der Form des § 313 bedürfeuden Vertrage noch binnen einer weiteren Frist soll ausgeübt werden können, ist als Neubegründung des Rechtes aufzufassen und unterliegt wiederum der Formvorschrift des § 313. **f**) Abänderung der

Offerte vor der Annahme. **RG. 65** 390, JW. **07** 246 Ziff. 8 R. **07** 1132 Ziff. 2697. Ein im übrigen formgerecht geschlossener Grundstückskaufvertrag verliert nicht dadurch infolge Formmangels seine Gültigkeit, falls zwischen Offertenabgabe und -Annahme eine die Offerte in einzelnen Punkten abändernde privatschriftliche Vereinbarung getroffen ist, sofern sich die formgerecht erklärte Annahme der Offerte nicht ausdrücklich auch auf die privatschriftlich erfolgte Abänderung bezieht. g) Aufhebung. α. **RG. 66** 405. Nachträglicher Verzicht auf Rücktritt von einem Grundstücksvertrage bedarf der Form. β. BraunschwZ. **07** 47 (Braunschweig). Ein Vertrag, durch den die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück aufgehoben wird, bedarf nicht der Form des § 313. S. auch JDR. **5** Ziff. II bei 1 l u. n. **h**) Vorkaufsrecht (s. JDR. **5** zu II Ziff. 1 a, **4** zu II Ziff. 1 a, **3** Ziff. 5 h u. die dortigen Verweisungen). v. Dassel, R. **07** 754 f. Ist für einen Vertrag, durch welchen ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück eingeräumt wird, die gerichtliche oder notarielle Form des § 313 erforderlich? Diese Frage wird — im Gegensatze zu **RG. 60** 225 u. **RG.** R. **07** 763 Ziff. 1623 — in Übereinstimmung mit **RG. 59** 132, OLG. **2** 74 (KG.), R. **05** 591 (Braunschweig), SeuffA. **56** 126 (Jena) bejaht vom OLG. Hamburg (Straff.) in einer Stempelsteuersache. Die Gründe teilt der Verf. mit. Wenn auch bei Einräumung eines Vorkaufsrechts der Eigentümer juristisch freie Hand behält, ob er verkaufen will oder nicht, und die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts weder ein bedingter, noch überhaupt schon ein Kaufvertrag heißen kann, so hört sie darum doch nicht auf, ein Vertrag zu sein, in welchem der eine Teil Verbindlichkeiten, wenn auch nur bedingt, eingeht. Wer einen solchen Vertrag eingeht, bindet sich schon dadurch rechtlich. **i**) Gesellschaftsverhältnis (s. auch JDR. **5** Ziff. II zu 1 k, **3** Ziff. I zu 2 d Abs. 2 u. 5 f.). α. **RG. 65** 227, JW. **07** 303 Ziff. 6, LeipzZ. **07** 341 Ziff. 4. Ein Vertrag, wonach die Erben eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft aus der Gesellschaft ausscheiden und das Gesellschaftsvermögen, zu dem ein Grundstück gehört, gegen eine an die Erben des verstorbenen Gesellschafters zu zahlende Abfindungssumme auf den anderen Gesellschafter übergeht, bedarf der Form des § 313 nicht, da gemäß §§ 142 HGB., 738 BGB. das Gesellschaftsvermögen bei Ausscheidung eines Gesellschafters bzw. dessen Erben dem anderen zuwächst; es bedarf daher keines besonderen Übertragungsakts, insbesondere bei Grundstücken nicht der Auflassung. Der fragliche Vertrag ist nicht auf die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung gerichtet, da es sich um Übertragung von Eigentum an einem Grundstücke nicht handelt. β. **RG.** JW. **07** 830 Ziff. 6, R. **07** 763 Ziff. 1622. Der Anspruch eines Gesellschafters gegen den anderen auf Herausgabe von für die Gesellschaft gekauften Grundstücken unterliegt nicht der Formvorschrift des § 313. γ. SchlHolstAnz. **07** 219 (Kiel). Die Formvorschrift des § 313 erstreckt sich auch auf Gesellschaftsverträge, die die Bearbeitung eines gemeinschaftlich angekauften Grundstücks und die demnächstige gewinnbringende Veräußerung dieses Grundstücks zum Gegenstande haben. k) Nebenabreden. α. **RG.** BayRpflZ. **07** 256. Die formlos getroffene Nebenabrede, die zwischen dem Käufer und einem von mehreren Verkäufern eines Grundstücks getroffen ist, wird durch die erfolgte Auflassung gültig, auch wenn der andere Verkäufer von dieser Nebenabrede bei der Auflassung nichts weiß. β. BraunschwZ. **07** 47 (Braunschweig). Arglistig falsche Angaben über den Brandkassenwert eines Grundstücks verpflichten, auch wenn diese Zusicherungen in den notariell beurkundeten Kaufvertrag nicht aufgenommen sind, zur Gewährleistung, falls den Umständen nach anzunehmen ist, daß bei und nach der Beurkundung des Vertrags an diesen Zusicherungen festgehalten worden ist. γ. BadRpr. **07** 3 Ziff. 4, R. **07** 246 Ziff. 426 (Karlsruhe). Ein Stundungsvertrag, in welchem der Schuldner seinen Gläubigern gegenüber sich verpflichtet, seine Liegenschaften einer in dem Vertrage bestimmten Kommission behufs Verwertung zur Verfügung zu stellen, seine Zustimmung zu den von dieser vermittelten Veräuße-

rungsverträgen zu erteilen und den betreffenden Käufern die Liegenschaften zu übertragen, bedarf der notariellen Form nach § 313. δ. RheinA. **103** 216 (Cöln). Ein Gesellschaftsvertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, erst zu erwerbende Grundstücke in das Gesellschaftsvermögen einzubringen, bedarf der Form des Paragraphen, ebenso **RG.** R. **07** 1529 Ziff. 3776. ε. HessRspr. **8** 138 (Darmstadt). Ein Vertrag, nach dem A. Miteigentümer eines dem B. bis dahin allein gehörigen Bauplatzes werden und das ganze Anwesen für gemeinschaftliche Rechnung bebaut und verwertet werden soll, bedarf hinsichtlich der Übertragung des Miteigentums der Form des Paragraphen und ist mangels eines solchen in allen seinen Bestimmungen nichtig. ζ. SchlHolstAnz. **07** 293 (Kiel). Die Gewährung der Stundung für die Kaufpreisforderung aus einer Grundstücksveräußerung unterliegt nicht der Formvorschrift des Paragraphen. η. **RG.** R. **07** 1462 Ziff. 3626. Wird beim Verkauf eines Grundstücks die Gewährleistungspflicht des Verkäufers bezüglich Beseitigung der Lasten zeitlich hinausgeschoben, so unterliegt auch diese Abmachung als Teil des Veräußerungsgeschäfts der Formvorschrift.

2. Einzelne Fälle. a) *Traumann, JW. **07** 217. Die Entsch. des **RG. 62** 411 ff. (vgl. JDR. **5** zu II Ziff. 1 c), nach welcher die Vergütung, die ein Kauflustiger einem Grundstückseigentümer dafür gezahlt hat, daß dieser ihm das Grundstück in notarieller Form zu einem bestimmten Preise fest anträgt und sich für lange Zeit an sein Vertragsangebot bindet, zurückgefordert werden kann, wenn der Grundstückskauf nicht zustande kommt, überspannt den Grundsatz der Formstrenge. Weder liegt hier, wie das RG. annimmt, eine Teil annahme des Vertragsangebots in Höhe der Vergütung vor; denn der Kauflustige will gerade frei bleiben, noch ist der fragliche Vertrag ein Grundstückveräußerungsvertrag; denn der Verpflichtung des Veräußerers, Eigentum an dem Grundstücke zu übertragen, steht nicht die entsprechende Verpflichtung des anderen Vertragsteils, Eigentum an dem Grundstück erwerben zu wollen, gegenüber. — Es kann zwar nicht formlos eine Vergütung für die Abgabe eines Grundstückverkaufsangebots bindend versprochen werden. Für den formgemäß und deshalb selbständig lebensfähigen Vertragsantrag kann aber als Äquivalent für die dadurch gewährte günstige Rechtskonstruktion eine Vergütung versprochen und gewährt werden. **b)** Landsberg, PosMSchr. **07** 1 f. Die formlose Zusicherung eines Grundstücks ist nichtig, auch wenn sie Ausstattungszwecken dient. **c) RG.** GruchotsBeitr. **52** 121. Das im Laufe des Zwangsversteigerungsverfahrens zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft zwischen den Miteigentümern getroffene Abkommen, wonach der eine Miteigentümer gegen das Versprechen einer bestimmten Summe seitens des anderen nicht weiterzubieten sich verpflichtet, bedarf nicht der Form des § 313. **d)** PucheltsZ. **07** 511 (Karlsruhe). Ein Vertrag, durch welchen sich A. dem B. gegenüber verpflichtet, ein von C. zu erwerbendes Grundstück weiterzuveräußern, unterliegt der Formvorschrift des § 313. **e)** S. auch JDR. **5** zu II Ziff. 1 f. **f) RG. 64** 35 s. schon JDR. **5** Ziff. 3 a. —

3. Form der Beurkundung. a) Molitor, DJZ. **07** 503 ff. Die Vertragsbeurkundung des § 313 wird durch Anerkenntnis im Prozesse nicht ersetzt. Das Verlangen der Übertragung eines Grundstücks ohne Berufung auf einen gesetzlichen Titel, insbesondere also einen gemäß § 313 Abs. 1 beurkundeten Vertrag, ist ein Anspruch ohne Klagegrund, daher nicht rechtsschutzfähig. Vereinbarungen, die dem § 313 nicht entsprechen, können nur in dem einzigen Falle des Abs. 2 Wirksamkeit erlangen. Die Entscheidungen des **RG. 48** 183 und JW. **06** 685 (Erbverzichtsvertrag und Zwangsvergleich vor dem Konkursrichter) stehen nicht entgegen. Der Vergleich kann auch im Prozesse rechtserzeugende Kraft haben. Anders das Anerkenntnis! ihm muß erstens ein Anspruch, d. h. ein behauptetes Recht, gegenüberstehen, und dann kann es sich nur um eine einseitige Willenserklärung handeln. Ein Vertrag aber, wie § 313 ihn verlangt, kann niemals ein durch Aner-

kennung vornehmbares Rechtsgeschäft sein. S. auch JDR. **2** Ziff. 2 d. **b)** ElsLoth. NotZ. **07** 52 (LG. Colmar). Das Grundbuchamt kann auf Grund eines ihm vorgelegten rechtskräftigen und zugestellten Anerkenntnisurteils, in welchem nur der Beklagte zur käuflichen Übernahme von Grundstücken und Abgabe der Auflassungserklärung verurteilt ist, die Auflassung nicht beurkunden; denn dieses Urteil enthält nicht die in bestimmter Form vorgeschriebene Erklärung der Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums. **c) RG.** LeipzZ. **07** 746 Ziff. 5, JW. **07** 508 Ziff. 7. Ein Gemeindebeamter, der gemäß Art. 142 EGBGB. und dem betreffenden einzelstaatlichen Ausführungsgesetze zur Beurkundung eines Vertrags gemäß § 313 befugt ist, genügt seiner Beurkundungspflicht damit nicht, daß er unter das an die privatschriftliche Vertragsurkunde sich anschließende und diese genehmigende, als Protokoll gefaßte und von den Vertragschließenden allein unterschriebene Schriftstück, unter räumlicher Trennung und besonderer Datierung nach Ort und Zeit die Worte setzt „Bescheinige hierdurch, daß vorstehende Unterschriften eigenhändig vollzogen worden sind" und dieses unterzeichnet. Es stellt dies nur eine Unterschriftsbeglaubigung dar. Hieran ändert es nichts, daß die Beteiligten nach dem Protokolle vor dem „unterzeichneten Ortsvorstand" erschienen sind und daß die betreffende Urkundsperson jedenfalls die Absicht gehabt hat, durch die Beglaubigung der Unterschriften auch den Inhalt des Protokolls zu bestätigen. Das Gesetz verlangt, daß die Mitwirkung der Urkundsperson an der Verbriefung des Rechtsgeschäfts durch eine eigene Erklärung derselben in der Urkunde festgestellt wird, was in erster Linie durch Unterzeichnung der Urkunde seitens der Urkundsperson zu erfolgen hat. **d) RG.** R. **07** 1397 Ziff. 3403. Ein Vertrag, durch den der eine Teil für den anderen eine Geschäftsbesorgung der Art übernimmt, daß er ein Grundstück zunächst in eigenem Namen erwerben und es sodann auf den Auftraggeber übertragen soll, bedarf nicht der Form des Paragraphen. **e)** Ebenso ElsLothJZ. **32** 34 (Colmar). Der Vertrag, wonach jemand das Eigentum an einem Grundstück erwerben soll, um es dann auf einen anderen weiter zu übertragen, bedarf nicht der Form des Paragraphen; die Weiterveräußerung stellt nach § 667 nur eine gesetzliche Folge des ersten Eigentumserwerbes durch den Beauftragten dar.

4. Zuständigkeit. **a)** HessRspr. **8** 4 (Darmstadt). Die Beurkundung des obligatorischen Vertrags über Veräußerung eines Grundstücks, für welches das neue Grundbuch noch nicht angelegt ist, durch einen preußischen Notar ist unwirksam. **b)** MecklZ. **26** 34 (Rostock). Die mecklenburgischen Dominialämter sind gemäß §§ 35, 36 MecklAV. z. BGB. nur dann zur Beurkundung eines Grundstücksveräußerungsvertrags zuständig, wenn diese Veräußerung eine zum Geschäftskreise dieser Behörde gehörige Angelegenheit betrifft.

II. Satz 2. Heilung. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 926, BayRpflZ. **07** 256. Dadurch, daß der auf die Aufrechterhaltung einer mündlichen Nebenabrede zu einem Grundstückstauschvertrage gerichtete Parteiwille zur Zeit der Auflassung noch fortdauert, wird der Formmangel geheilt; gleichgültig ist es, ob dieser Parteiwille noch zur Zeit der Eintragung vorhanden war.

2. **RG.** R. **07** 307 Ziff. 567. Soll durch Auflassung und Eintragung der Formmangel geheilt werden, so muß der betreffende formlos geschlossene Vertrag in seinem ganzen Umfang Erfüllung gefunden haben, Teilerfüllung genügt nicht; es bleibt alsdann der ganze Vertrag nichtig.

3. **RG.** R. **07** 633 Ziff. 1290. Der nicht formgerecht abgeschlossene Vertrag wird durch nachfolgende Auflassung auch dann gültig, wenn die Auflassung nicht unmittelbar zwischen den Vertragschließenden, sondern zwischen dem Verkäufer und den weiteren Abkäufern der Käufer stattgefunden hat.

III. ➠ Im einzelnen findet sich zu den meisten für den § 313 in Betracht kommenden Tatbeständen erhebliches Material in allen früheren Jahrgängen von JDR.

Einzelverweisungen sind deshalb nur an einigen besonders bemerkenswerten Stellen angebracht. — Red. ↞

§ 315. 1. **RG.** LeipzZ. **07** 588 Ziff. 12. Dem Grundsatze, daß niemand in eigener Sache Schiedsrichter sein kann, steht eine Parteivereinbarung nicht entgegen, nach der als Voraussetzung der Klagerhebung eine Vorentscheidung eines Organs des Gegners hervorzurufen ist. Damit wird der Anspruch auf gerichtliches Gehör nicht ausgeschlossen.

2. **RG.** LeipzZ. **07** 284 Ziff. 3 b. Die Festsetzung des Preises für die von den Aktionären einer Rübenzuckeraktiengesellschaft als Nebenleistung zu liefernden Rüben durch den Aufsichtsrat nach dessen billigem Ermessen ist als eine solche zu beurteilen, die durch die Vertragspartei selbst stattzufinden hat. Im Falle der Unbilligkeit der Preisfestsetzung entscheidet daher der Richter.

3. **RG. 64** 114. Soll die Bestimmung der Leistungs z e i t durch einen Vertragschließenden erfolgen, so kann auch diese bei Unbilligkeit durch das Gericht ersetzt werden.

§ 317. R. **07** 507 Ziff. 993 (Stettin). Die Arbitrageklausel im Getreidehandel hat nicht allgemein die Bedeutung, daß bei Qualitätsmängeln die Ware unter Ausschluß der Wandelung gegen den von einer Kommission abgeschätzten Minderwert empfangen werden muß, es ist vielmehr für die Bedeutung der Klausel der an dem betreffenden Orte geübte Handelsgebrauch maßgebend.

§ 319. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 910. Ein Sukzessivlieferungsgeschäft, bei dem die Preise der gehandelten Ware sich nach den Börsennotierungen bezüglich dieser Ware richten sollen, fällt nicht unter die Vorschrift des § 319.

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

↠ V o r b e m e r k u n g: Wie das reichhaltige, zum größten Teile aus der Praxis der Gerichte geschöpfte Material erkennen läßt, beschäftigen die meisten schon in den Anfängen des BGB. aufgetauchten Probleme noch heute die Juristenwelt. Zu § 320 ist im Berichtsjahre mehrfach das Verhältnis der exceptio non rite adimpleti contractus zur allgemeinen Leistungsverweigerung zum § 273 und ähnlichen Fragen erörtert worden. Zu § 323 beschäftigte man sich mit der Fassung des Klagantrags. Aus den praktisch bedeutsamen Entscheidungen zu §§ 324, 325 verdient besondere Hervorhebung und Anerkennung diejenige des OLG. Bamberg (§ 325 Ziff. 2), die den bekannten typischen Kauf- und Lieferungsvertrag mit agentenmäßigem Alleinvertretungsrechte zum Gegenstande hat. In diesen Verträgen bedingt sich meistens der Agent und Käufer aus, daß der Verkäufer nicht direkte Geschäfte in das Vertretungsgebiet machen soll. In dem Bamberger Falle war dazu noch ausdrücklich bemerkt, daß er alles Mögliche zu tun habe, um andere Agenten in solchen Geschäften zu hindern. Aber auch hierin wird mit Recht keine Garantieübernahme erblickt. Einen ganz besonders breiten Raum beanspruchen natürlich wieder die mannigfachen Streitfragen aus § 326. Namentlich zu der Frage, wann bei S u k z e s s i v l i e f e r u n g s verträgen im Falle des Verzugs oder der mangelhaften Leistung zurückgetreten werden kann, ist das Material wieder reichlich zusammengeströmt. Aber auch die im allgemeinen mit den früheren Ergebnissen übereinstimmenden Entscheidungen und Einzeltatbestände zu den Fragen der F r i s t s e t z u n g, E r f ü l l u n g s v e r w e i g e r u n g usw. verdienen Beachtung. Die früher schon festgestellten Grundsätze finden sich auch diesmal wieder vor.

§ 320. 1. *F. L e o n h a r d, Erfüllungsort und Schuldort 57 ff. Der Empfänger einer Sendung ist erst dann zur Gegenleistung verpflichtet, wenn er sie erhält, nicht schon, wenn sie erst abgesendet ist. — Bei Leistungen Zug um Zug muß für die beiderseitige Erfüllung der Vollzugsort notwendig derselbe sein; der Schuldorte sind es dagegen zwei (133 ff) (vgl. § 269 BGB.). S. auch JDR. **4** Ziff. 1.

2. G o d r o n, BayRpflZ. **07** 75 ff. Durch die Erklärung des Rücktritts tritt an die Stelle des alten Schuldverhältnisses ein neues.

3. Hagen, SeuffBl. **07** 1075 ff. Neben der Klage auf Erfüllung und auf Schadensersatz kann der Käufer die Erfüllung einer Nebenverbindlichkeit auch erzwingen durch die exceptio non rite adimpleti contractu. Die Erwägungen, welche für die Versagung der Rechte des § 326 bei Nichterfüllung einer Nebenverbindlichkeit sprechen, greifen bei der exceptio non rite adimpleti contractus nicht Platz. Diese hat auch sonstige Vorteile (näheres 1076). Die exceptio ist — zeitlich — dann nicht mehr begründet, wenn die Erfüllung der Nebenverbindlichkeit für den Verkäufer unmöglich geworden ist. Die §§ 323—325 finden dann Anwendung. Dies kann zu großen Härten gegen den Käufer führen (näheres 1076). Übrigens kann einer Leistung, die für gewöhnlich als Nebenverbindlichkeit erscheint, durch den Vertragswillen eine so wesentliche Bedeutung beigelegt werden, daß ohne ihre Erfüllung der ganze Vertrag nicht gewollt ist. In einem solchen Falle stehen dem Käufer bei Nichterfüllung auch die Rechte des § 326 zu.

4. **RG. 65** 46, R. **07** 1132 Ziff. 2698. Für den technischen Begriff der gegenseitigen Verträge ist es wesentlich, daß Leistung und Gegenleistung zwischen denselben Personen ausgetauscht werden.

5. **RG. 66** 425. Auch Bürgschaftsübernahme kann Bestandteil eines gegenseitigen Vertrags sein. S. a. **RG. 65** 46.

6. **RG.** R. **07** 1063 Ziff. 2520. Beim Sukzessivlieferungsvertrag ist das Recht des einen Vertragsteils, wegen Verzugs des anderen Teiles aus früheren Lieferungen die weiteren Lieferungen zurückzuhalten, nicht auf § 273, sondern auf § 320 zu gründen.

7. **a) RG.** R. **07** 1397 Ziff. 3465, DJZ. **07** 1264. Gegenüber der Klage auf Zahlung des Werklohns hat der Besteller, der das mangelhafte Werk nicht endgültig ablehnt, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Dem Unternehmer steht dagegen nicht deshalb die Replik der Arglist zu, weil der Besteller im Laufe des Prozesses das Anerbieten des Unternehmers, die erforderlichen Reparaturen vorzunehmen, zurückgewiesen hat. **b) RG.** R. **07** 375 Ziff. 736. Der Besteller eines Werkes, der wegen behaupteter Mängel desselben vom Vertrage zurückgetreten ist, kann gegenüber der Klage auf Zahlung des Kaufpreises sich nicht darauf berufen, daß der Werkvertrag nicht erfüllt sei.

8. WürttJ. **07** 1 (Stuttgart). Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist dann unzulässig, wenn der Käufer die Ware angenommen hat und später Mängel derselben entdeckt. Der Käufer ist in diesem Falle ausschließlich auf die Gewährleistungsansprüche angewiesen.

9. **RG.** LeipzZ. **07** 832 Ziff. 3, R. **07** 1063 Ziff. 2519. Verpflichtet sich A. dem B. gegenüber zur Girierung von Akzepten des C., falls B. dem C. einen Kredit in gewisser Höhe gewährt, so kann hierin der Abschluß eines gegenseitigen Vertrags zwischen A. und B. gefunden werden.

10. Abs. 2. **a) RG.** GruchotsBeitr. **51** 931. Nach den gesamten Umständen des Falles ist zu entscheiden, ob bei teilweiser Leistung von der einen Seite die Verweigerung der Gegenleistung von der anderen gegen Treu und Glauben verstoßen würde; es kommt hier auch in Frage, ob die Verweigerung eines selbst unwesentlichen Teiles auf bösem Willen der betreffenden Kontrahenten beruht. **b)** SeuffBl. **07** 79 Ziff. 2 (Stuttgart). Die Vorschrift des Abs. 2 bestimmt nicht, daß von der Gegenleistung nur der gerade dem Werte des rückständigen Teiles genau entsprechende Teil zurückbehalten werden dürfe; maßgebend können vielmehr für das Interesse, welches der Leistungsempfänger an vollständiger Lieferung der ihm geschuldeten Leistung hat, noch andere Faktoren sein, die den Wert des rückständigen Teiles mehr oder minder erheblich übersteigen. S. auch JDR. **2** Ziff. 3 Abs. 4.

§ 321. 1. **RG. 65** 185 JW. **07** 270, BankA. **07** 217, HoldheimsMSchr. **6** 173, HansGZ. (Hptbl.) **07** 172. Bei einem auf Widerruf gewährten sog. „revolving credit"

kann der Kreditgeber, falls seinerseits das Kreditverhältnis nicht rechtzeitig gekündigt ist, sich der Pflicht zur Akzeptierung einer neuen Tratte nach rechtzeitiger Deckung des laufenden Wechsels auch bei eingetretenem Vermögensverfalle des Kreditnehmers nicht entziehen, insbesondere dann nicht, wenn er in Kenntnis dieses Vermögensverfalls die Deckung für das fällige Akzept vorbehaltlos in Empfang genommen hatte. — Hierdurch bestätigt OLG. Hamburg JDR. **5** Ziff. 6.

2. **RG.** LeipzZ. **07** 50 Ziff. 8 s. bereits JDR. **5** Ziff. 5.

3. BadRpr. **07** 286 Ziff. 106 (Karlsruhe). Dem Versicherungsnehmer ist mit Rücksicht auf die Eigenart des Versicherungsvertrags allgemein das Recht einzuräumen, vom Versicherungsvertrage zurückzutreten, wenn die Versicherungsgesellschaft nachträglich so unsicher wird, daß der Anspruch des Versicherungsnehmers aus dem Vertrage gefährdet erscheint.

§ 322. **RG.** R. **07** 825 Ziff. 1792. Eine Verurteilung Zug um Zug setzt voraus, daß der Beklagte die Gegenleistung, derentwegen er die von ihm geschuldete Leistung zu verweigern berechtigt sein soll, bestimmt bezeichnet.

§ 323. 1. *Brückmann, Der Klagantrag bei gegenseitigen Verträgen, KGBl. **07** 29—30, teilt mit und bekämpft eine Entsch. des LG. Berlin I, die vom KG. (19. Sen.) bestätigt worden ist. Die Urteile behandeln den Fall, daß der Gläubiger aus einem gegenseitigen Vertrage den im Zahlungsverzuge befindlichen Schuldner auf Zahlung verklagt, ohne dem Antrag auf Verurteilung hinzuzufügen, daß diese Verurteilung nur Zug um Zug gegen die eigene, klägerische Leistung erfolgen solle (§ 322 Abs. 1). Der Beklagte mußte sich, da im Anwaltsprozesse geklagt wurde, einen Rechtsanwalt nehmen, der dieses Recht zur Geltung brachte, im übrigen aber den Anspruch anerkannte. Die außergerichtlichen Kosten des Rechtsanwalts wurden dem Kläger auferlegt. Beide Instanzen nahmen an, daß der Kläger insofern teilweise unterlegen sei, als der Beklagte nur mit der Einschränkung aus § 322 Abs. 1 verurteilt worden sei; der „Klaganspruch war in seiner Unbedingtheit ungerechtfertigt"; er wurde „in dem Augenblicke generell unbegründet, wo die Beklagte durch die Geltendmachung der ihr zustehenden Einrede des nicht erfüllten Vertrags seine Einschränkung herbeiführte". Der Verfasser erblickt hierin eine Verkennung des Wesens der Rechte aus den §§ 274, 322 und des gegenseitigen Vertrags überhaupt, des Gegenrechts, des Annahmeverzugs und des Begriffs der Klageveranlassung. Aus den §§ 274 Abs. 1, 320, 322 Abs. 1 geht deutlich hervor, daß aus einem gegenseitigen Vertrage jeder Kontrahent selbständig auf die Gegenleistung klagen darf; dem anderen Teile ist nur ein Gegenrecht gewährt, das er geltend machen muß. Die Frage, wer die Klage veranlaßt hat, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Ebenso Planck zu § 322 Ziff. 1, **RG.** JW. **04** 90 ff (JDR. **3** zu § 322), OLG. Frankfurt, R. **03** 575 (JDR. **2** § 322 Ziff. 2). — Ebenso auch eine andere Entsch. des KG. (2. Sen.), mitgeteilt von demselben Verf. aaO. Anm. 1, wo es heißt: „In dem Erfolge der Einrede des nicht erfüllten Vertrags, daß nicht auf unbedingte Leistung, sondern nur auf Leistung „Zug um Zug" erkannt wird, liegt nicht ein teilweises Obsiegen."

2. Rieß, GruchotsBeitr. **51** 581 ff. Der Klagantrag ist auf Leistung „nach Empfang der Gegenleistung" zu richten; in derselben Weise ist auch der Urteilstenor zu fassen. Die Erwirkung der Vollstreckungsklausel für den Vorleistungstitel ist erst auf Grund einer Anordnung des Vorsitzenden möglich. — Die Vollstreckungsklausel ist nicht erst dann zu erteilen, wenn der Kläger vorgeleistet, sondern schon dann, wenn er den Beklagten in Annahmeverzug gesetzt hat. — Voraussetzung zur Vollstreckung ist ein nach dem Urteilserlaß eingetretener Annahmeverzug des Beklagten. Die Herbeiführung dieses erneuten Annahmeverzugs des Vollstreckungsschuldners nach Maßgabe des §§ 293 ff. BGB., nicht das Fortbestehen des vor dem Urteilserlasse liegenden Annahmeverzugs, ist dem Vorsitzenden gemäß §§ 726 Abs. 1, 730 ZPO.

durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen. Auf das Vorliegen eines solchen zweiten Annahmeverzugs erstreckt sich die Prüfungspflicht des Vorsitzenden, und endlich ist die Klage aus § 731 ZPO. bei fehlendem Nachweise geeigneter Urkunden mit einem nach dem Urteilsspruch eingetretenen Annahmeverzuge des Schuldners zu substanziieren.

3. **RG.** R. **07** 1003 Ziff. 2522. Die Vorschrift betrifft nur die nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung.

4. SächsRpflA. **07** 64 (Dresden). Der Verkäufer von Baumstämmen, die zur Zeit des Verkaufes noch nicht sein Eigentum waren und vor Übergabe an ihn von Gläubigern des Eigentümers gepfändet werden, hat die hierdurch verursachte Unmöglichkeit seiner Leistung nicht zu vertreten.

§ 324. 1. **RG.** JW. **07** 362 Ziff. 9. Im Falle des § 324 ist die Sachlage so anzusehen, als ob der Schuldner erfüllt habe und er dadurch als völlig entschädigt gelten sollte, daß ihm der Anspruch auf die Gegenleistung verbleibt.

2. *Decker, Die Vorteilsanrechnung beim Erfüllungsanspruche nach dem BGB. (Berlin 1907). Die Vorteilsanrechnung beim Erfüllungsanspruche läßt sich nicht unter einen anderen allgemeinen Rechtsbegriff des BGB. subsumieren (25). Sie ist ein selbständiger Rechtsvorgang und kann bezeichnet werden als die ipso jure eintretende gänzliche oder teilweise Tilgung einer Forderung dadurch, daß der Gläubiger gewisse Vermögensvorteile erwirbt oder — in bestimmten Fällen — zu erwerben unterläßt (32, 45). Aus dieser rechtsvernichtenden Natur der Anrechnung folgt, daß es zu ihrer Geltendmachung einer besonderen Erklärung des Anrechnenden nicht bedarf. Sie muß vielmehr ex officio berücksichtigt werden (57). — Vgl. hierzu auch die Fälle der Anrechnung in den §§ 552, 615 ff., 649 BGB. S. auch JDR. **3** Ziff. 2.

3. BadRpr. **07** 342 (Karlsruhe). Kläger, der zu einer Zeit, in welcher sich der Beklagte im Annahmeverzuge befand, erkrankte und daher unfähig war, als Artist aufzutreten, wurde von der Verpflichtung zur Leistung frei, behielt jedoch den Anspruch auf Gegenleistung.

4. **RG.** R. **07** 1398 Ziff. 3473. Wird es dem Verkäufer einer Sache unter Eigentumsvorbehalt durch einen Umstand, den der Käufer zu vertreten hat, unmöglich, dem Käufer das Eigentum zu verschaffen, so bleibt die Haftung des Käufers gemäß § 324 bestehen. Dies würde anzunehmen sein, wenn der Käufer einer Geschäftseinrichtung dem Verkäufer gegenüber die Verpflichtung übernommen hat, die für die mitübernommenen Geschäftsräume an einen Dritten zu zahlende Miete seinerseits zu entrichten und infolge Nichterfüllung dieser Verpflichtung die mit Eigentumsvorbehalt verkauften Gegenstände der Geschäftseinrichtung gegen den Verkäufer als den Mieter von dem Vermieter gepfändet und versteigert worden sind.

§ 325. 1. **RG.** R. **07** 1063 Ziff. 2522. Die Vorschrift betrifft nur die nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung.

2. BayRpflZ. **07** 113 (Bamberg). Die Beklagte, die den Alleinverkauf ihrer Getreidemähmaschinen in einem bestimmten Gebiet an den Kläger übertragen hatte, hatte sich verpflichtet, sowohl selbst keine solche Maschinen in dieses Gebiet an Dritte zu liefern, als auch alles zu tun, was in ihrer Macht stehe, um zu verhindern, daß andere Agenten Maschinenlieferungen dorthin machen. In dieser Vereinbarung liegt kein Garantievertrag für das Verhalten eines Dritten; für Verletzungen dieses Vertrags durch einen Dritten haftet die Beklagte daher nur, wenn sie nicht alles getan hat, was zur Verhinderung der Verletzung ihrerseits möglich war; hat sie dies getan, so beruht die Unmöglichkeit ihrer Leistung (Unterlassung des Verkaufs in dem bestimmten Gebiet) auf einem Umstande, den sie zu vertreten hat.

3. **RG.** R. **07** 1398 Ziff. 3473. Beim Verkauf unter Vorbehalt des Eigentums hat der Verkäufer durch die Übergabe der Kaufsache seine Verpflichtung aus

§ 433 Abs. 1 BGB., dem Käufer das Eigentum zu verschaffen, noch nicht vollständig erfüllt. Soweit dem Verkäufer durch einen von ihm zu vertretenden Umstand unmöglich wird, das Eigentum zu verschaffen, tritt eine Haftung aus § 325 ein.

§ 326. 1. Positive Vertragsverletzungen (s. darüber oben zu § 276 Ziff. 4 u. JDR. **5** zu §§ 325 ff. Ziff. 4, 6, 10, § 326 Ziff. 4 u. JDR. **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 5, **1** Ziff. 5). a) *Kiß, Zur Frage der sog. positiven Vertragsverletzungen, ABürgR. **31** 175 ff. Das Gesetz enthält in der Frage nach den positiven Vertragsverletzungen eine wirkliche Lücke (vgl. schon Kiß, GrünhutsZ. **32** 178 ff.). Die Lösung hat daher — im Gegensatze zu sämtlichen bisher aufgestellten Meinungen — nicht im Wege der Konstruktion, sondern durch freie Lückenausfüllung zu erfolgen. Demgemäß kann von einer diesbezüglichen, allgemeinen Rechtsregel keine Rede sein. Es kann sich nur um einen für jeden konkreten Fall von neuem aufzustellenden Ergänzungssatz handeln. Dieser letztere muß auf Grundlage freier Interessenerwägung festgesetzt werden, jedoch innerhalb der gesetzten Grundprinzipien. Es können also die im Gesetz üblichen Folgen (Schadensersatz, Rücktrittsrecht, Totalschadensersatz usw.) der normierten Vertragsverletzungen (Verzug, nachträgliche und schuldhafte Unmöglichkeit der Leistung) auch im Falle positiver Vertragsverletzungen angewandt werden, wenn und insoweit diese den Vertragszweck gefährden oder gar vereiteln. b) **RG.** JW. **07** 706 Ziff. 10. Die positive Vertragsverletzung steht, wie schon in **RG. 54** 98 ff u. **57** 114 ff. ausgeführt, dem Verzug in den Rechtswirkungen nach dem Paragraphen gleich. c) **RG.** SächsRpflA. **07** 495, LeipzZ. **07** 652 Ziff. 7. Das Recht, wegen positiver Vertragsverletzung vom Vertrage zurückzutreten, kann selbst bei Geringfügigkeit der Verletzung dann als begründet erscheinen, wenn die Art der Verletzung die Besorgnis weiterer Vertragsverletzungen rechtfertigt.

2. Sukzessivlieferungsgeschäfte (s. JDR. **5** zu §§ 325 ff. Ziff. 2 bis 10, § 326 Ziff. 3, **4** § 326 Ziff. 3, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 6). a) *Hachenburg, Der Verzug bei Sukzessivlieferungen, LeipzZ. **07** 9—19, hält entgegen der Ansicht des **RG. 58** 419 und den Ausführungen Müllers (GruchotsBeitr. **50** 518 ff., vgl. JDR. **5** zu §§ 325 ff. Ziff. 3) an der schon von Düringer und Hachenburg vertretenen Ansicht fest, daß der nicht säumige Teil beim Verzuge des Gegenkontrahenten mit nur einer Rate nicht das Recht hat, die Verzugsfolge für den ganzen Rest des Kaufgeschäfts zu fordern. Solches tritt nur dann ein, wenn er an der Erfüllung des noch ausstehenden Teiles kein Interesse mehr hat. Da der Schuldner nur mit einer Rate im Verzug ist, so finden logischerweise dessen gesetzliche Folgen nur auf diese Anwendung. Eine Erstreckung auch auf die restlichen Beträge müßte daher im Gesetz ausgesprochen sein oder aus seinem sonstigen Inhalte hervorgehen. Das ist nicht der Fall. Vielmehr ergibt sich aus den Bestimmungen der §§ 325, 326, als dem Gesetz entsprechend, die Auslegung, die dem Richter für jeden einzelnen Fall das Prüfungsrecht gibt. S. auch schon den Bericht in JDR. **5** zu §§ 325 ff. Ziff. 8. b) Krückmann, AZivPr. **101** 238 ff. (s. näheres oben zu § 275 Ziff. 1 b), über das Zurückweisungsrecht des Gläubigers bei Sukzessivlieferungsverträgen. Ist das Rücktrittsrecht mit § 325 oder § 326 zu begründen? Im folgenden gegen die Heranziehung des Unmöglichkeitsrechts. An dem Schuldner muß es liegen, daß das Interesse fortgefallen ist. Um dies als gerecht erscheinen zu lassen, bedarf es keines Verschuldens, hier genügt das bloße Veranlassen (250/1). Dieses Kündigungsrecht steht am nächsten dem Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 und dem Annahmeverweigerungsrechte des § 294 (aaO. 254). c) **RG.** LeipzZ. **07** 217 Ziff. 8, R. **07** 889 Ziff. 1983, DJZ. **07** 298. Das Recht des Käufers, wegen fortgesetzt mangelhafter Lieferungen des Verkäufers und der darin liegenden positiven Vertragsverletzung von einem Sukzessivlieferungsvertrage zurückzutreten, kann nicht auf solche Lieferungen gestützt werden, die nach § 377 HGB. als genehmigt

gelten. Jedoch gelten, was die positiven Vertragsverletzungen angeht, solche Lieferungen nicht als genehmigt, bezüglich deren eine rechtzeitige Mängelrüge gemacht war, die aber nachher in Erwartung künftiger vertragsmäßiger Lieferung angenommen und bezahlt worden sind. — Kann der wegen fortdauernd mangelhafter Lieferungen ausgesprochene Rücktritt auf gehörig gerügte, noch nicht angenommene, fehlerhafte Lieferungen gestützt werden, so kann unter Umständen die Mangelhaftigkeit solcher Lieferungen, deren Mängel als genehmigt gelten, ebenfalls zur Begründung der Annahme verwertet werden, daß künftig vertragsmäßige Lieferungen überhaupt nicht zu erwarten seien. Auch solche Lieferungen können zu diesem Zwecke verwertet werden, die erst nach Erklärung des Rücktritts gerügt sind, wenn die Mängelrüge eine gehörige und rechtzeitige war. **d)** **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 75. Wird bei einem für einen bestimmten Zeitraum abgeschlossenen Lieferungsvertrage vereinbart, daß der Käufer die Ware nach Maßgabe seines Bedarfes in unbestimmten kleineren und größeren Mengen abrufen kann, so liegt allerdings kein eigentlicher Sukzessivlieferungsvertrag vor; die Grundsätze bezüglich eines solchen Vertrags sind jedoch in dem Sinne analog anwendbar, daß der Verzug des Verkäufers mit der bestellten Teillieferung nach Lage der Umstände eine Lieferungsverletzung darstellen kann, die einen Schadensersatzanspruch des Käufers begründet nicht bloß wegen der auf die Teilbestellung rückständigen Ware, sondern wegen der Gesamtheit der Ware, die der Verkäufer innerhalb der Vertragsdauer bei vertragsmäßiger Lieferung des Verkäufers hätte verkaufen können. **e)** **RG.** R. **07** 1315 Ziff. 3272. Es sind sehr wohl Fälle denkbar, wo mit Rücksicht auf den Umfang, die Schwere, die geringe Verbesserungsfähigkeit der Mängel und ähnliche Umstände auch eine nur einmalige positive Vertragsverletzung beim Sukzessivlieferungsvertrage den anderen Teil zum Rücktritte vom Vertrage berechtigen kann, während in der Regel eine einmalige Vertragsverletzung noch nicht den Schluß auf die Fehlerhaftigkeit der künftigen Lieferungen gestattet. **f)** **RG.** R. **07** 825 Ziff. 1793. Beim Sukzessivlieferungsvertrage kann auch ein Rücktritt mit Beschränkung auf den noch nicht erfüllten Teil des Vertrags erfolgen. **g)** **RG.** R. **07** 825 Ziff. 1794. Dem Käufer, der „Cassa gegen Dokumente“ gekauft hat, kann bei Angebot einer mangelhaften Teillieferung ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrage nicht zugestanden werden, wenn der Verkäufer ihm nachweist, daß er im übrigen vertragsmäßige Ware liefern will und kann. **h)** R. **07** 881 Ziff. 1980, DJZ. **07** 366 (Karlsruhe). Bei Teilverzug hat der Gläubiger das Recht der Teilablehnung, und zwar gleichgültig, ob er an der Teilerfüllung ein Interesse hat oder nicht.

3. Abrufspflicht als Hauptleistung. **a)** **RG.** LeipzZ. **07** 287 Ziff. 6b. Bildet der Abruf der Leistung durch den Käufer, wie im einzelnen Falle nach Art des Vertrags und des Kaufpreisgegenstandes festzustellen ist, eine Hauptleistung des Käufers, so kommt der Käufer durch Unterlassen des Abrufs sowohl in Gläubiger- wie in Schuldnerverzug, dem Verkäufer stehen die Rechte aus dem § 326 zu. **b)** **RG.** R. **07** 247 Ziff. 430. Die Verpflichtung zur Abnahme der Ware bildet in der Regel keine Hauptverbindlichkeit des Käufers, derentwegen im Falle des Verzugs mit derselben dem Verkäufer die Rechte aus § 326 Abs. 1 zustehen. Ausnahmsweise ist dies aber besonders dann der Fall, wenn, wie bei Sukzessivlieferungen von Massenartikeln, der ordnungsmäßige Betrieb des Geschäfts des Verkäufers durch die regelmäßige Abnahme der jeweils bereit gestellten Ware bedingt ist, und daher ein besonderes Interesse desselben an der Abnahme besteht (s. hierzu auch **RG.** R. **07** 247 Ziff. 428 u. 429, wo dieselben Grundsätze ausgesprochen werden).

4. Fristsetzung. **a)** Die zu kurz bemessene Nachfrist (s. JDR. **5** Ziff. 5a, **4** Ziff. 5a, **3** Ziff. 5a, **2** Ziff. 8a). α. Könige, LeipzZ. **07** 47 ff. Die Setzung einer zu kurzen Frist ist als Setzung einer angemessenen Frist

aufzufassen; schon die Setzung angemessener Frist, also ohne Bezeichnung eines bestimmten zeitlichen Endpunkts genügt dem Gesetze noch. — Beim Verlangen sofortiger Erfüllung handelt es sich darum, ob der vertragstreue Teil dem Gegner eine Frist setzen durfte, die so kurz bemessen werden konnte, als eine sofortige Erfüllung es erheischt, ob also das nach den Umständen abzugrenzende „sofort" dem Gegner angemessene Zeit zur Erfüllung belassen hat. Durfte die Leistung nicht sofort verlangt werden, so ist das Verlangen sofortiger Erfüllung nicht etwa wirkungslos, sondern es läuft nunmehr eine angemessene Nachfrist. β. Hirsch, HoldheimsMSchr. **07** 11 f. Das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bzw. Rücktritt ist abhängig von der Bestimmung einer angemessenen Frist. Diese Vorbedingung ist nicht erfüllt, wenn die gesetzte Frist zu kurz ist. Es wäre allerdings möglich, daß aus bestimmten Umständen bei Festsetzung der Frist der Wille des Gläubigers hervorginge, daß eventuell an Stelle der zu kurzen Frist die angemessene treten solle. Dann wäre die Fristbestimmung genügend, aber nur dann. γ. **RG.** LeipzZ. **07** 287 Ziff. 6 b. Die Setzung zu kurzer Nachfrist hat regelmäßig den Erfolg, daß eine angemessene Frist in Lauf gesetzt wird (s. auch **RG.** R. **07** 1530 Ziff. 3777). **b)** Art der Nachfristsetzung im einzelnen. α. Sächs. RpflA. **07** 207 (Dresden). Die Fristsetzung kann wirksam auch mit der Mahnung wegen Lieferung verbunden werden (s. a. u. § 354). — Beim Sukzessivlieferungskaufe kann bei Fristsetzung hinsichtlich einer abgerufenen Teillieferung zugleich bezüglich des Restes Ablehnung der Annahme für den Fall der Nichtlieferung der abgerufenen Leistung erklärt werden mit der Wirkung, daß es nach fruchtlosem Ablaufe der für die abgerufene Lieferung gesetzten Frist weder einer erneuten Fristsetzung für den Rest noch des Nachweises eines besonderen Interesses an der Ablehnung aller künftigen Lieferungen bedarf. S. JDR. **3** Ziff. 5 c über die Verbindung von Mahnung, Fristsetzung und Wahl. β. **RG.** LeipzZ. **07** 50 Ziff. 9, BayRpflZ. **07** 147. Die vom Verkäufer an den abrufenden Käufer gerichtete Aufforderung, die Ware nur hintereinander zu beziehen, anderenfalls Verkäufer sich genötigt sehe, solche anderweitig zu verkaufen und den Käufer für die Differenz event. verantwortlich zu machen, ist nicht eine gehörige Nachfristsetzung nebst Erklärung, daß die Ware nach Ablauf der Nachfrist nicht mehr angenommen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werde. Eine solche Aufforderung ist lediglich eine verschärfte Mahnung. γ. ElsLothJZ. **32** 16 (Colmar). Nach Ablauf der Verladungsfrist hat der Käufer dem Verkäufer noch eine angemessene Nachfrist nach § 326 zu setzen. δ. **RG.** NaumburgAK. **07** 2. Ist die Fristsetzung verfrüht und daher auch bedeutungslos, so trifft dies auch für die gleichzeitige Ablehnung späterer Erfüllung zu; auch an diese ist der Fristsetzende nicht gebunden, er kann Erfüllung fordern. ε. **RG.** JW. **07** 826 Ziff. 2. Fristsetzung ohne Vollmacht hierzu ist gemäß den §§ 180, 177 dann vollwirksam, wenn der Vertretene die Fristsetzung später genehmigt. ζ. **RG.** R. **07** 180 Ziff. 273. Die Fristsetzung bei Auflassungen setzt voraus, daß gleichzeitig ein Termin für die Auflassung bestimmt wird. **c)** Erfüllungsverweigerung. Wegfall der Nachfristsetzung (s. JDR. **5** Ziff. 5 b, **4** Ziff. 5 b, **3** Ziff. 5 b, **2** Ziff. 8 c). α. **RG. 66** 419, JW. **07** 830 Ziff. 7, R. **07** 1462 Ziff. 3627. Die Setzung einer Nachfrist erübrigt sich nur dann, wenn der säumige Teil seine Erfüllungsverweigerung in derart bestimmter Weise erklärt, daß aus ihr ein Verzicht auf das Erfordernis der Fristbestimmung zu entnehmen ist, nicht jedoch schon dann, wenn eine einfache Ablehnung, insbesondere wegen Differenzen über den Vertragsinhalt vorliegt. β. **RG. 66** 405. Die Erklärung, nicht zahlen zu können, kann der Erfüllungsverweigerung rechtlich nicht gleichgesetzt werden, sie entbindet den Vertragsgegner nicht von der Fristsetzung. γ. **RG.** LeipzZ. **07** 588 Ziff. 13. Hat sich bei einem Sukzessivlieferungsvertrage die eine Partei ernstlich und endgültig von dem ganzen Vertrage losgelöst, so stehen

der anderen Partei die Rechte aus dem § 326 hinsichtlich des ganzen Vertrags ohne den Nachweis eines besonderen Interesses an der Auflösung zu. δ. **RG.** JW. **07** Ziff. 9, LeipzZ. **07** 824, R. **07** 1397 Ziff. 3466. Auch wenn in einem Vertrage die Setzung einer Nachfrist zur Erfüllung vorgesehen ist, wird sich im Regelfalle die Fristsetzung erübrigen, wenn der Schuldner bestimmt und endgültig die Erfüllung verweigert und durch sein Verhalten deutlich dargetan hat, daß er auf die Fristsetzung keinen Wert lege und er überhaupt nicht erfüllen wolle. ε. HansGZ. **07** Beil. 91 (Hamburg). Dem Schuldner, welcher ausdrücklich die Erfüllung verweigert oder sich vom Vertrage lossagt, braucht vom nicht säumigen Gläubiger die Frist nicht gesetzt zu werden. ζ. **RG.** LeipzZ. **07** 501 Ziff. 10. In dem bloßen Verzuge, dem bloßen Nichterfüllen einer anerkannten Verpflichtung kann eine bestimmte Weigerung, den Vertrag zu erfüllen, die eine Fristsetzung aus § 326 erübrigen läßt, nicht gefunden werden. η. R. **07** 1315 Ziff. 3271 (Hamburg). Die einseitige Erklärung des Verkäufers, nicht liefern zu wollen, kann, solange sie nicht vom Käufer angenommen ist, zurückgenommen werden. Der Käufer ist dann nicht berechtigt, ohne Nachfrist die Rechte aus dem Paragraphen geltend zu machen.

5. Schadensersatzanspruch (s. JDR. **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 6 u. 7, **2** Ziff. 11). **a)** **RG.** LeipzZ. **07** 501. Der Käufer ist bei Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nicht unbedingt auf Vornahme eines Deckungskaufs angewiesen und braucht seiner Schadensrechnung auch nicht den Preis zugrunde zu legen, um welchen er die Ware hätte einkaufen können. Er kann seinen Schaden in der Weise abstrakt berechnen, daß er den Preis zugrunde legt, um den er die Ware zu den unter den gegebenen Verhältnissen in Betracht kommenden üblichen Marktpreisen hätte weiterverkaufen können. **b)** **RG.** LeipzZ. **07** 501 Ziff. 8. Der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann, wenn Käufer die Kaufsache behalten will und nach Abrechnung des Geleisteten und des Erhaltenen noch ein Guthaben an den Verkäufer hat, auch darin bestehen, daß der Verkäufer in Höhe dieses Guthabens den Käufer von der Hypothek befreien muß, die der Käufer dem Verkäufer für den Kaufpreis an der Kaufsache bestellt hat. Kann der Verkäufer diese Befreiung nicht bewirken, weil er die Hypothek an Dritte abgetreten hat, so tritt an Stelle der Befreiung die Verpflichtung des Verkäufers, seine eigenen gegen die Zessionare erlangten Rechte dem Käufer zu übertragen. **c)** **RG.** SächsRpflA. **07** Ziff. 41. Bei der abstrakten Schadensberechnung ist lediglich der vereinbarte Kaufpreis und der allgemeine Marktpreis, nicht aber eine außerdem bestehende billigere Einkaufsmöglichkeit zu berücksichtigen, da eine unbedingte Pflicht des Käufers, sich behufs Liquidierung des ihm entstandenen Schadens die nicht gelieferte Ware durch Ersatzkauf zu verschaffen, nicht besteht. **d)** Sächs. RpflA. **07** 207 (Dresden). Die Androhung des Käufers, sich durch Ankauf anderer Ware zu decken, steht seiner später geltend gemachten abstrakten Schadensforderung nicht entgegen. — Es kann bei der abstrakten Schadensberechnung der Marktpreis eines benachbarten Handelsplatzes für die streitige Ware auch dann berücksichtigt werden, wenn die Ware auch am Ablieferungsorte gehandelt wird.

6. Wahlrecht (s. JDR. **5** Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 8). **a)** SächsAnn. **28** 45 (Dresden). Neben dem Rechte auf Rücktritt kann ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auch nur auf Ersatz des negativen Interesses nicht geltend gemacht werden; die Rücktrittsfolgen sind in den §§ 346, 347 erschöpfend geregelt. **b)** HansGZ. **07** Beil. 305, R. **07** 198 Ziff. 3468, (Hamburg). Nach Ablauf der Nachfrist ist auch das Recht des Säumigen, noch zu erfüllen, ausgeschlossen. — Die Setzung einer Nachfrist ist ungültig, wenn dabei Lieferung in anderer als der kontraktlichen Weise verlangt wird, z. B. unter Änderung des Erfüllungsorts. **c)** **RG.** R. **07** 307 Ziff. 568. Man kann nicht Erfüllung eines Vertrags begehren

und gleichzeitig dessen Existenz leugnen; es liegt deshalb ein Leistungsverzug nicht vor, wenn der Leistungspflichtige zur Leistung bereit ist und sie nur deshalb unterläßt, weil der Empfänger, trotzdem er die Ware abgerufen, das Zustandekommen des Vertrags fortgesetzt bestritten hat.

7. Kein Interesse (s. JDR. **5** Ziff. 8, **4** Ziff. 8). **a) RG.** LeipzZ. **07** 653 Ziff. 8, HoldheimsMSchr. **07** 233, R. **07** 1064 Ziff. 2526. Das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung des Vertrags deckt sich nicht mit seinem Interesse an dem Gegenstande der Leistung. Dieser kann noch immer für den Gläubiger von Wert sein, auch wenn das Interesse an der Vertragserfüllung aufgehört hat. **b) RG.** LeipzZ. **07** 747. Auch die persönlichen Verhältnisse der Vertragsparteien, wie z. B. die Fähigkeit, Prozeßkosten zu tragen, können für die Entscheidung der Frage maßgebend sein, ob bei teilweiser Nichterfüllung das Interesse an der Teilleistung zu verneinen und demgemäß das Recht zum Rücktritt vom ganzen Vertrage zuzugestehen ist. **c)** SchlHolstAnz. **07** 306 (Kiel). Eine Meierei, die von einem Grundbesitzer vertragsmäßig ständig Milchlieferungen zu erhalten hat, braucht, falls der Grundbesitzer mit der Milchlieferung im Verzug ist, ihm keine Frist zu setzen, da sie an späterer Lieferung der Milch kein Interesse hat.

8. Ablehnungserklärung (s. JDR. **5** Ziff. 9, **4** Ziff. 9). **a) RG.** JW. **07** 386 Ziff. 3, LeipzZ. **07** 659 Ziff. 3, HoldheimsMSchr. **07** 170. Nachsichtiges Verhalten gegenüber dem säumigen Kontrahenten enthält an sich keinen Verzicht auf die Vertragsrechte. Die Erklärung, vom Vertrage zurücktreten zu wollen, hat nicht regelmäßig die Bedeutung, daß der Berechtigte von dem säumigen Teile Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern wolle. **b)** ElsLothJZ. **07** 144 (Colmar). In dem früheren Geltungsbereiche des C. c. hat die Inverzugsetzung bei einem vor dem 1. Januar 1900 begründeten Schuldverhältnis in den durch Art. 1139 C. c. vorgeschriebenen Formen zu erfolgen. Die französisch-rechtliche sommation bewirkt ohne weiteres den Erwerb des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags, die formlose Mahnung des BGB. nur den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung. Um ersteren nach deutschem Rechte zu erwerben, ist außer der Mahnung noch die Vorsetzung einer angemessenen Frist mit der Erklärung nötig, daß die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist abgelehnt werde.

9. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. **a) RG. 65** 26, LeipzZ. **07** 216 Ziff. 4, JW. **07** 135 Ziff. 14, R. **07** 1132 Ziff. 2699. Der persönlich haftende Gesellschafter haftet nach seinem Austritt aus der offenen Handelsgesellschaft nicht für die Erfüllungsverweigerung, die nach seinem Austritte seitens der Gesellschaft stattgefunden und zur Wahl des Gläubigers auf Schadensersetz wegen Nichterfüllung gegenüber der Gesellschaft geführt hat, wenn nicht an ihn eine dem § 326 entsprechende Androhung mit Fristsetzung ergangen ist. Es liegt hier ein dem § 425 Abs. 2 BGB. ähnliches Verhältnis vor. **b) RG.** R. **07** 1063 Ziff. 2524. Der in Schuldnerverzug geratene Vertragsteil muß durch Bewirkung der ihm obliegenden Leistung zuerst den Schuldnerverzug beseitigen, ehe er von dem anderen Teile weitere Vertragserfüllung verlangen kann, er darf sich nicht darauf beschränken, seine Bereitwilligkeit zur Leistung für den Fall zu erklären, daß der andere Teil sich gleichfalls zur weiteren Leistung bereit erkläre. **c)** R. **07** 1315 Ziff. 3273 (Breslau). Der Leistungspflichtige kommt nicht in Verzug, wenn die Leistungspflicht durch ein neues Abkommen abgeändert ist und das Leistungsverlangen sich auf den abgeänderten Vertrag stützt, das Abänderungsabkommen aber unberücksichtigt läßt. **d)** LeipzZ. **07** 757 Ziff. 4 (Karlsruhe). Der Verkauf gegen Nachnahme verpflichtet den Verkäufer, dem Käufer eine nachprüfbare Spezifikation der Nachnahme zu übermitteln; verletzt er diese Vertragspflicht, so gerät der Käufer bei Zahlungsweigerung nicht in Verzug. **e) RG.**

R. **07** 696 Ziff. 1418. Hingabe eines Darlehens gegen Bestellung einer Hypothek ist ein gegenseitiger Vertrag.

§ 327. RG. JW. **07** 670 Ziff. 4. Ein Vertrag wird nicht schon dadurch aufgelöst, daß beide Parteien den Rücktritt und zwar aus verschiedenen Gründen erklären; eine Willenseinigung bezüglich der Auflösung liegt in solchem Falle nicht vor.

Dritter Titel. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

Vorbemerkung: Besonders die Einzeltatbestände zu § 328 Ziff. 3 sind diesmal sehr beachtenswert, weil § 328 ganz auf den konkreten Rechtsfall abstellt und die dort veröffentlichten Fälle häufig und ganz typisch sind. In der Frage, wem bei Lebensversicherungsverträgen zugunsten Dritter im Todesfalle das Recht aus der Police erwachsen soll, befestigt sich unter dem Einflusse der ständigen höchstrichterlichen Judikatur das Bestreben, im Zweifel die Erben und nahen Angehörigen, dem Willen des verstorbenen Versicherungsnehmers entsprechend, zu begünstigen (zu §§ 330 ff. Ziff. 1—2). Mit Recht.

§ 328. 1. **RG.** JW. **07** 387 Ziff. 4. Ein Verzicht eines Grundstückseigentümers zugunsten seines Nachbarn auf Ansprüche aus §§ 1004, 906 ist auch zugunsten noch unbekannter Dritter dem zeitigen Grundstückseigentümer gegenüber möglich.

2. **RG.** JW. **07** 356 Ziff. 2, R. **07** 507 Ziff. 995. Die Vorschriften betreffend Verträge zugunsten Dritter sind auf eine Vereinbarung unanwendbar, nach der der Hypothekengläubiger gemäß § 1117 das Recht erwerben soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen; auf diese dingliche Einigung finden, wie überhaupt auf den dinglichen Vertrag, zwar die Vorschriften des Allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte, nicht aber die Vorschriften über Verträge auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse Anwendung. Durch eine Vereinbarung gemäß § 1117, die zwischen Grundstücksverkäufer und Käufer bezüglich einer einzutragenden und vom Käufer zu übernehmenden Hypothek eines Dritten getroffen wird, erlangt der Dritte, falls der Verkäufer nicht als sein Vertreter handelt, nicht die Hypothek bzw. das Eigentum an dem Briefe, vielmehr nur eine obligatorische Berechtigung gegenüber dem Käufer auf Aushändigung des Briefes an ihn.

3. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. **a) RG.** R. **07** 825 Ziff. 1795. Hat bei einem Vertragsschlusse der eine Vertragsteil auf Verlangen seines Vertragsgegners es übernommen, die Vermittelungsprovision eines tätig gewesenen Agenten zu bezahlen, so ist darin noch nicht ein zugunsten des Agenten geschlossener Vertrag zu finden, es sei denn, daß aus den näheren Umständen ein auf den unmittelbaren Rechtserwerb des Agenten gerichteter Wille der Vertragsparteien zu entnehmen ist. **b)** R. **07** 1398 Ziff. 3469 (Hamburg). Bestellt ein Mitglied eines Vereins einen Wagen zu gemeinschaftlicher Ausfahrt, so erwerben hierdurch alle Mitglieder unmittelbar ein Recht, wenn auch nicht auf Einzelbeförderung, so doch auf die vorgesehene gemeinschaftliche Beförderung. **c)** FrankfRundsch. **07** 26 (Frankfurt). Zwischen der Stadtgemeinde M. und der Firma S. war ein Vertrag geschlossen, wonach die Firma S. der Stadtgemeinde elektrischen Strom zu liefern hatte und sich gleichzeitig verpflichtete, den Einwohnern von M. zu Privatzwecken elektrischen Strom zu liefern: Durch diesen Vertrag erwerben die Einwohner von M. nicht ein unmittelbares Forderungsrecht gegen die Firma S.; bei Abänderung des Vertrags zwischen M. und S. steht ihnen ein Einspruchsrecht nicht zu.

4. Über die Vereinbarung zwischen Darlehnsgeber und Versprechensempfänger betreffend Auszahlung der Darlehnsvaluta an einen Dritten als Vorvertrag zugunsten dieses Dritten s. unten zu § 399 Ziff. 3. (**RG. 66** 362).

§ 329. 1. **RG.** JW. **07** 170 Ziff. 8, DJZ. **07** 482. Ein Erfüllungsübernahmevertrag im Sinne des § 329 kann auch in der Weise geschlossen werden, daß der

Gläubiger, dessen Forderung den Gegenstand der Erfüllungsübernahme bildet, unmittelbar das Recht gegenüber dem Übernehmer erwirbt, von diesem diejenige Leistung zu fordern, die er von dem Schuldner zu beanspruchen hat, sofern der übereinstimmende Wille der den Übernahmevertrag Abschließenden auf die Begründung eines solchen Rechtes des Gläubigers gerichtet war.

2. **RG.** SchlHolstAnz. **07** 153. Durch die sog. Erfüllungsübernahme wird ein unmittelbares Recht für den Gläubiger gegen den Übernehmer der Schuld dann begründet, wenn der übereinstimmende Wille der den Erfüllungsübernahmevertrag Schließenden auf die Begründung eines solchen Rechtes des Gläubigers gerichtet war.

3. **RG. 65** 164 ff., SchlHolstAnz. **07** 154, JW. **07** 170, DJZ. **07** 482, R. **07** 1256. Aus § 328 Abs. 1 und aus § 329 ergibt sich notwendig die rechtliche Zulässigkeit und Wirksamkeit eines unmittelbaren Rechtserwerbes des Gläubigers aus einem sogenannten Erfüllungsübernahmevertrage gegen den Übernehmenden.

4. *Rieck, Der Leistungsort des Bürgen 48 f. Für den Leistungsort des Erfüllungsübernehmers ist wie für den des Bürgen entscheidend, inwieweit der Leistungsort seinem Wesen nach zum Inhalte des Schuldverhältnisses gehört. S. bei § 269; vgl. bei § 765.

Zu §§ 330 ff. Lebensversicherungsverträge (s. zu § 330 JDR. 5 Ziff. 3, 4, 4 Ziff. 1, 2, 3 Ziff. 1—6). 1. *Emminghaus, Die Ansprüche der Ehefrau an der Lebensversicherungssumme des Ehemanns im Todesfall und im Nachlaßkonkurse. Gibt es ein Eintrittsrecht der Frau im letzteren Falle? LeipzZ. **07** 1 ff. Die Materie ist im deutschen Rechte gesetzlich nicht geregelt. Bei Nichtverfügung des Ehemanns gehört seine Versicherungssumme zu seinem Nachlaß und hat die Ehefrau als Erbin oder Miterbin Erbrecht daran. Im Nachlaßkonkurse haftet die Summe den Nachlaßgläubigern mit. Die Frage nach den Ansprüchen der im Lebensversicherungsvertrag oder mit Bezugnahme auf diesen begünstigten Ehefrau wird weder im BGB. §§ 328 ff. noch in §§ 163 ff. Entw. eines Ges. üb. d. Versicherungsvertrag erschöpfend beantwortet. Bestimmter schon im Schweizer Gesetz über den Versicherungsvertrag und im französischen Entwurfe. Die deutsche Gerichtspraxis nähert sich mehr und mehr den Grundsätzen des Married women's property act. Verf. zeichnet die Folgen der verschiedenartigen Beantwortung der auf den Gegenstand bezügl. Fragen des Versicherungsantragsbogens nach deutscher Wissenschaft und Gerichtspraxis und zwar für verschiedene Lebensversicherungsarten. Nähert sich im ganzen der herrschenden Auffassung, die einen „Sieg des Rechtes der Familie über das Recht des Gläubigers" bedeutet. Schildert die Folgen der unwiderruflichen und der widerruflichen Begünstigung. Begründet aus der höchstpersönlichen Natur des Widerrufs die Anschauung, daß Gläubiger im Konkurse des lebenden Ehemanns auch den Zeitwert der unwiderruflich zugunsten der Ehefrau geschlossenen Versicherung nicht in Anspruch nehmen können. Zeigt, was unter Eintrittsrecht der begünstigten oder nicht begünstigten Ehefrau mit Bezug auf die Versicherung im Nachlaßkonkurs etwa verstanden werden kann, und entwickelt seine Rechtsanschauung über die Bedeutung dieses Rechtes.

2. Behrend, LeipzZ. **07** 872 ff. Jede auf den Todesfall gestellte Lebensversicherung gilt als zugunsten Dritter genommen, und zwar zugunsten der Erben, wenn andere Bezugsberechtigte nicht ausdrücklich oder stillschweigend bezeichnet sind. Auf die vom Versicherungsnehmer gewählten Ausdrücke kommt es nicht an. Auch wenn die Versicherung „zugunsten der Rechtsnachfolger" genommen ist, bedeutet das nichts anderes als „zugunsten der Erben". Ja, sogar dann, wenn bedungen ist, daß die Versicherungssumme in den Nachlaß fallen soll, muß diese Erklärung dahin umgedeutet werden, daß die Versicherungssumme den Erben zukommen soll. Nur wenn der Versicherungsnehmer erklärt hat, daß die Versicherungssumme seinen Gläubigern zugute kommen und erst nach deren Befriedigung den Erben zur

Verfügung stehen solle, würde sie zum Nachlasse gehören. — Eine Versicherung zugunsten Dritter liegt auch dann vor, wenn ein Dritter überhaupt nicht benannt ist, wenn z. B. der Versicherungsnehmer sich die Antwort auf die Frage nach der Bezugsberechtigung vorbehalten hat, oder wenn gesagt ist, daß an den Inhaber gezahlt werden soll, oder wenn der benannte Dritte beim Tode des Versicherungsnehmers bereits verstorben ist, ohne daß angenommen werden kann, daß seine Erben an seine Stelle treten sollen. In allen diesen Fällen muß die Erklärung des Versicherungsnehmers dahin ergänzt oder umgedeutet werden, daß die Versicherungssumme seinen Erben zufallen soll.

3. BadRpr. **07** 246 (Karlsruhe). Bei Abschluß eines Lebensversicherungsvertrags zugunsten Dritter ist nach früherem bad. Rechte anzunehmen, daß der Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft so lange der Verfügungsgewalt des Versicherungsnehmers untersteht, als nicht die Dritten sich dieses Recht durch Annahme zu eigen gemacht haben. Vgl. u. zu § 398 Ziff. 10e.

§ 331. **RG. 65** 277, JW. **07** 240 Ziff. 3, DJZ. **07** 599. Eine Vereinbarung gemäß dem § 331 kann auch zugunsten eines noch nicht Erzeugten getroffen werden.

§ 334. **RG.** R. **07** 1132 Ziff.334. Die Einwendung, die der Versprechende dem Dritten gegenüber aus einer ihm gegen den Versprechensempfänger zustehenden Schadensersatzforderung erhebt, verpflichtet den Dritten nicht persönlich zum Schadensersatze, hat vielmehr nur die Bedeutung, daß die Erfüllung des dem Dritten aus dem Vertrage zustehenden Anspruchs im Urteil von der Leistung des Schadensersatzes Zug um Zug abhängig zu machen ist.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 337. SeuffBl. **07** 83 (München). Entgegen der Bestimmung des Abs. 2 kann vereinbart werden, daß die Draufgabe dem Empfänger verbleiben soll.

§ 339. 1. *Rogowski 69 ff. Der Grundsatz, daß bei Unterlassungsobligationen zur Verwirkung der Vertragsstrafe der objektive Tatbestand der Zuwiderhandlung genügt, ist dahin einzuschränken, daß der Gläubiger die Vertragsstrafe nicht fordern kann, wenn er selbst vorsätzlich oder fahrlässig die Zuwiderhandlung herbeigeführt hat. Der in den §§ 162 Abs. 2 und 815 enthaltene Grundsatz, daß niemand sich auf eine eigene wider Treu und Glauben verstoßende Handlungsweise zum eigenen Vorteil und Nachteil eines anderen berufen dürfe, reicht nur für den Fall, daß der Gläubiger vorsätzlich die Zuwiderhandlung herbeiführt, aus, da Fahrlässigkeit nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Hier greift der Grundsatz ein, daß Treu und Glauben es verbieten, aus eigenem Verschulden — Vorsatz und Fahrlässigkeit — zum Nachteil eines anderen Rechte herzuleiten.

2. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. **a)** **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 300, LeipzZ. **07** 693 Ziff. 9, R. **07** 970 Ziff. 2264 (s. a. R. **07** 1064 Ziff. 2527). Ein Garantieversprechen ist in der Vereinbarung einer Vertragsstrafe regelmäßig nicht zu erblicken. — Eine Vertragsstrafe, die auf Zuwiderhandlung gegen eine auf mehrere Jahre vereinbarte Bierbezugsverpflichtung festgesetzt ist, verfällt nicht, wenn der Wirt innerhalb dieser Zeit ohne sein Verschulden (wegen fortgesetzt dauernder Unterbilanz) genötigt wird, den Wirtschaftsbetrieb aufzugeben. **b)** **RG.** R. **07** 55 Ziff. 18. Wenn jemand bei Abschluß eines Vertrags sich verpflichtet, seinen geschäftlichen Bedarf an bestimmten Materialien binnen einer bestimmten Frist von dem Gegenkontrahenten zu beziehen und für den Zuwiderhandlungsfall eine Vertragsstrafe an ihn zu zahlen, so ist die Annahme, daß die Vertragsstrafe dann nicht verfallen sei, wenn der Verpflichtete, durch die Verhältnisse gezwungen, für sein Geschäft sich mit anderen vereinigt und mit diesem nunmehrigen Mitbeteiligten zusammen anderweitig Materialien bezieht, nicht rechtsirrtümlich.

§ 341. 1 a) **RG.** JW. **07** 171 Ziff. 9, R. **07** 307 Ziff. 569, s. auch **RG.** R. **07** 1315 Ziff. 3275. Der Vorbehalt des Abs. 3 muß b e i Annahme der Leistung erfolgen, und zwar durch ausdrückliche Kundgebung, es genügt nicht das Vorhandensein des Vorbehaltwillens. S. JDR. **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 3, 2 Abs. 2. **b)** OLG. **14** 19 (KG.). Die Vertragsstrafe kann der Besteller eines Werkes nur fördern, wenn er sich das Recht bei der Annahme vorbehält; das zeitliche Zusammenfallen von Vorbehalt und Annahme ist hier im strengsten Sinne zu verstehen.

2. R. **07** 1530 Ziff. 3778 (Stuttgart). Bei einheitlichen Gesamtleistungen kann der Vorbehalt der Vertragsstrafe mit rechtlicher Wirksamkeit nicht schon bei Teilleistungen, sondern erst bei Bewirkung der ganzen Leistung erfolgen.

3. R. **07** 1462 Ziff. 3630 (Cöln). Der Vorbehalt des Rechtes auf die Vertragsstrafe setzt voraus, daß die Zahlung der Vertragsstrafe noch verlangt wird; er ist gegenstandslos, wenn der Anspruch auf die Strafe durch Zahlung oder etwa durch Aufrechnung getilgt ist.

§ 343. 1. A l l g e m e i n e s. M a r c u s, DJZ. **07** 952/3, bemerkt im Anschluß an E l t z b a c h e r, Unterlassungsklage 90—96. Aus den §§ 74 HGB. und 343 BGB. ergibt sich das richterliche Ermäßigungs- und Modifikationsrecht als Prinzip, also auch für alle Konkurrenzabreden, nicht nur hinsichtlich der unter Vertragsstrafe gestellten und der mit handelsrechtlichen Dienstverträgen verknüpften.

2. R i c h t e r l i c h e s E r m e s s e n (s. schon JDR. **5** Ziff. 1, anders aber JDR. **2** Ziff. 3 c). **a)** **RG.** **64** 290, PucheltsZ. **07** 195, DJZ. **07** 186. Dem richterlichen Ermessen ist bei Beurteilung der Angemessenheit der Strafe der weiteste Spielraum eingeräumt; er ist insbesondere nicht an die Verhältnisse zur Zeit der Vereinbarung der Strafe gebunden, sondern kann ebensowohl — nach Lage des Falles sogar ausschließlich — die Verhältnisse der Folgezeit berücksichtigen. **b)** BadRpr. **07** 261 (Karlsruhe). Bei Beantwortung der Frage, ob eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch ist, ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß sein Vermögensinteresse zu berücksichtigen. Auch der Grad des Verschuldens des Verpflichteten kommt in Betracht. Jedenfalls braucht der Gläubiger nicht das Entstehen eines Schadens in Höhe der Vertragsstrafe nachzuweisen, da es der Zweck der Vertragsstrafe ist, ihn gerade der Notwendigkeit eines solchen Nachweises zu entheben. S. JDR. **5** Ziff. 3. **c)** **RG.** R. **07** 1315 Ziff. 3276. Die Herabsetzung einer Vertragsstrafe ist nicht schon deshalb geboten, weil der durch die Zuwiderhandlung verursachte Schaden ihre Höhe nicht erreicht. **d)** **RG.** JW. **07** 11 Ziff. 12 s. schon JDR. **5** Ziff. 1. ➵ **„06"** ist ein Druckfehler. — Red. ⇠ **e)** **RG.** JW. **07** 12 Ziff. 13 s. schon JDR. **5** Ziff. 2. ➵ **„06"** ist ein Druckfehler. — Red. ⇠

3. A r t d e r G e l t e n d m a c h u n g (s. JDR. **4** Ziff. 1, **2** Ziff. 3 a u. b). BadRpr. **07** 261 (Karlsruhe). Die Geltendmachung der Herabsetzung der Vertragsstrafe kann auch im Wege der Einrede erfolgen; Erhebung der Widerklage ist hierzu nicht erforderlich.

§ 345. *R o g o w s k i 77 ff. Der Gläubiger, der Ansprüche aus Zuwiderhandlung geltend macht, hat diese stets, nicht nur in den Fällen der §§ 345 und 358, zu beweisen, so daß ihm also der Beweis der Nichterfüllung obliegt, während bei positiven Obligationen nach allgemeinen Grundsätzen den Schuldner der Beweis der Erfüllung trifft. Die Ursache für die Verschiedenheit der Beweislast liegt in der Wesensverschiedenheit der positiven und negativen Obligationen. Ein passives Verhalten des Schuldners, der Zustand der Ruhe, ist der Normalzustand, das erfahrungs- und naturgemäß Gewöhnliche. Dieser Zustand der Ruhe bedeutet bei positiven Obligationen, bei denen die Vornahme einer Handlung gefordert wird, ein Ausbleiben der Erfüllung. Hingegen macht bei Unterlassungsobligationen das passive Verhalten die Erfüllung der Obligation aus. Die Beweislast ist nun so zu verteilen, daß sie denjenigen trifft, der eine Tatsache behauptet, für deren Gegenteil die Wahr-

scheinlichkeit spricht. Demnach trifft bei positiven Obligationen den Schuldner der Beweis der Erfüllung, bei negativen den Gläubiger der Beweis der Zuwiderhandlung.

Fünfter Titel. Rücktritt.

Zu §§ 346 ff. *ten Hompel, Der Verständigungszweck im Rechte, hält die Rücktrittserklärung für einen gesetzlich geregelten Fall der Erfüllung einer suspensiven freien Wollensbedingung, also für ein unverjährbares Recht. Der alternative Rücktrittsvorbehalt beherrscht das Recht der Wahlschuld. Von besonderer Tragweite ist die Suspensivkonstruktion des Rücktritts für das Recht der Wandelung. Die Zulässigkeit der suspensiven freien Wollensbedingung aber folgt, wie zu § 158 dargelegt, (s. oben zu §§ 158 ff. Ziff. I), daraus, daß das Urelement jeden rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, der Verständigungswille, von der Suspendierung des ihm untergeordneten Wirkungswillens nicht berührt wird und also während der Schwebezeit den Wesensträger des Rechtsgeschäfts abgibt.

§ 346. RG. JW. **07** 670 Ziff. 4. Als eine im Vertrage bestimmte Geldleistung ist auch eine solche anzusehen, deren Betrag zwar nicht ziffernmäßig festgesetzt ist, wohl aber auf Grund der im Vertrage vorgeschriebenen Berechnungsweise bestimmt werden kann. Der § 346 will nur den Rückgewähranspruch nicht auf die dem Empfänger verbleibende Bereicherung beschränkt sein lassen, nicht aber einen über die vertragsmäßige Geldvergütung hinausgehenden Anspruch gewähren.

§ 349. *Grabner, GruchotsBeitr. **51** 517. Die Vorschrift bedeutet, daß die einseitige Erklärung des Rücktrittsberechtigten ihn selbst an den Rücktritt bindet, sie ist also ein Gegensatz zu der Vorschrift im § 465 (s. unten § 465 Ziff. I zu 1 a). ➳ Nach den gesetzgeberischen Vorarbeiten scheint die Vorschrift zu bedeuten, daß die Rücktrittserklärung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Rücktrittspflichtigen ist (Neumann, BGB. zu § 349 u. Planck, ebenda). Das ist aber selbstverständlich. Soll die Vorschrift einen besonderen Sinn haben, so kann es nur der oben bezeichnete sein. ⟵

§ 351. 1. **RG.** LeipzZ. **07** 593 Ziff. 4. Der Wandelung begehrende Käufer verliert sein Recht auf Wandelung durch Untergang der Kaufsache nicht schon dann, wenn ihn zwar ein Verschulden an diesem Untergange trifft, andererseits aber der Verkäufer sich in dem Augenblick im Verzuge mit der Rücknahme der Kaufsache befand, als die Kaufsache noch zurückgegeben werden konnte und so infolge Verweigerung der Annahme auch ihn an der später eingetretenen Unmöglichkeit der Rückgabe ein Verschulden trifft. Überwiegt dieses Verschulden des Verkäufers, so daß er selbst den Käufer in die Unmöglichkeit der Rückgabe versetzt hat, so verbleibt im Hinblick auf § 254 dem Käufer das Wandelungsrecht.

2. **RG. 64** 374, JW. **07** 46 Ziff. 5, DJZ. **07** 238. Nur eine objektive Verschlechterung der Kaufsache, bezüglich deren Wandelung verlangt wird, beseitigt das Wandelungsrecht des Käufers gemäß § 351; hierzu genügt jedoch eine durch ein äußeres Ereignis herbeigeführte ungünstige Auslegung beteiligter Kreise über den Wert und die Brauchbarkeit ohne nachteilige Änderung der Sache selbst ohne weiteres nicht. (Das OLG. erachtete die Verschlechterung eines Automobils schon damit für vorliegend, daß es wegen eines Unfalls repariert werden mußte, gleichgültig, ob es hierdurch objektiv minderwertig geworden war oder nicht.)

§ 354. RG. LeipzZ. **07** 342 Ziff. 10. Die Fristsetzung kann wirksam mit der Mahnung zur Rückgewähr verbunden werden, entsprechend den bezüglich des § 326 getroffenen Entscheidungen. S. oben zu § 326 Ziff. 4 b α.

§ 361. 1. SächsRpflA. **07** 228 Ziff. 37 (Dresden). Fixgeschäft als vorliegend angenommen bei der Vereinbarung auf dem Bestellschein: „Lieferung umgehend, Nachfrist 8—10 Tage."

2. BankA. 6 102 (Hamburg). Der Käufer eines Lospapiers erlangt nicht ohne weiteres ein Rücktrittsrecht, wenn der Verkäufer ihm beim Kaufe den Mantel ausgehändigt, dagegen den Kuponbogen entgegen seinem Versprechen bis zum Tage vor der Nummernziehung nicht nachgeliefert hat; mit Übergabe des Loses war die Sachlage klargestellt; daß auf die Aushändigung des Kuponbogens besonderes Gewicht gelegt werden sollte, ist nicht anzunehmen, nur dann aber könnte die Nichtaushändigung ein Rücktrittsrecht begründen.

3. **RG.** R. **07** 763 Ziff. 1652. Der Charakter als Fixgeschäft muß sich klar ergeben entweder aus der Hervorhebung der Erfüllungszeit in dem Wortlaute des Vertrags oder aus dem Vertragsinhalte, den begleitenden Umständen oder der Natur des Geschäfts, die eine andere, spätere Leistung als dem Vertragszwecke zuwider und deshalb als unter keinen Umständen gewollt erscheinen läßt.

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Erfüllung.

Vorbemerkung: Zwei wichtige Entscheidungen des RG. über die Beweislast im Falle des § 363 sind zu dieser Bestimmung zu verzeichnen. Ferner ist auf das ausführlich wiedergegebene Erkenntnis zu § 366 betreffend die Vereinbarung der Anrechnung einer Zahlung hinzuweisen Das RG. stellt sich auf den Standpunkt, daß im Falle einer besonderen Vereinbarung der Verrechnung der Schuldner nachträglich keine anderweite Verrechnung vornehmen darf.

Literatur: Klein, Ein Beitrag zur Lehre vom Untergange der Obligation durch Zweckerreichung, ABürgR. **31** 214. — Lacmann, Über die rechtliche Bedeutung der Quittung, ABürgR. **31** 45 ff. — Mez, Der Giroverkehr, ABürgR. **30** 47.

Zu §§ 362 ff. 1. *Klein (vgl. JDR. **4** §§ 362 ff. Ziff. 1). Beispiel: Der Schuldner ist verpflichtet ein alleinstehendes Haus niederzulegen. Der Blitz schlägt ein, zündet und äschert das Gebäude ein. — Die Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger zur Leistung erlischt durch nachträgliche unverschuldete Unmöglichkeit und Zweckerreichung. Ebenfalls erlischt die Verpflichtung des Gläubiger-Schuldners gegenüber dem Schuldner-Gläubiger, weil die schuldnerische Verpflichtung auch durch unverschuldete nachträgliche Unmöglichkeit erloschen ist. ➛ Gegen Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, 256 ff.; zustimmend Staudinger-Kuhlenbeck, Recht der Schuldverhältnisse (3/4) 270. ← Für den Gläubiger, der von dem zufälligen, das Schuldverhältnis beendigenden Ereignis erfährt, besteht gegenüber dem Schuldner, falls dieser zunächst nichts von dem Ereignis erfahren kann, eine Anzeigepflicht. Der Schuldner soll nicht durch weitere Vorbereitungstätigkeit zu Schaden kommen.

2. *Lent, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse. Die Erfüllung ist ein selbständiges, von der Leistung durchaus getrenntes Rechtsgeschäft und jedenfalls dann ein Vertrag, wenn die Leistung einen solchen zwischen Schuldner und Gläubiger fordert. — Die Natur des Rechtsgeschäfts folgt daraus, daß sie eine rechtliche Wirkung (die Schuldtilgung) hat, daß der Wille des Schuldners auf diese Wirkung gerichtet ist, daß die Wirkung deshalb eintritt, weil sie gewollt ist, daß der Wille erklärt wird (zumindest stillschweigend durch die Leistung). — Die Selbständigkeit neben dem Leistungsgeschäft ergibt sich daraus, daß die Wirkungen beider verschieden sind (Schuldtilgung und z. B. Eigentumsübergang), daher auch der Wille bei beiden auf verschiedene Wirkungen sich richtet. Die Erfüllung hat immer eine rechtliche Wirkung (auf ein Forderungsrecht), ist Verfügung (§ 362 Ziff. II), die Leistung als solche nicht stets (z. B. bei bloß tatsächlichen Leistungen). — Die Erfüllung ist immer Verfügung (arg. § 362 Ziff. II in Verb. mit § 185), daher auch immer Rechtsgeschäft. Daher keine Erfüllung durch geschäftsunfähige, sondern durch den Gewalt-

haber mit tatsächlicher Hilfe des Mündels. Erfüllung durch beschränkt Geschäftsfähigen nach § 107 möglich, aber praktisch nur denkbar, wenn auch die Leistung durch ihn erfolgt. — Bedarf es bei der Leistung keiner Mitwirkung des Gläubigers, so liegt in der Überlassung der Leistungsbewirkung an den Schuldner der bindende Antrag auf Erfüllung, dessen Annahme durch die Bewirkung der Leistung erklärt wird,, nach § 151 aber nicht dem Antragsteller zuzugehen braucht, so daß Erfüllung im Momente der Leistung ohne Kenntnis des Gläubigers eintritt.

§ 362. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 553 ff. Die Erfüllung einer Obligation ist ein Rechtsgeschäft, denn der Tilgungseffekt der Erfüllungshandlung wird nicht schon durch die Identität der vorgenommenen Handlung mit der geschuldeten erzeugt, sondern hängt außerdem auch vom Tilgungswillen des Schuldners ab. Er könnte eine konkrete Handlung, die zur Schuldtilgung zwar geeignet wäre, doch aus anderem Grunde, z. B. in eigenem Interesse vornehmen. Der Kommissionär könnte ein Wertpapier von der Art, wie er es für den Kommittenten kaufen sollte, im konkreten Falle auch für sich kaufen. Eine Erklärung dieses Willens erfolgt nicht. Die Erfüllung stellt sich bisweilen als Willensgeschäft dar. Vgl. vor §§ 116 ff. Die Erheblichkeit des Erfüllungswillens und Erfüllungszwecks zeigt sich z. B. im § 363: „als Erfüllung", § 362 Abs. 2: „Zweck der Erfüllung"; ebenso § 814.

2. *Mez. Gegenüber der „Erfüllung" von Geldschulden steht die „Zahlung", Wertübereignung, Zuzählung von Geld und Geldsurrogaten (61).

§ 363. 1. *Mez. Im Beitritte zum Giroverkehre liegt eine Erklärung des Beitretenden, sowohl eigentliche Girozahlungen als auch Einzahlungen baren Geldes oder anderer Werte zur Gutschrift auf sein Konto, von wem sie kommen, mit derselben Wirkung wie Barzahlungen anzunehmen; er könnte also die durch den Giroverkehr erfolgende Tilgung einer Geldforderung nie zurückweisen (81).

2. a) **RG.** JW. **07** 509, LeipzZ. **07** 653. Der § 363 BGB. ändert nichts an den materiellen Rechten und Pflichten des Gläubigers und des Schuldners; insbesondere folgt aus der Annahme der Leistung als Erfüllung an sich und aus § 363 keinerlei Aufgeben irgendwelcher Rechte und keinerlei Verzicht auf solche. Der Wortlaut des Paragraphen läßt darüber keinen Zweifel; er ergibt klar, daß sich infolge der Annahme nur die Beweislast ändert. Vor der Annahme als Erfüllung hat der Schuldner die ordnungsmäßige, dem Vertrag entsprechende Erfüllung zu beweisen, nach der Annahme fällt dem Gläubiger die Beweislast zu, daß die Leistung unvollständig gewesen sei, und es besteht dabei in Theorie und Praxis kein Zweifel darüber, daß unter einer „unvollständigen" Leistung im Sinne des § 363 eine mangelhafte Leistung mitzuverstehen ist. Der Wille des Gläubigers im Falle des § 363 muß nur darauf gerichtet sein, diejenige Leistung, insbesondere also für den vorliegenden Fall diejenige Ware, die ihm von dem Schuldner als Erfüllung angeboten worden ist, als die von ihm gekaufte Ware anzunehmen (um sie — falls sich nicht etwa die Berechtigung zur Wandelung ergeben sollte — zu behalten); tut er dieses, so hat er nachher die von ihm behaupteten Mängel der Ware zu beweisen, und dieses alles selbst dann, wenn er bei der Annahme der Ware als Erfüllung ausdrücklich Vorbehalte gemacht und ausdrücklich erklärt hat, die Fehlerlosigkeit und Vertragsmäßigkeit der Ware nicht anzuerkennen (**RG. 20** 6, 7; **57** 299). Ob eine Annahme als Erfüllung stattgehabt hat, ist aus den Umständen des Falles zu entnehmen. b) **RG. 66** 279, JW. **07** 509. Es ist ein Teil der Erfüllungspflicht, daß der Verkäufer die gekaufte Speziessache mit der zugesicherten Eigenschaft liefert. Hiernach hat der Käufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gegen den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises, wenn die gekaufte Speziessache nicht die zugesicherte Eigenschaft hat, und den Verkäufer trifft, auch wenn er die Kaufsache bereits übergeben, dieser Einrede gegenüber die Beweislast dafür, daß die von ihm

übergebene Kaufsache die zugesicherte Eigenschaft hat, es sei denn, daß der Käufer die gekaufte Speziessache als Erfüllung im Sinne des § 363 angenommen und ihn auf Grund letzterer Gesetzesvorschrift die Beweislast trifft. — Wann eine Annahme als Erfüllung vorliegt, ist Tatfrage; eine Annahme behufs Prüfung und Untersuchung ist in der Regel noch nicht „Annahme als Erfüllung" im Sinne des § 363.

3. **RG.** R. **07** 1316. Lediglich darin, daß der Gläubiger das von einem Postboten oder von einem Boten des Schuldners ihm überbrachte Geld in Empfang nimmt, ist noch keine Annahme als Erfüllung zu finden. Man wird vielmehr dem Gläubiger zur Prüfung der materiellen Bedeutung der Zahlung eine den Umständen des Falles angemessene kurze Frist lassen müssen.

4. WürttJ. **19** 1, R. **07** 825 (Stuttgart). Hat der Gläubiger die gelieferte Ware als Erfüllung angenommen, so kann er die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht mehr geltend machen.

§ 364. 1. R. **07** 1530 (Braunschweig). Die Vereinbarung der Anrechnung einer Leistung im voraus ist durchaus zulässig, aber nicht nach den Grundsätzen der Aufrechnung, sondern der datio in solutum zu beurteilen.

2. **RG.** R. **07** 55. Die Hingabe an Zahlungsstatt steht nach dem Gesetze dem Verkaufe gleich.

3. WürttJ. **19** 12 (Stuttgart). Wenn auch im § 364 Abs. 2 die Forderung des Gläubigers nicht mit der Hingabe des Wechsels erlischt, so geht doch der Wille der Beteiligten dahin, daß der Gläubiger zunächst mittels Verwertung des Wechsels sich bezahlt machen solle.

4. **RG.** SeuffBl. **07** 879, SeuffA. **62** 351, R. **07** 376. Das BGB. zählt nur 4 besondere Gründe für das Erlöschen der Schuldverhältnisse auf Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung und Erlaß. Über die „Umschaffung" (Novation) als besondere Art der Tilgung der Schuldverhältnisse enthält BGB. keine Vorschrift. Bei dem das heutige Recht beherrschenden Grundsatze der Vertragsfreiheit ist es gleichwohl nicht zu bezweifeln, daß Gläubiger und Schuldner durch entsprechende Vereinbarung eine „Umschaffung" zwecks Tilgung eines Schuldverhältnisses herbeiführen können; den Weg hierzu weist § 364.

§ 365. RG. 65 79. Der Schuldner, der eine Forderung erfüllungshalber abgetreten hat, hat wegen eines Mangels im Rechte nicht Gewähr zu leisten. Ein Bedürfnis hierzu liegt nicht vor, weil der Zessionar, wenn die abgetretene Forderung aus irgendeinem Grunde nicht einziehbar ist, die Forderung aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse geltend machen kann.

§ 366. 1. R. **07** 125 (Posen). Diese Vorschrift setzt voraus, daß der Schuldner dem Gläubiger aus einer Mehrheit von Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet ist. Soll die Anrechnung einer Zahlung auf eine andere als die Klageforderung in Frage kommen, so muß der Kläger nachgewiesen haben, daß ihm Forderungen aus mehreren Schuldverhältnissen gegen den Beklagten zustehen. Erst wenn dies geschehen, würde der Schuldner eine Bestimmung im Sinne des § 366 Abs. 1 nachzuweisen haben oder eine Anrechnung gemäß Abs. 2 geltend machen dürfen. Erbringt der Gläubiger jenen Nachweis nicht, so ist die Zahlung auf die allein geschuldete Klageforderung geleistet.

2. **RG. 66** 54, JW. **07** 328, BankA. **7** 24, DJZ. **07** 825. Soviel steht außer Zweifel, daß eine vorgängige Vereinbarung des Gläubigers und des Schuldners, wonach künftige Zahlungen auf eine bestimmte Forderung anzurechnen sind, gesetzlich durchaus zulässig ist, und daß eine solche Abmachung auch den Schuldner rechtswirksam verpflichtet. Denn der § 366 BGB. enthält, wie wohl allgemein anerkannt wird, a n s i c h nur dispositives Recht. Fraglich ist aber, wie weit die Verpflichtung des Schuldners aus einer derartigen Vereinbarung wirkt und ob dadurch die im § 366 Abs. 1 BGB. für maßgebend erklärte Tilgungsbestimmung des Schuld-

ners ausgeschaltet, einer in Abweichung von der Vereinbarung vom Schuldner bei der Leistung getroffenen Bestimmung die Rechtswirksamkeit benommen wird. Bestritten ist insbesondere, ob der Gläubiger, wenn der Schuldner der Abrede zuwider bei der Leistung eine andere als die festgesetzte Schuld tilgen zu wollen erklärt, gleichwohl unter Annahme der Leistung diese auf die vertragsmäßig bestimmte Schuld anzurechnen berechtigt sei. Das wird von mehreren Schriftstellern verneint, weil das Zahlungsangebot und dessen Bedeutung ausschließlich vom Schuldner abhänge, die Erfüllungshandlung sich nur auf die von ihm bestimmte Schuld beziehe und durch die vom Schuldner eingegangene vertragliche Verpflichtung in ihrem Wesen nicht verändert werde. Danach soll, unbeschadet der Berechtigung des Gläubigers, die Leistung abzulehnen, nur der vertragswidrig bestimmende Schuldner sich schadensersatzpflichtig machen. Von anderen Rechtslehrern aber wird der vorgängigen Vereinbarung der Parteien eine weitergehende Rechtswirkung zugeschrieben. Die einen erblicken darin einen, nicht bloß obligatorisch wirkenden Verzicht beider Teile auf den Anrechnungsmodus des § 366, namentlich also einen Verzicht des Schuldners auf das Bestimmungsrecht nach § 366 Abs. 1; oder es wird angenommen, daß gegenüber einer vertragsmäßigen Regelung die gesetzliche Vorschrift des §.366 gar nicht Platz greift, daß diesfalls die abweichende Bestimmung des Schuldners bei der Leistung nicht Ausübung seines Rechtes aus § 366 Abs. 1, sondern eine Vertragsverletzung wäre, wodurch der Gläubiger sein Recht auf die vertragsmäßige Anrechnung nicht verlieren könnte. Auch der Gesichtspunkt ist verwertet worden, daß der Schuldner in der vorgängigen Vereinbarung sein Bestimmungsrecht schon ausgeübt (konsumiert) habe. Die Ansicht, welche den Gläubiger bei vertragswidriger Bestimmung durch den Schuldner lediglich auf einen Schadensersatzanspruch verweisen will, kann in Einzelfällen zu Ergebnissen führen, welche mit den Grundsätzen von Treu und Glauben im Rechtsverkehre nicht im Einklange ständen und in unbilliger Weise den Gläubiger benachteiligen würden. Sieht man nicht bloß auf den Wortlaut der Vorschriften des § 366 Abs. 1 und 2 BGB., sondern auch auf deren Bedeutung und Zweck, bezüglich der Anrechnungsweise den fehlenden und unvollständig gebliebenen Vertragswillen der Parteien zu ergänzen, so wird man eher zu der Auffassung kommen, daß, wenn Gläubiger und Schuldner zum voraus eine Vereinbarung über die Abrechnung der Leistung auf eine bestimmte Forderung getroffen haben, hierdurch eine nachherige einseitige Bestimmung des Schuldners ausgeschlossen werde.

3. R. **07** 308 (Zweibrücken). Dem aus mehreren fälligen Posten verpflichteten Schuldner obliegt der Nachweis dafür, daß die vom Gläubiger betätigte Verrechnung seiner Zahlungen gegen das Gesetz oder seinen Willen verstoße. Dieser Grundsatz kann auch da Platz greifen, wo die Zahlungen an einen Bevollmächtigten verschiedener Gläubiger geleistet wurden.

§ 368. 1. *Lacmann. Die Bedeutung der Quittung erschöpft sich nicht in ihrer Eigenschaft als Geständnis und Beweismittel der Erfüllung; sie stellt unter Umständen nicht einmal ein solches dar, nämlich dann nicht, wenn sie im voraus oder wegen nicht geschehener Erfüllung, sondern wegen anderweiter Schuldtilgung ausgestellt wird. Die Erteilung der Quittung bringt, weil auf Sicherung des Schuldners gegen künftiges Bestreiten der Schuldtilgung berechnet, den Willen des Gläubigers zum Ausdrucke, die Schuldtilgung nicht zu bestreiten. Solche Willenskundgabe des Gläubigers in Verbindung mit ihrer Annahme durch den Schuldner bildet aber den wesentlichen Inhalt des negativen Anerkennungsvertrags (§ 397). Demnach ist die Begebung und Annahme der Quittung ein Sonderfall des negativen Anerkennungsvertrags. S. a. u. zu § 781 Ziff. 1.

2. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 715 f., über die verschiedenen Arten der sog. Quittung. Die Quittung als einseitiges Empfangsbekenntnis

gemäß § 368 ist kein Rechtsgeschäft, da sie auf das Bestehen der Schuld materiell einzuwirken nicht die Kraft hat. In diesem häufigen Falle ist die Quittung lediglich Vorstellungsmitteilung und als solche zu behandeln. Vgl. hierzu Manigk aaO. 723 ff. Insbesondere gibt es hier keine Stellvertretung im Sinne des § 164.

3. LeipzZ. **07** 237 (LG. Cöln). Der Schiffer kann vom Empfänger die Erteilung eines Lieferscheins verlangen. § 368 BGB. gilt auch im Verhältnisse zwischen dem Empfänger des Frachtguts und Frachtführer oder dem Schiffer.

Zweiter Titel. Hinterlegung.

Vorbemerkung: Die Schrift von Ritsert beschäftigt sich mit der Frage nach dem privatrechtlichen Charakter der Hinterlegung. Von Bedeutung ist die zu § 383 abgedruckte Entscheidung des RG., nach welcher der Schuldner den durch den ordnungsmäßig erfolgten Verkauf erzielten Erlös nicht zu hinterlegen braucht, sondern befugt ist, ihn aufzurechnen gegen Forderungen des Gläubigers.

Literatur: Litterscheidt, Die Hinterlegung zum Zwecke der Schuldbefreiung. Diss. 1907. — Ritsert, Der privatrechtliche Charakter der Schuldhinterlegung.

Zu §§ 372 ff. *Ritsert. Das Hinterlegungsgeschäft, das einerseits aus der Übergabe der geschuldeten Leistung an die öffentliche Hinterlegungsstelle nach Maßgabe der §§ 372 ff. durch den Schuldner, andererseits aus der Entgegennahme der Leistung zwecks Aufbewahrung seitens der öffentlichen Hinterlegungsstelle besteht, gehört dem Privatrecht und nicht dem öffentlichen Rechte an (23). Weder der Kontrahierungszwang, dem die öffentliche Hinterlegungsstelle insofern unterliegt, als ihr die freie Entschließung darüber, ob sie den zur Deposition angebotenen Gegenstand annehmen will, entzogen ist (32 ff.), noch die durch den Abschluß des einzelnen Hinterlegungsgeschäfts seitens der Hinterlegungsstelle ausgeübte Funktion der freiwilligen Gerichtsbarkeit (51 ff.), noch endlich der typische, unabänderliche Inhalt der sämtlichen Hinterlegungsgeschäfte (60 ff.) rechtfertigen die Auffassung des Charakters des Hinterlegungsgeschäfts als öffentlich-rechtlich. Die Hinterlegungsstelle dient zwar durch ihre Tätigkeit dem allgemeinen Interesse, ist aber keine obrigkeitliche Behörde im Sinne des Staatsrechts; sie bedarf keines Hoheitsrechts und besitzt auch ein solches nicht (45). — Der privatrechtliche Charakter des Hinterlegungsgeschäfts ergibt sich aus folgendem: 1. Der Schuldner verfolgt durch die Hinterlegung den Zweck, von der Aufbewahrungspflicht hinsichtlich des Schuldobjekts befreit zu werden (69—73). Dieser rein privatwirtschaftliche Zweck besteht nur im Verhältnisse des Deponenten zur Behörde und steht als interner Zweck im Gegensatze zu dem externen Zwecke der Hinterlegung, der verschiedenen Inhalt besitzen kann und im Verhältnisse des deponierenden Schuldners zum Gläubiger erscheint (88). 2. Gemäß dem Prinzipe der Staatsökonomie betätigt die Hinterlegungsbehörde im Abschlusse des Hinterlegungsgeschäfts kein Hoheitsrecht, weil sie zur Erreichung des Geschäftszwecks eines solchen nicht bedarf (78). 3. Die Hinterlegungsstelle verfolgt persönlich in beschränktem Maße fiskalische Interessen (80). 4. Die gesetzgeberischen Materialien des BGB. fassen den Charakter des Hinterlegungsgeschäfts als privatrechtlich auf (83). 5. Das Hinterlegungsgeschäft ist durch die positive Regelung im Rahmen des BGB. schon in seinem Charakter eindeutig bestimmt (84 ff.). 6. Die partikularen Hinterlegungsordnungen (HO.) haben teils ausdrücklich, teils durch den Inhalt einzelner Bestimmungen den privatrechtlichen Charakter des Hinterlegungsgeschäfts bestätigt (94 ff.). — Gewisse öffentlich-rechtliche Elemente, wie die durch Klage nicht erzwingbare Pflicht zur Annahme seitens der Hinterlegungsstelle (100), ferner die eine privatrechtlich-vertragsmäßige Gegenleistung nicht darstellende Hinterlegungsgebühr (102), treten auf. Die Prüfung

jedoch, welche die Hinterlegungsstelle bezüglich der Gläubigerlegitimation des die Herausgabe Beantragenden vornimmt, bedeutet nicht die Ausübung eines Hoheitsrechts (104 ff.). — Das Hinterlegungsgeschäft wird durch den internen, auf Verwahrung gerichteten Zweck als Verwahrungsvertrag im Sinne der §§ 688 ff. BGB. und, soweit das Eigentum am deponierten Objekt auf die Hinterlegungsstelle übergeht, als uneigentlicher Verwahrungsvertrag im Sinne des § 700 BGB. charakterisiert. Die prinzipiell anzuwendenden Vorschriften des BGB. werden in vielfacher Richtung durch Spezialbestimmungen der partikularen HO. ersetzt (113). Soweit die HO. lückenhaft, sind sie durch die Bestimmungen des BGB. zu ergänzen (115). — Zur Erreichung des externen Zweckes, den der Deponent gegenüber dem Gläubiger verfolgt und der, vom Hause aus verschiedenen Inhalts fähig, bei der Schuldhinterlegung auf Schuldtilgung gerichtet ist, vereinbart der Deponent mit der Hinterlegungsstelle die Ausfolge des hinterlegten Gegenstandes an den Gläubiger. Insoweit bindet sich mit dem Verwahrungsvertrage zugleich ein Vertrag zugunsten eines Dritten, der prinzipiell nach §§ 328 ff. BGB. zu beurteilen ist (114). Die Anwendbarkeit letzterer Bestimmungen ist aber infolge des besonderen, das Hinterlegungsgeschäft beherrschenden Zweckes sehr beschränkt.

§ 372. 1. *Litterscheidt 14. Die Berücksichtigung der zur Aufbeweahrung diennden beschränkten Räumlichkeiten, die auch der Gesetzgeber berücksichtigt hat, beseitigt manchen Zweifel darüber, was Hinterlegungsobjekt sein kann (Urkunden, Kostbarkeiten).

2. **RG. 66** 412. Die Hinterlegung hat die in den §§ 378, 379 bezeichnete Wirkung nur dann, wenn sie rechtmäßig ist, wenn die Voraussetzungen des § 372 vorliegen.

3. BayRpflZ. **07** 151 (BayObLG.). Der Anspruch auf Rückgabe einer hinterlegten Sache gründet sich auf den Vertrag zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle. Das mit der Hinterlegung zusammenhängende weitere Verfahren kann sich abwickeln, ohne daß ein Rechtsstreit über den Anspruch anhängig ist, zu dessen Befriedigung die Hinterlegung erfolgte. Das die Rückgabe an den Hinterleger betreffende Verfahren ist selbständig und wird auch nicht dadurch zu einem Teile des zwischen dem Hinterleger und seinem Gläubiger anhängigen Rechtsstreits, daß die Hinterlegung während des Rechtsstreits erfolgte. Die Hinterlegung steht nur insofern in Beziehung zu dem Rechtsstreit, als der Hinterleger sich gegen den Anspruch seines Gläubigers nach Maßgabe der §§ 378, 379 BGB. verteidigen kann.

4. SchlHolstAnz. **07** 135 (Kiel). Durch die Vorschrift des § 372 Satz 2 wird dem Schuldner eine Prüfungspflicht auferlegt, und erst wenn diese mit der im geschäftlichen Verkehr üblichen und erforderlichen Sorgfalt vorzunehmende Prüfung zu begründeten Zweifeln über die Person des berechtigten Gläubigers führt, darf mit gesetzlicher Wirkung hinterlegt werden. Vgl. **RG. 59** 18, JW. **04** 550 (JDR. **3** 372 Ziff. 1 a —).

5. OLG. **14** 184 (KG.). Der Schuldner hatte, weil er an der Echtheit einer Zession zweifelte, hinterlegt. Die Hinterlegung ist nicht zulässig, der bloße Zweifel an der Echtheit der Zession, solange nicht die Unwirksamkeit der Zession dargetan ist, berechtigt nicht zur Hinterlegung.

6. OLG. **14** 210 (Dresden). Die Hinterlegung unter Verzicht auf das Rücknahmerecht hat schuldbefreiende Wirkung auch dann, wenn die Vorpfändung, auf Grund deren hinterlegt wurde, nicht in Ordnung war.

7. R. **07** 125 (Dresden). Die Hinterlegungsstelle hat — insbesondere nach sächsischem Rechte — nicht zu prüfen, ob der Schuldner aus dem von ihm behaupteten Grunde dem Gläubiger gegenüber in der Tat zur Hinterlegung berechtigt sei.

§ 378. SchlHolstAnz. **07** 135 (Kiel). Die Hinterlegung unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme ist nicht bedingt durch die Berechtigung der Hinterlegung. Der Gläubiger, zu dessen Gunsten der Vertrag zwischen dem Schuldner und der Hinterlegungsstelle geschlossen wird, ist unbedingt und allein gegenüber der Hinterlegungsstelle forderungsberechtigt. Über Kondizierung des Verzichts auf die Rücknahme s. unten zu § 812.

§ 383. **RG. 64** 366, JW. **07** 75. Wird eine nicht zur Hinterlegung geeignete Sache geschuldet und verkauft der Schuldner wegen Annahmeverzugs des Gläubigers rechtmäßig, so ist zur Befreiung des Schuldners nicht unbedingt die Hinterlegung des Erlöses erforderlich. Es genügt, daß der Vermögenswert des Erlöses dem Vermögen des Gläubigers auf andere Weise, z. B. durch Aufrechnung, zugeführt wird.

§ 384. *Litterscheidt 37. Diese Bestimmung setzt abschließend die Folgen für die Unterlassung dieser Nachricht fest. Verfasser bekämpft aus mehreren Gründen die Ansicht Sohms, der der Benachrichtigung eine weitgehende Bedeutung gegeben hat. Gegen Sohm spricht u. a. schon der Umstand, daß die Nachricht bei bloßer Untunlichkeit einfach unterbleiben kann.

Dritter Titel. Aufrechnung.

Vorbemerkung: Die Eventualaufrechnung ist immer noch Gegenstand des Streites. Der Aufsatz von Busse, eine Erwiderung auf Stölzels Ausführungen (JDR. **5** §§ 387, 388 Ziff. 4) sucht die Klagabweisungstheorie zu widerlegen. Bemerkenswert ist die Entscheidung des RG. über die replica compensationis. (§ 387 Ziff. 2)

Literatur: Busse, Eventualaufrechnung. SächsRpflA. **07** 121 ff.

§ 387. 1. **RG.** JW. **07** 742. Eine Forderung geht nicht schon kraft Gesetzes unter, wenn ihr eine nach § 387 BGB. aufrechnungsfähige Forderung des Schuldners gegenübersteht. Zum Untergang einer Forderung durch Aufrechnung ist vielmehr ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft des Schuldners nötig (Planck § 388 Nr. 1). Die Aufrechnungserklärung muß dem Gläubiger gegenüber erklärt werden.

2. Replica compensationis. **RG. 66** 266, JW. **07** 171, SchlHolstAnz. **07** 129, DJZ. **07** 427. Unter Replik der Aufrechnung wird allgemein verstanden: im Falle der Einklagung einer Teilforderung die Verweisung des Beklagten mit einer zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung auf den nicht eingeklagten Teil der Forderung. RG. verneint die Zulässigkeit dieser Replik für das BGB. Im Falle der Einklagung eines Teiles der Forderung lösen sich zwar der eingeklagte und der nicht eingeklagte Teil nicht von dem gemeinsamen Rechtsgrunde los (vgl. **RG. 7** 246), sie erlangen aber doch durch die Einklagung eine für die verschiedene Gestaltung ihrer ferneren Schicksale bedeutsame Selbständigkeit. Die Unabhängigkeit und Selbständigkeit zeigt sich in folgenden Punkten: a) Wird der eingeklagte Teil rechtskräftig aberkannt, so bleibt der andere trotzdem bestehen. b) Wird die eingeklagte Teilforderung dem Kläger rechtskräftig zuerkannt, so verjährt sie nunmehr in 30 Jahren, während der andere Teil, sofern die ursprüngliche Forderung einer kürzeren Verjährung unterlag, auch fernerhin dieser unterworfen bleibt. c) War die ganze Forderung zinslos, so wird der eingeklagte Teil mit der Einklagung zu einer verzinslichen (§ 291), während der andere Teil hiervon nicht berührt wird; die Annahme des eingeklagten Teiles ist Pflicht des Klägers; es handelt sich nicht um Annahme von Teilzahlungen (§ 266). Hiermit ist die Frage noch nicht entschieden. In letzter Reihe hängt die Entscheidung von dem Wesen der Aufrechnung ab. Geht man von dem Standpunkte der objektiven Rückwirkung der Aufrechnung aus, so daß also die Forderungen im Augenblick ihres Gegenübertretens als erloschen gelten

würden, so würde das Erlöschen der beiden Forderungen als vor der durch die Einklagung erfolgten Teilung erfolgt gelten, der eingeklagte Teil der klägerischen Forderung ungetilgt übrig bleiben. Diesen Standpunkt der objektiven Rückwirkung enthält aber das BGB. nicht. Das BGB. kennt nur den Grundsatz der subjektiven Rückbeziehung. Dies wird im § 389 dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß gesagt wird, die Forderungen gelten als erloschen. Die Aufrechnung vollzieht sich mit der Erklärung. Der Grundsatz der subjektiven Rückbeziehung darf nicht überspannt und dem im Gesetze selbst mittelbar zum Ausdrucke gelangten Grundgedanken, daß die Aufrechnung nur von ihrer Erklärung an wirken könne, nicht jede rechtliche Bedeutung versagt werden. Dies gilt insonderheit für den vorliegenden Fall. Durch die Einklagung eines Teiles der ganzen Forderung sind jedenfalls in gewissen Grenzen zwei voneinander unabhängige selbständige Teilforderungen entstanden. Gegen die eingeklagte ist die in der Gegenwart sich vollziehende Aufrechnung gerichtet. Nimmt man die selbständige Natur der eingeklagten Forderung an, so kommt beim Vorhandensein mehrerer Forderungen § 396 BGB. über die Aufrechnung bei Vorhandensein mehrerer Forderungen in Betracht. Ebenso SeuffA. **62** 97 (Bamberg).

3. Eventualaufrechnung (s. JDR. **5** §§ 387, 388 Ziff. 4). *Busse. Aufrechnung ist ein Surrogat der Erfüllung, ausgestattet mit gesetzlicher facultas alternativa („kann" aufrechnen § 387, sc. anstatt zu erfüllen). Das Surrogat besteht — Geldschuld unterstellt — darin, daß statt der numeratio pecuniae das Opfer der Gegengeldforderung gebracht wird. Der geeignete Aufrechnungserlöschungstatbestand muß also alle diejenigen Tatsachen enthalten, deren Zusammentreffen das Opfer der Gegenforderung (d. i. eben ihre Aufrechnung — ökonomischen Verlust) wiedergibt. Im Gegensatze zu § 387, der mit dürren Worten zur Befugnis und Möglichkeit der Aufrechnung verlangt, daß zwei Personen einander Leistungen schulden, d. h. daß beide Forderungen bestehen, findet Stölzel den Erlöschungstatbestand bereits in a) der Aufrechnungserklärung mit b) geeigneter unstreitiger Gegenforderung gegenüber der streitigen Klageforderung. In logischer Konsequenz müßte er dann aber auch damit das Opfer der Gegenforderung, also ihre Aufrechnung als geschehen betrachten und weiter den Schluß ziehen, daß im Falle des Nichtbestehens der streitigen Klageforderung die Gegenforderung ohne rechtlichen Grund geopfert ist, wie die pecunia numerata bei Zahlung einer Nichtschuld, und daß somit condictio indebiti vorliegt. Diese Folge zieht aber Stölzel nicht, macht vielmehr das Opfer der Gegenforderung wieder abhängig vom Bestande der Klageforderung, verlangt also zum Tatbestande, der das Opfer der Gegenforderung, also das eigentliche Tilgungsmoment wiedergeben soll, plötzlich wieder den Bestand der Klageforderung und erklärt damit seinen eigenen Aufrechnungserlöschungstatbestand für ungenügend, um das Opfer der Gegenforderung, nämlich ihre Aufrechnung zu bewirken. Ist ohne weiteres einleuchtend, daß der Aufrechnungserlöschungstatbestand doch eben die Aufrechnung, d. i. das Opfer (wenn man im gesetzlichen Begriff Aufrechnung nicht nur ein bedeutungsloses Wortspiel findet) der Gegenforderung enthalten muß, so begeht Stölzel den Widerspruch, daß er mit seinen zwei Voraussetzungen (zu a u. b oben) „Aufrechnung" annimmt, nachher aber wieder „Aufrechnung" verneint. Der Prozeß ist zur Entscheidung auf Grund der Aufrechnung völlig unreif, wenn noch gar nicht feststeht, ob sie eigentlich erfolgt ist, vielmehr noch eine Feststellungsklage darüber angestellt werden muß. Der Bestand der Klageforderung gehört zum Erlöschungstatbestand. Während die Beweiserhebungstheorie das Interesse des Beklagten nicht verletzt, schlägt die Stölzelsche Theorie dem Interesse des Klägers ins Gesicht. Beklagter, der nur Prozeßbeendigung unter Opfer der Gegenforderung erreichen will, schafft die nach ersterer erforderliche prozessuale Feststellung der Klageforderung und erübrigt die Beweiserhebung durch die in der Praxis (insbes. wegen § 532 ZPO.) alltägliche Erklärung, daß er die Klage-

forderung zwar nicht anerkennen könne, sie aber nicht bestreiten wolle (§ 138 Abs. 2 ZPO.). Liegt dem Beklagten aber etwas an seiner Forderung, so muß er nach Stölzel im Wege der Klage aus § 280 ZPO., die nach § 11 GKG. größere Kosten als die nach Beweiserhebungstheorie gebotene Entscheidung auf die Leistungsklage selbst verursacht, vorgehen oder sogar im gesonderten Prozesse, der noch teurer ist. Sogar das Interesse des Beklagten ist also durch die Beweiserhebungstheorie besser gewahrt. Kläger aber muß sich nach Stölzels Theorie gefallen lassen, daß seine Klage ohne jede Prüfung ihrer Begründetheit abgewiesen wird, obschon Beklagter nach dem maßgebenden Urteile (§ 322 Abs. 2 ZPO.) nicht das geringste Opfer, insbes. nicht das Surrogat der Zahlung, das Opfer der Gegenforderung gebracht hat. Es besteht sogar die Möglichkeit, daß Beklagter immer wieder auf einem bloßen Wortspiel eine und dieselbe Gegenforderung gegen eine ganze Reihe von Klageforderungen des Klägers ins Feld führen kann, damit durchdringt „sie völlig wirkungslos macht", und daß sogar noch am Schlusse seine Gegenforderung triumphierend fortbesteht, weil nämlich kein Judikat vorliegt, das über den Verbrauch entscheidet und somit der Bestand der Gegenforderung unangetastet bleibt. — Bei der Entscheidung über die Aufrechnung wird über zwei selbständige Schuldverhältnisse, die auch durch die Aufrechnung nicht zu einem verschmelzen, entschieden. Das Opfer, der Untergang des Gegenforderungsschuldverhältnisses — als Erlöschungsgrund das Primäre — zieht ipso jure die Folge des Aufgerechnetseins, des Unterganges des Klageforderungsschuldverhältnisses nach sich, den Tilgungserfolg. Stölzel entscheidet aber zuerst über das Sekundäre, den Tilgungserfolg, dann erst über das Primäre, den Erlöschungsgrund und versetzt dadurch die beiden der Rechtskraft fähigen Entscheidungen in die Urteilsformel. — Für die Frage, ob die Aufrechnungserklärung eine Prozeßhandlung ist, und für die Kostenfrage ist zu beachten, daß das Gegenüberstehen zweier aufrechenbarer Gegenforderungen nach dem BGB. nicht mehr ein Leistungsverweigerungsrecht begründen, das mit der Prozeßhandlung der Einrede geltend zu machen wäre, sondern daß die Aufrechnung ein Tilgungsakt wie die Zahlung geworden ist, der durch den materiell-rechtlichen Akt der Aufrechnungserklärung — analog der numeratio pecuniae, die ebensowenig je Prozeßhandlung sein kann — vor sich geht und im Prozeß als gegebene Tatsache mit dem Tilgungseinwand geltend gemacht werden muß, aber allerdings konkludent im Vorbringen des dann nach materiell-rechtlicher Bedeutung angesehenen Einwandes gefunden werden kann.

4. *Mez, ABürgR. **30** 47 ff. Im Giroverkehre können die Forderungen einer Bank gegen einen Kontoinhaber ohne dessen Einwilligung erst nach Beendigung des Giroverhältnisses gegen das Guthaben aufgerechnet werden.

5. **RG.** (Straff.) DJZ. **07** 540 über den Einwand der Aufrechnung gegenüber der Unterschlagung.

6. Aufrechnungsvertrag. ElsLothJZ. **07** 191 (Colmar). Die Parteien können vereinbaren, daß gegen eine Forderung eine erst zur Entstehung gelangende Gegenforderung aufgerechnet werden soll.

7. Aus der Praxis. a) **RG.** (Straff.) BayRpflZ. **07** 19. Keine Aufrechnung zwischen einem Forderungsanspruch und einem dinglichen Anspruche. **b) RG.** JW. **07** 12. Keine Aufrechnung von Ansprüchen des Erstehers gegen Ansprüche des Realgläubigers. Es fehlt die Voraussetzung der Aufrechnung, daß zwei Personen einander Leistungen verschulden. Die an der Zwangsversteigerung beteiligten Gläubiger haben — abgesehen von § 118 ZVG. — keinen Anspruch auf Zahlung gegen den Ersteher, mit dem sie in gar keinem Vertragsverhältnisse stehen, sondern nur ein Recht, nach den für das Zwangsverfahren gegebenen Vorschriften wegen ihrer Forderungen befriedigt zu werden. **c)** R. **07** 1316 (Hamburg). Gegen einen Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens, bei dessen Hingabe der

Darlehnsempfänger erklärt hat, er werde in einigen Tagen das Geld zurückzahlen, kann der Schuldner nicht mehr mit einer älteren Gegenforderung aufrechnen; vielmehr liegt in einer solchen Erklärung ein Verzicht auf Aufrechnung. **d)** SächsAnn. **28** 527 ff. (Dresden). Aufrechnung des als Hypothekengläubiger bei der Zwangsversteigerung ausgefallenen Erstehers gegenüber einer Eigentümergrundschuld des Subhastaten. Vgl. JDR. **5** §§ 387, 388 Ziff. 8 d.

§ 389. 1. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Bei den rückbezüglichen Fiktionen soll das bisherige Rechtsverhältnis so angesehen werden, als habe es nicht bestanden (resolutio ex tunc), daher können z. B. gezahlte Zinsen bei der Aufrechnung als gezahlte Nichtschuld zurückgefordert werden.

2. DJZ. **06** 1156 (Braunschweig). Nach § 389 bewirkt die Aufrechnung, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. Dies war am 14. April der Fall. Der Umstand, daß die Forderung des Klägers erst am 1. Juli fällig war, steht dem nicht entgegen; die Beklagten konnten schon am 14. April leisten (§§ 271, 387 BGB.).

3. **RG.** JW. **07** 47. Die Aufrechnungserklärung einer deutschen Firma gegenüber dem Prozeßbevollmächtigten einer ausländischen Firma vor einem deutschen Gerichte bestimmt sich nach deutschem Rechte.

§ 390. PucheltsZ. **07** 269, ElsLothJZ. **07** 191 (Colmar). Im Falle des § 390 Satz 2 muß derjenige, dessen Forderung verjährt ist, die Aufrechnung erklären, nicht aber der Gegner des Inhabers der verjährten Forderung.

§ 392. OLG. **14** 175 (Hamburg). Aufrechnung des Grundeigentümers gegen eine Hypothekenforderung trotz Pfändung der Hypothek.

§ 393. RG. R. **07** 696. Diese Bestimmung findet Anwendung nur dann, wenn der Anspruch aus der unerlaubten Handlung erwachsen ist, dagegen nicht auch, wenn die Forderung bereits auf Grund eines Vertragsverhältnisses bestand. — **RG.** ElsLothJZ. **07** 161. Keine Aufrechnung gegenüber einer Schadensersatzforderung wegen Sachwuchers; s. unten § 826.

§ 394. 1. Fromherz, DJZ. **07** 1248. Die dem § 394 entgegenstehenden Vorschriften der landesgesetzlichen Gesindeordnungen sind rechtsgültig.

2. SchlHolstAnz. **07** 90 (Hamburg) s. schon JDR. **5** § 394 Ziff. 2, HansGZ. **06** Beibl. 284.

3. **RG.** JW. **07** 510. Auch gegen einen Aussteueranspruch ist die Aufrechnung zulässig.

4. **a)** NaumburgAK. **07** 85 (LG. Stendal) verneint die Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Forderungen gegeben ist, weil der wirtschaftliche Erfolg der gleiche ist wie bei der Aufrechnung. **b)** NaumburgAK. **07** 52 (LG. Halle) hält das Zurückbehaltungsrecht gegenüber einer Lohnforderung für zulässig. **c)** S. im übrigen o. zu § 273 Ziff. 4, 5.

§ 396. 1. **RG. 66** 266, JW. **07** 171, DJZ. **07** 427, SchlHolstAnz. **07** 129 ff. Anwendung des § 396 bei Einklagung von Teilbeträgen s. oben §§ 387, 388 Ziff. 2.

2. ElsLothJZ. **07** 191 (Colmar). Hat der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Teil die Forderungen bestimmen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollen. Bei dieser Bestimmung hat es sein Bewenden, wenn nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht. Im Falle des Widerspruchs greift bezüglich der Aufrechnung die Regel des § 366 Abs. 2 Platz.

Vierter Titel. Erlaß.

§ 397. 1. WürttJ. **19** 69 (Stuttgart). Der zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschlossene Vertrag, wodurch das Nichtbestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (§ 397 Abs. 2 BGB.), kann in einem doppelten Sinne vorkommen: es kann die Absicht der Parteien sein, ohne Rücksicht darauf, ob die durch den Vertrag betroffene Forderung besteht oder nicht, sie durch Anerkennung ihres Nichtbestehens zur Tilgung zu bringen, oder aber es kann der Wille der Parteien darauf gerichtet sein, durch ihre übereinstimmende, zum Vertrage sich zusammenschließende Erklärung das Nichtbestehen der Schuld als der Wirklichkeit entsprechend festzustellen. Besteht im letztgenannten Falle die als nichtbestehend anerkannte Forderung trotzdem zu Recht, so ist der von den Parteien beabsichtigte rechtliche Erfolg, nämlich die Feststellung der wirklichen Rechtslage, nicht erreicht worden. Die gemäß § 812 Abs. 2 GBB. in dem Anerkenntnisse des Nichtbestehens der Forderung zu erblickende Leistung ist in diesem Falle ohne rechtlichen Grund erfolgt und der Schuldner demgemäß (nach Abs. 1 das.) zur Wiederherstellung des durch den negativen Anerkennungsvertrag zur Erlöschung gebrachten (§ 397 Abs. 2) Schuldverhältnisses verpflichtet. — Was die Beweislast im Falle der Erhebung einer derartigen Klage betrifft, so hat der klagende Gläubiger neben dem Nachweise, daß die als nicht bestehend anerkannte Forderung doch bestanden habe, zu beweisen, daß der negative Anerkennungsvertrag nichts anderes als eben die Feststellung der wahren Rechtslage bezweckt habe, und das schließt in sich, daß von ihm das Nichtvorhandensein jedes anderen, dem Vertrage möglicherweise sonst unterliegenden Zweckes zu erweisen ist.

2. *Lacmann, ABürgR. **31** 45 ff., über die rechtliche Bedeutung der Quittung. Vgl. o. zu § 368 Ziff. 1 und u. § 781 Ziff. 1.

3. R. **07** 1316 (Breslau). Bei Einklagung einer Teilforderung wirkt der Einwand des Zwangsvergleichs nicht geteilt. Es muß vielmehr festgestellt werden, welcher Betrag bei dem eingeklagten Teile noch nach der Abrechnung des infolge des Erlasses fortfallenden Betrags von der ganzen Forderung übrig bleibt

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Vorbemerkung: Im wesentlichen sind es schon bekannte Tatbestände und Typen, die von neuem in der Rechtsprechung zur Erörterung gelangt sind, fast durchgehends an frühere Ergebnisse anknüpfend und sie bestätigend. So wird an der Abtretbarkeit künftiger Forderungen (§ 398 Ziff. 7) festgehalten und auch in der Beurteilung der fiduziarischen Zession (Ziff. 8) kaum ein neuer wesentlicher Gesichtspunkt beigebracht. Der Anspruch auf Auszahlung von Baugeldern (§ 399 Ziff. 2) wird wie das Darlehnsversprechen (Ziff. 3) von Fall zu Fall auf die Abtretbarkeit hin untersucht. In der Frage, wann ein Schuldner den gesetzlichen Übergang im Sinne des § 407 kenne, widersprechen die OLG. Stuttgart und Düsseldorf in bemerkenswerter Weise dem RG. (§ 407 Ziff. 2 b α u. β). — Einigermaßen neuartig sind die praktisch bedeutsamen Einzelfälle zu § 398 Ziff. 10; namentlich die häufig im Verkehre der Banken auftauchende angebliche „Abtretung" eines Kontoguthabens durch Gutschreibungen auf den Namen eines Dritten wird zutreffend vom RG. beleuchtet (§§ 398 Ziff. 10 b u. 403). — Fast vollständig in den Hintergrund tritt diesmal die Literatur. Nur zur fiduziarischen Zession (§ 398 Ziff. 8) und über den § 412 (Schulz, Rückgriff) hat sie sich vernehmen lassen.

§ 398. 1. Würzburger, Über die Haftung des Zedenten für Güte und Einbringlichkeit einer Forderung, GruchotsBeitr. **51** 721 ff., s. unten zu § 438 Ziff. 1.

2. Aufhören des Gläubigerrechts (s. JDR. **5** Ziff. 2 a, **4** Ziff. 1 a, **3** Ziff. 1 a). a) **RG.** JW. **07** 478 Ziff. 8. Gegen den Zedenten, welcher vor der

Klagezustellung seine Forderung gegen den Kläger abgetreten hat, ist die negative Feststellungsklage unzulässig. Das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Kläger gehört dann der Vergangenheit an, ohne daß er für sich noch irgendwelche Rechtsfolgen aus demselben ableitet. **b)** **RG.** R. **07** 376. Auch wenn die Zession zur Deckung einer Warenschuld, also an Erfüllungsstatt oder erfüllungshalber geschehen ist, so sind damit dennoch die Gläubigerrechte auf die Zessionare übergegangen; die Forderung ist in der bezeichneten Höhe aus dem Vermögen des Klägers ausgeschieden und dieser nicht mehr berechtigt, sie geltend zu machen, auch nicht im Wege der Feststellungsklage. **c)** Abtretung nicht bestehender Forderungen. ElsLothJZ. **07** 18 (Colmar). Der eine nicht mehr bestehende Forderung betreffende Abtretungsvertrag ist auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet und nach § 306 nichtig.

3. Wirkung der Abtretung auf den Prozeß (s. JDR. **4** Ziff. 1b, **3** Ziff. 1 b). **RG.** JW. **07** 337 Ziff. 17. Die Abtretung während des Prozesses hat zwar in prozessualer Hinsicht keinen Einfluß, wohl aber materiell. Mit dem durch die Abtretung bedingten Verluste des Rechtes, über die abgetretene Forderung zu verfügen, verliert der abtretende Kläger auch im Prozesse den Anspruch auf Zuerkennung der Forderung an sich, jedenfalls dann, wenn dieses vom Beklagten, dem die Abtretung mitgeteilt worden ist, geltend gemacht wird. Zur Vermeidung der Klagabweisung muß der Kläger nunmehr seinen Antrag auf Zahlung an den Zessionar richten. Vgl. zu § 265 ZPO.

4. Abtretung beim Vinkulationsgeschäfte. Breit 222 ff. (s. oben zu § 243 Ziff. 2 **a**) nimmt gegen Flechtheim 128 (s. auch bei Breit 98 ff.) an, daß die Zession der Kaufpreisforderung beim Vinkulationsgeschäfte nicht nur die natürlichste und einfachste Form für die Legitimation des Bankiers zur Einziehung des Betrags ist, sondern auch diejenige, die seine Interessen am besten wahrt, und daß mit jeder Vinkulation im Fazit die Abtretung der Kaufpreisforderung verbunden, mithin der Importeur berechtigt ist, aus der Tatsache der Vinkulierung auf die Abtretung zu schließen (225/6). Die Abtretung der Kaufpreisforderung ist demnach ein Naturale der Vinkulation. Der Vinkulant steht dem Käufer nicht nur als Besitzer und Eigentümer der Kaufsache, sondern gleichzeitig als Zessionar der Kaufpreisforderung gegenüber. Vom Zeitpunkte der Vinkulierung ist der Importeur nur noch Schuldner des Bankiers (227).

5. Abtretung von Auseinandersetzungsansprüchen (s. JDR. **5** Ziff. 1 a). **RG.** R. **07** 1317 Ziff. 3286. Werden einem Gläubiger von dem Schuldner Anteile an einer GmbH., ohne daß an diese eine Benachrichtigung erfolgt, übertragen, mit der Vereinbarung, daß die bei Liquidation der Gesellschaft auf die Anteile entfallenden Beträge auf die Forderung des Gläubigers anzurechnen seien, so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn angenommen wird, daß in dem Verhältnisse des Gläubigers zum Schuldner allein der erstere hinsichtlich der abgetretenen Stammanteile und der darauf entfallenden Geldbeträge verfügungsberechtigt ist, so daß, wenn an den Schuldner auf die Stammanteile von der Gesellschaft Gelder gezahlt werden, der Schuldner diese Gelder als dem Gläubiger gehörig zu betrachten und wie ein Treuhänder damit zu verfahren hat.

6. Formlosigkeit der Abtretung (s. JDR. **5** Ziff. 2 b, **3** Ziff. 1 c). **a)** Annahme der Abtretungserklärung. **RG.** JW. **07** 329, R. **07** 634 Ziff. 1299. Jede Willensbetätigung genügt, aus welcher hervorgeht, daß die Klägerin den Abtretungswillen des Zedenten sich angeeignet habe. Auch das bloße Schweigen kann in diesem Sinne gedeutet werden, wenn nach der ganzen Sachlage anzunehmen ist, daß damit die Zustimmung hat ersichtlich gemacht werden sollen. Es kommt in Betracht, daß es sich vorliegend nicht um eine Verpflichtung

handelt, welche die Klägerin übernehmen sollte, sondern um eine unentgeltliche Zuwendung, bei der nach der Auffassung des Lebens eine besondere Annahmeerklärung nicht erwartet, die Zustimmung vielmehr als selbstverständlich angesehen wird. **b) RG.** JW. **07** 330 Ziff. 5. Übergabe des Schuldscheins ist zur Abtretung der Forderung nicht erforderlich. **c) RG.** R. **07** 1399 Ziff. 3478. Auch bei verbrieften Forderungen genügt zur Übertragung regelmäßig ein formloser Vertrag; daher wird bei Schenkung einer solchen Forderung die Leistung des Schenkers schon durch die formlose Abtretung der Forderung bewirkt.

7. Abtretung künftiger Forderungen (s. JDR. **5** Ziff. 4 u. die dortigen Verweisungen). **a) RG.** JW. **07** 707 Ziff. 11, DJZ. **08** 77, BankA. **7** 76 Ziff. 3, R. **07** 1316. An der Abtretbarkeit künftiger Forderungen ist festzuhalten. Wenn auch ohne das Vorhandensein eines Gegenstandes die Begründung eines dinglichen oder dem dinglichen entsprechenden Verhältnisses logisch undenkbar ist, so folgt daraus für die der gedachten Welt angehörenden Rechte lediglich, daß die Abtretung zukünftiger Forderungen nur ex tunc, d. h. erst im Augenblicke der Entstehung dieser Forderungen die gewollte dingliche Wirkung übt. Dagegen erscheint es nach dem Wesen der Willenserklärung logisch wohl denkbar, daß sie (die Abtretung) schon vor dem Zeitpunkt, in welchem die Rechte existent werden, mit dem Erfolg abgegeben wird, daß sie im Augenblicke des Existentwerdens der Rechte auf diese wirksam wird und sie unmittelbar ergreift. (Trotzdem ist in dem besonderen Falle die Wirksamkeit der Abtretung verneint worden, weil die Abtretung zu allgemeiner Art sei, in jeder Richtung der erforderlichen Bestimmtheit und Bestimmbarkeit der zukünftigen Forderungen entbehre und die dadurch hervorgerufene Ungewißheit des Inhalts und Gegenstandes des Rechtsgeschäfts um so größer werde, als die Abtretung zum Teil mit zur Deckung zukünftiger, ebenfalls völlig unbestimmter Forderungen des Zessionars dienen solle. Vgl. o. zu § 310) **b)** ThürBl. **07** 170, DJZ. **07** 76, R. **07** 56 (Jena). Künftige Forderungen, d. h. solche, zu denen noch nicht einmal der Grund gelegt ist, deren Entstehung vielmehr nur als möglich vorausgesetzt wird, können mit der Wirkung abgetreten werden, daß sie mit ihrer Entstehung unmittelbar in das Vermögen des Zessionars übergehen. Trotz der dagegen erhobenen konstruktionellen Bedenken (vgl. insbes. JDR. **3** Ziff. 2) muß die Abtretung zulässig sein, weil sie von den Verkehrsbedürfnissen gefordert wird und weil der gewiß mögliche Mißbrauch durch faule Schuldner eher ertragen werden kann, als die Unterdrückung der Interessen redlicher Personen, die in ihren künftigen Forderungen den einzigen Vermögenswert besitzen, mit dem sie das ihre persönliche Leistungsfähigkeit befruchtende Kapital im Wege des Kredits flüssig machen können. **c)** R. **07** 507 SächsRpflA. **07** 109 (Dresden). Eine künftige Forderung kann, selbst wenn ihre Entstehung nur erst als möglich vorausgesetzt wird, abgetreten werden mit der von selbst eintretenden Wirkung, daß sich die Rechtsänderung, wenn nichts anderes vereinbart ist, unmittelbar an den Abtretungsvertrag und nicht erst an die nachmalige Entstehung der Forderung knüpft. **d)** Abtretung noch nicht fälliger Forderungen. **RG.** BayRpflZ. **07** 414/415, R. **07** 1134 Ziff. 2712. Die zwar erst mit der Beendigung und Abnahme fällig werdende Werkmeisterforderung (§ 641) kann schon vorher abgetreten und ganz oder teilweise bezahlt werden. **e)** ThürBl. **07** 179 (Jena). Genügend bestimmt ist die Zession, wenn „alle durch zukünftige Lieferungen an die Abnehmer R.s entstandenen Forderungen" abgetreten werden und der Ausdruck „Lieferungen" sich auf alle aus den verschiedenen, den Parteien bekannten Geschäftsbetrieben R.s erwachsenden Forderungen bezog.

8. Fiduziarische Abtretung (vgl. JDR. **5** Ziff. 4 u. die dortigen Verweisungen). **a)** Allgemeines. Insbesondere vom Inkassomandat. α. Wendt, AcivPr. **101** 279 ff. (s. oben zu § 242 Ziff. 1 a), über die fiduziarische Rechtsübertragung gegen das Bestreiten der Aktivlegitimation

durch Schöninger (vgl. JDR. 3 Ziff. 3 b α). Bloß mit dem Aufdecken des Inkassozwecks ist für den Beklagten noch keinerlei Zahlungsweigerung begründet. Solange er sonst nichts im Schilde führt, hat es für ihn keinen Wert, sich mit jenem Beweise zu belasten. Trotz WO. Art. 82 berechtigt der Nachweis des Inkassozwecks des Indossaments den Schuldner doch, sich auch dem Indossatar gegenüber mit Einreden aus der Person des Indossanten zu verteidigen. Die exceptio doli generalis ist hier das richtige Mittel, auf die Rechtsverfolgung durch den Indossatar abschwächend und berichtigend einzuwirken. — Weitere Polemik gegen Staub und Schöninger aaO. 287 ff. β. *Müller, SeuffBl. 07 907 ff. Die Inkassozession hat die Wirkungen einer Forderungsübertragung nicht; da bei der Inkassozession ein Wechsel der materiellen Gläubigerschaft nicht gewollt ist, so ist die Erklärung, daß der Inkassozessionar dem Schuldner gegenüber als Gläubiger gelten soll, wenn sie auch eine ernstlich gemeinte Erklärung ist, dennoch mangels des Willens, daß der Erklärungsempfänger Gläubiger sein soll, keine Zessionserklärung. γ. Küster, JW. 07 161—163, verneint die Frage, ob der Winkeladvokat, insbesondere der Inhaber eines Inkassobureaus, berechtigt sei, eine fremde Forderung auf Grund einer ihm von dem Gläubiger ausgestellten Zessionsurkunde für Rechnung des Gläubigers in eigenem Namen gegen den Schuldner einzuklagen. Mag die Abtretung der Forderung als fiduziarische gewollt oder mag sie zwar zum Scheine geschehen sein, aber ein durch die Scheinabtretung verdecktes, ernstlich gewolltes und insofern gültiges Inkassomandat vorliegen, — in beiden Fällen ist die Abtretung nichtig, weil sie nur die Prozeßvollmacht ersetzen soll und dem Zwecke dient, die Anwendung des § 157 Abs. 2 ZPO. auszuschließen —, sie stellt eine Umgehung dieser Bestimmung dar. Diese Umgehung aber ist unerlaubt. Deshalb sind die Geschäfte nichtig. Dem Kläger fehlt die Aktivlegitimation. **b)** Wirkungen. Verhältnis zum Scheingeschäfte und zur Anfechtung. α. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 818, SeuffBl. **07** 650. Der Gläubiger, dem zur Sicherung seiner Darlehnsforderung der Schuldner seine Lebensversicherungspolice abtritt, wird zwar nach außen hin, insbesondere der Versicherungsgesellschaft gegenüber, vollberechtigter Inhaber der Police, darf aber von der dadurch ihm gegebenen Möglichkeit, über die Ansprüche aus der Police zu verfügen, nur nach Maßgabe des über die Sicherheitsbestellung geschlossenen Vertrags Gebrauch machen. Ob dieses Rechtsverhältnis als Auftrag aufgefaßt werden kann, muß wegen § 671 (Widerruflichkeit) zweifelhaft erscheinen. Für die Befriedigung gelten im allgemeinen die ähnlichen Voraussetzungen, wie für den Fall des Pfandrechts an Rechten (§ 1277). Immer aber bleibt im besonderen Falle zu entscheiden, ob der Gläubiger berechtigt ist, die Police zu kündigen. (Bejaht in einem Falle, wo der Schuldner in Vermögensfall geriet.) Da infolge der Nichtzahlung der Prämien die Möglichkeit, künftig einmal die Versicherungssumme zu erlangen, nicht gegeben war, so handelte der Gläubiger zweckmäßig, wenn er den Betrag der Schuld und damit den der geschuldeten Zinsen durch die Kündigung der Versicherung minderte. β. ThürBl. **07** 175 ff. (Jena). Die Abtretung zum Zwecke der Sicherung hat gerade die Aufgabe, dem Zessionar gegenüber der Konkurrenz anderer Gläubiger seine Ansprüche zu gewährleisten. Es ist also verfehlt, daraus, daß die Vertragschließenden das Sicherungsgeschäft im Hinblick auf einen möglichen wirtschaftlichen Zusammenbruch des Zedenten vorgenommen haben, den Schluß zu ziehen, daß es gegen die guten Sitten verstoße. Eine etwa geschehene Benachteiligung der Gläubiger könnte nur auf dem Wege der Anfechtung beseitigt werden. γ. PuceltsZ. **07** 667 (Colmar). Keine simulierte, sondern fiduziarische Abtretung liegt vor, wenn Zedent und Zessionar darüber einig sind, daß letzterer im Verhältnisse zum Schuldner als Eigentümer der Forderung gelten, daß aber im Verhältnisse zum Zedenten dieser der Eigentümer

bleiben und der Zessionar ihm das, was er im Prozesse beitreiben würde, ganz oder teilweise abliefern solle. δ. Die JDR. **5** zu § 398 Ziff. 4 b d zit. Entsch. des OLG. Dresden s. jetzt auch R. **07** 125.

9. *Rieck, Der Leistungsort des Bürgen 49. Der Leistungsort bleibt unverändert.

10. Aus der Rechtsprechung. a) Übertragung der Wechselrechte gegen den Aussteller auf den befriedigenden Bürgen. **RG.** JW. **07** 745 ff. Ziff. 16, LeipzZ. **07** 912 Ziff. 3, R. **07** 1533 Ziff. 3802. Die nach der Protestierung eines Wechsels bestehenden Regreßrechte nebst dem Anspruche gegen den Akzeptanten können nicht nur durch Nachindossament (WO. Art. 16 Abs. 2), sondern ebenso gut auch durch einfache Abtretung ohne weitere Förmlichkeiten übertragen werden. Wenn der Bürge, der sich der Reichsbank gegenüber für alle vom Aussteller bei ihr zu diskontierenden Wechsel verbürgt hat, der Reichsbank einen solchen Wechsel nach dessen Protestierung bezahlt und ihn sodann ohne jeden Vorbehalt ausgehändigt erhält, so ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte anzunehmen, daß die Reichsbank damit ihre Ansprüche aus dem Wechsel schlechthin, also auch gegen den Akzeptanten, auf den Bürgen übertragen hat. (In die Rechte der Reichsbank gegen den Aussteller war der Bürge schon gemäß § 774 Abs. 1 eingetreten.) Die gleiche Beurteilung will das RG. auch in der JDR. **4** zu § 774 Ziff. 4 d zit. Entsch. zum Ausdrucke gebracht und insbesondere mit den Worten „ohne weiteres" gemeint haben, daß es zur Übertragung der Wechselrechte an den befriedigenden Bürgen keiner weiteren Erklärungen oder Förmlichkeiten, vor allem keines Nachindossaments bedurft habe. — Hierdurch aufgehoben OLG. Hamburg (LeipzZ. **07** 359 ff., BankA. **7** 44 ff.). Das Berufungsgericht hatte den Übergang der Rechte gegen den Aussteller durch die bloße Aushändigung des Wechsels verneint und in eingehender Polemik gegen das RG. insbesondere bestritten, daß der Übergang „ohne weiteres" eintrete, womit das RG. den behaupteten Satz für so selbstverständlich erklärt habe, daß es der Anführung einer Gesetzesstelle zu seiner Rechtfertigung nicht bedürfe. Der Satz folge aber weder aus § 774, noch aus §§ 398 ff. Daß das OLG. die Worte „ohne weiteres" mißverstanden hat, ergibt sich aus obigem. **b)** Begründung und Abtretung eines Kontoguthabens. **RG.** JW. **07** 74, SeuffBl. **07** 436. Dadurch allein, daß der Beklagte ein Konto auf den Namen der Klägerin bei der Bank anlegen ließ und daß auf dem Konto Gutschreibungen stattfanden, wurde die Klägerin noch nicht die Gläubigerin des Kontoguthabens, und zwar gleichviel, ob das Übereinkommen zwischen dem Beklagten und der Bank so zu verstehen war, daß der eigentliche und wirkliche Kontoinhaber der Beklagte selbst sein sollte (§ 117 Abs. 2), oder ob der Beklagte sich damit Leistungen an die Klägerin als an einen Dritten versprechen ließ und dabei durch ausdrückliche Vereinbarung mit dem anderen Teile den unmittelbaren Rechtserwerb durch die Klägerin ausschloß (§ 328). Dagegen ist die Forderung des Beklagten an die Bank später durch mündlichen Abtretungsvertrag nach § 398 auf die Klägerin übergegangen. Die Kundgebung des Übertragungswillens und die Annahme der Übertragung ist darin zu erblicken, daß der Beklagte der Klägerin ein an die Bank gerichtetes Schreiben gab, in welchem er die Klägerin ermächtigte, das Konto nach ihrem Belieben abzuheben, und indem er ihr mündlich dazu bemerkte, das Geld solle ein Notgroschen für sie sein, sie könne sich jederzeit davon etwas holen. Daß dieses Schreiben keine Abtretungsurkunde, sondern eine der Bank erteilte Anweisung enthält, ist gleichgültig, da für das Zustandekommen der Abtretung die Ausstellung einer Abtretungsurkunde nicht wesentlich ist (Vgl. u. zu § 403.) c) Stille Zession im Baugwerbe. **RG.** R. **07** 1398. Eine Abtretung im Sinne des § 398 liegt nicht vor, wenn die Übertragung der Forderung — wie z. B. bei der im Baugewerbe (Forderung auf Gewährung von Baugeldern) üblichen, sogenannten „stillen Zession"

(Vereinbarung, daß die Abtretungsurkunde dem Schuldner nicht vorgelegt werden dürfe) — nach dem Vertragswillen des früheren und des neuen Gläubigers nur mit Wirkung im Verhältnisse zwischen diesen beiden, nicht aber auch gegenüber dem Schuldner vereinbart worden ist. Der Beweis, daß dies der Fall sei, ist auch gegenüber den in der Abtretungsurkunde gebrauchten Ausdrücken „Zession, zedieren" usw. zulässig, wenngleich diese Ausdrücke zunächst die Annahme einer vollwirksamen Abtretung begründen. **d)** Mitgiftanspruch. **RG.** JW. **07** 510 ff. Der Aussteueranspruch des § 1620 BGB. ist ebenso wie der entsprechende Anspruch aus § 233 II. 2 ALR. unübertragbar. Dagegen muß die Abtretbarkeit des darüber hinausgehenden Mitgiftanspruchs (§ 1624) für das ALR. anerkannt werden. Für das BGB. wird die Frage nicht entschieden, sondern nur auf das Fehlen einer die Übertragbarkeit ausschließenden Bestimmung und auf die Literatur verwiesen, wonach dieser Anspruch, sofern er im einzelnen Falle die Eigenschaft eines klagbaren Versprechens gewonnen habe, abtretungsfähig sei (Opet, Das Verwandtschaftsrecht nach dem BGB. (1899) 145 Note 21; vgl. zu §§ 394, 1620, 1624 BGB., § 851 ZPO.). **e)** BadRpr. **07** 246 Ziff. 80 (Karlsruhe). Die Abtretung des Versicherungsanspruchs seitens des Versicherungsnehmers an einen dritten Nichtbegünstigten wird regelmäßig ein Widerruf der Begünstigung sein. Vgl. oben zu §§ 330 ff. Ziff. 3.

11. Örtliches Recht (s. JDR. **5** Ziff. 6). **RG. 65** 357 ff., JW. **07** 295, BankA. **6** 243, R. **07** 826. Wenn auch das für den Schuldner einer Kaufpreisforderung geltende Recht — hier das Recht des deutschen BGB. — für die Prüfung der Frage entscheidend ist, ob ein Übertragungsvertrag vorliegt, so sind doch die Vorgänge, in denen ein Übertragungsvertrag liegen soll, soweit sie sich im Ausland unter dortigen Geschäftsleuten abgespielt haben, so zu beurteilen, wie die Beteiligten sie nach ihrer Rechts- und Verkehrsanschauung aufgefaßt haben, nicht wie sie aufzufassen wären, wenn sie in Deutschland von deutschen Geschäftsleuten vorgenommen wären. Enthält die im Auslande vollzogene Begebung eines Wechsels nach Auffassung und Willen der Beteiligten zugleich eine stillschweigend vereinbarte Übertragung der zugrunde liegenden, nach deutschem Rechte zu beurteilenden Kaufpreisforderung — dies ist nach französ. Wechselrechte der Fall —, so liegt der nach dem Rechte des BGB. verlangte Übertragungsvertrag vor, und ist auch nach deutschem Rechte die Kaufpreisforderung mit Wirkung gegen Dritte auf den Wechselnehmer übergegangen.

§ 399. 1. DuChesne, Die Grenzen der Pfändbarkeit von Ansprüchen, BayRpflZ. **07** 165 ff., s. bei §§ 829, 851 ZPO.

2. Anspruch auf Auszahlung von Baugeldern (s. JDR. **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, **1** Ziff. 8). **a)** DuChesne, KGBl. **07** 49 ff., s. unten zu § 607 Ziff. I 1a. **b)** OLG. **15** 14 r, SächsOLG. **28** 83, SeuffBl. **07** 171 (Dresden). Ob der auf Gewährung von Baugeldern gerichtete Darlehnsvorvertrag der Pfändung der Baugeldforderung entgegensteht, wird nicht grundsätzlich entschieden. Es ist z. B. nicht abzusehen, warum ein Gläubiger, auch ohne daß er zu den Baugläubigern gehört, nicht nach Fertigstellung des Baues seine Befriedigung durch Pfändung der noch ausstehenden Baugelderforderung seines Schuldners solle suchen können; und ähnlich verhält es sich unter Umständen, wenn der Bau soweit vorgeschritten ist, daß der Schuldner eine Baugelderrate zu fordern hat. Jedoch sind hierauf bezügliche Einwendungen des Drittschuldners, da die Frage sich nur im Anhalt an den einzelnen Fall und auf Grund eingehender tatsächlicher Feststellungen beantworten läßt, nicht in dem auf die einseitigen Angaben des Gläubigers angewiesenen Beschlußverfahren, sondern nur im förmlichen Prozesse zu prüfen. **c)** **RG.** BayRpflZ. **07** 414/415, R. **07** 1134 Ziff. 2712. Sind Forderungen aus einem Bauvertrage gemäß § 607 Abs. 2 in eine Darlehnsforderung umgewandelt worden und tritt der Gläubiger diese Darlehnsforderung ab, so greift für nach der Abtretung geleistete

Zahlungen § 407 Platz. Eine Ausnahme ist aus dem Grundsatze des § 399, daß die Abtretung keine Veränderung des Inhalts des Schuldverhältnisses zur Folge haben darf, jedoch dann abzuleiten, wenn die Zahlungen nach dem Inhalte des Bauvertrags als Vorschüsse für den Bau bedungen und geleistet worden sind. Die Zahlungen sind dann dem neuen Gläubiger gegenüber trotz Kenntnis des Schuldners von der Abtretung wirksam. **d)** BadRpr. **07** 246 Ziff. 78 (Karlsruhe). Um die Nichtabtretbarkeit der Baugelderforderung handelt es sich nicht, wenn nicht eine Forderung auf Auszahlung von Geldern, die bestimmungsgemäß zu einer noch nicht erfolgten Bauherstellung zu verwenden wären, vorliegt, sondern lediglich eine Forderung für bereits längst ausgeführte und in keiner Weise bemängelte Steinhauerarbeiten. Diese ist abtretbar.

3. Darlehnsversprechen (s. JDR. **5** Ziff. 4). **a)** **RG. 66** 362, JW. **07** 708 Ziff. 12, BankA. **7** 77 Ziff. 4, BraunschwZ. **07** 175, R. **07** 1317. Die Regel, daß der Anspruch aus einem Darlehnsvorvertrage nicht abgetreten werden kann, ist keine absolute Norm; es kann auch das Gegenteil ausgemacht sein. Rechtlich möglich ist die Vereinbarung, daß dem Versprechensempfänger auch eine andere von diesem zu bestimmende Person als Empfangsberechtigter und künftiger Darlehnsschuldner substituiert werden darf. Es ist aber auch denkbar, daß eine Übertragbarkeit des Anspruchs in beschränkterem Umfange durch Vereinbarung begründet wird, daß nämlich hiernach durch Auszahlung des Betrags, welchen der Darlehnsgeber an den „Zessionar" zahlen würde, der „Zedent" Schuldner des Darlehnsgebers werden, dem Dritten aber ein Recht auf die Auszahlung des Geldes an ihn verschafft werden soll. Ob der bloße Anspruch auf Auszahlung der Darlehnsvaluta als nacktes Recht auf die Summenzahlung, abgelöst von der Eigenschaft der Geldzahlung als Leistung credendi causa zediert werden kann, und ob hierbei eine Forderungsübertragung im Rechtssinn überhaupt noch in Frage steht, mag allerdings zweifelhaft sein. Indes unbedenklich ist die rechtliche Wirksamkeit einer Parteivereinbarung anzuerkennen, wonach der Darlehnsgeber sich dem Versprechensempfänger zur Auszahlung der Darlehnsvaluta für Rechnung des letzteren an einen Dritten in dem Sinne verpflichtet, daß dieser Dritte mit der Bestimmung von seiten des Darlehnsnehmers unmittelbar das Recht erwirbt, die Auszahlung des Geldes zu fordern. Ein solcher Anspruch kann nicht bloß durch Anweisung, sondern auch durch eine von vornherein bei dem Vorvertrage zugunsten des Dritten getroffene Abrede gemäß § 328 begründet werden. — Hierdurch aufgehoben OLG. Braunschweig (JDR. **5** Ziff. 4 u. jetzt auch BraunschwZ. **07** 174, R. **07** 126). **b)** OLG. **14** 184 w (Cassel). Der Anspruch aus dem Darlehnsversprechen ist nicht abtretbar, weil die Person des Versprechensempfängers für den Inhalt der Leistung wesentlich ist. **c)** OLG. **14** 184 w (Cassel). Der Anspruch auf Auszahlung des Darlehnsbetrags würde nur in dem Falle für sich allein abtretbar sein, wenn durch die Zahlung an den neuen Gläubiger der Versprechensempfänger Darlehnsschuldner wird. Das ist aber bei der gegen den Willen des Versprechensempfängers erfolgenden Pfändung nicht denkbar. Auch nach § 851 Abs. 2 ZPO. ist die Pfändung nicht möglich. Vgl. ZPO. § 851 Abs. 2.

4. Teilabtretungen (vgl. JDR. **5** Ziff. 5). Die aaO. vermerkte Entsch. des RG. s. jetzt auch in **RG. 64** 120 mit näherer Begründung. Das RG. beruft sich für die Annahme der Unteilbarkeit im vorliegenden Falle noch besonders darauf, daß bei dem Einräumen eines Bierbezugsrechts auf vier im Betrieb einer Wirtschaft erforderliche Biersorten an einen Lieferanten alle die Schwierigkeiten vermieden werden sollen, die bei Einräumen jenes Rechtes an vier Lieferanten über die Höhe des Bezugs der einzelnen Biersorte unvermeidbar sind. Liegt aber nach dem Vertragsinhalt eine solche Unteilbarkeit des bestellten Bierbezugsrechts im

Interesse des Schuldners, so ist durch dessen Teilabtretungen die dem Schuldner obliegende Leistung zu seinen Ungunsten verändert.

5. Gegenseitige Verträge (Anspruch auf Gewährleistung). S. JDR. **3** Ziff. 4. a) Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, insbesondere auf Gewährleistung. Vgl. einerseits (Abtretbarkeit) JDR. **3** Ziff. 4 zu § 399, **4** Ziff. 1, **5** Ziff. 1 b zu § 401 und außerdem **ROHG. 12** 77, **RG. 6** 379, **13** 12; andererseits (kein Übergang des Gewährleistungsanspruchs kraft Gesetzes) JDR. **4** Ziff. 1, **5** Ziff. 1 b zu § 401. b) **RG.** BayRpfl. **07** 108. Zu den Rechten aus zweiseitigen Verträgen, deren Übertragbarkeit zweifellos zulässig ist, gehört auch das Garantieversprechen, das der erste Zedent einer Hypothekenforderung seinem Zessionar (dem zweiten Zedenten) gegeben hat.

6. Dienstverträge (Konkurrenzklausel). PucheltsZ. **07** 21, ElsLothJZ. **07** 199 ff. (KfmG. Straßburg). Eine Zession der Ansprüche auf die Dienstleistung ist ausgeschlossen, da die Fortleistung der Dienste für eine andere Person als den ursprünglichen Dienstberechtigten von dem Willen des Dienstverpflichteten abhängig (§ 613), die Zession aber von dem Willen des Schuldners unabhängig ist. Leistet ein Dienstverpflichteter, nachdem ein anderer in die wirtschaftliche Stellung seines bisherigen Dienstherrn eingetreten ist, für ihn die Dienste im bisherigen Umfange fort, so vollzieht sich stets entweder eine ausdrückliche oder eine stillschweigende Neubegründung eines Dienstvertrags. Daher kann ein mit dem bisherigen Dienstherrn vereinbartes Verbot der Konkurrenztätigkeit nicht kraft Zession auf den neuen Dienstherrn übergehen, wohl aber kann es nach Ablauf der Dienstzeit, entweder durch ausdrückliche Vereinbarung (etwa des Inhalts, daß der Anstellungsvertrag unter den alten Bedingungen weiterlaufe) oder stillschweigend bei Vorliegen bestimmter Tatsachen auch für den neuen Dienstherrn im gleichen Umfang entstehen.

7. § 25 HGB. — BadRpr. **07** 246 Ziff. 78 (Karlsruhe). Unübertragbare Forderungen bleiben auch von dem nach § 25 HGB. eintretenden Übergang auf den neuen Firmeninhaber ausgeschlossen.

§ 400. **RG.** JW. **07** 200, R. **07** 445. Der im § 850 Ziff. 3 ZPO. behandelte sogenannte Kompetenzanspruch ist der Pfändung weder ganz noch zu einem Teile unterworfen (vgl. § 850 Ziff. 3 ZPO.). Er ist daher auch nicht abtretbar.

§ 401. 1. Grunwald, DJZ. **07** 1143. Die Forderung geht unverändert auf den neuen Gläubiger über, wofern sich nicht aus den Umständen klar die persönliche Natur eines Vorrechts ergibt. Dies gilt insbesondere von der durch prozeßrechtlichen Vertrag begründeten Befugnis des Gläubigers, in dem vereinbarten Gerichtsstande zu klagen; im Zweifel ist die Befugnis nicht persönlich, sondern geht mit der Abtretung der Forderung auf den neuen Gläubiger über; wenn sie aber nach Absicht der Parteien ausnahmsweise persönlich ist, dann kann sie auch nicht durch besondere Abtretung auf den neuen Gläubiger übertragen werden, sondern erlischt durch die Zession der Forderung.

2. Recht aus § 648 (s. JDR. **5** Ziff. 3). RheinA. **104** I 92, R. **07** 971 Ziff. 2274 (Cöln). Die Bestimmung des § 401, dessen analoge Anwendung auf andere nicht ausdrücklich erwähnte Nebenrechte allgemein anerkannt wird, ist auch auf das Recht auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 anzuwenden. Denn dieses Recht ist nicht von der Person des Unternehmers untrennbar, womit es für ihn wirtschaftlich unverwertbar wäre, sondern hat einen dinglichen Charakter und bildet ein pfandrechtähnliches Nebenrecht der Werkvertragsforderung, zu deren Verstärkung es dient. S. ferner RheinA. **104** I 132 und u. zu § 648 Ziff. 7c.

3. Übergang des aus einer Erfüllungsübernahme für den Gläubiger gegen den Übernehmer entstandenen Rechtes. a) **RG.** VI 7. 2. 07, **65** 164 ff. (169), JW. **07** 170, SchlHolstAnz. **07** 156, DJZ. **07** 482, R. **07** 1258 Ziff. 3081. Die Bestimmung des § 401 Abs. 1 ist

geeignetenfalls auch auf andere, im Gesetze nicht erwähnte Rechte des bisherigen Gläubigers zur Anwendung zu bringen. Eine solche analoge Anwendung hat insbesondere dann Platz zu greifen, wenn ein Dritter durch einen zugleich zugunsten des Gläubigers geschlossenen Erfüllungsübernahmevertrag neben den ursprünglichen Schuldner als Gesamtschuldner in das Schuldverhältnis eingetreten, er also die Person ist, welche nach seinem und des Schuldners übereinstimmenden Willen in erster Linie für die Bezahlung der Schuld sorgen und hierzu gegenüber dem Gläubiger verpflichtet sein soll. **b)** **RG.** I 16. 10. 07, JW. **07** 746 Ziff. 16, LeipzZ. **07** 912 Ziff. 3, R. **07** 1533 Ziff. 3802 tritt dieser Auffassung, wonach eine ausdehnende und analoge Anwendung des § 401 geboten und dem Willen des Gesetzgebers entsprechend anzusehen ist, bei.

4. Recht am Versteigerungserlöse. **RG. 65** 414 ff. (418), JW. **07** 305, R. **07** 1132. Ebenso wie mit der Forderung die für sie bestehende Hypothek, so geht auch der an die Stelle der durch den Zuschlag gemäß §§ 52 I, 91 I ZVG. (vgl. **RG. 55** 264, **63** 216) erloschenen Hypothek getretene, dem Gläubiger als ein Nebenrecht der Forderung zustehende Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös auf den neuen Gläubiger über.

5. MecklZ. **07** 16 (Rostock). Durch die fiduziarische Abtretung einer Grundschuld seitens eines von mehreren Wechselschuldnern an den Gläubiger entsteht weder ein Pfandrecht (trotz des Pfandzwecks) noch ein sonstiges Nebenrecht, das nach §§ 401, 412, 426 Abs. 2 auf einen anderen den Gläubiger befriedigenden Wechselschuldner mit der Wechselforderung übergehen kann.

6. Über Anspruch auf Gewährleistung (JDR. **5** Ziff. 1 zu § 401) s. oben zu § 399 Ziff. 5.

§ 403. Abtretung und Anweisung. **RG.** JW. **07** 74, SeuffBl. **07** 436. Das an die Bank gerichtete Schreiben, in welchem der Beklagte die Klägerin ermächtigt, das für sie bei der Bank angelegte Konto abzuheben, ist keine Abtretungsurkunde im Sinne des § 403, sondern enthält eine der Bank erteilte Anweisung, an die Klägerin zu zahlen, in Verbindung mit einer der Klägerin erteilten ausdrücklichen Ermächtigung, das Guthaben abzuheben. Allein die getroffenen Vereinbarungen können trotzdem die Abtretung der Forderung zum Inhalte gehabt, die Parteien es aber für zweckmäßig und genügend gehalten haben, wenn Klägerin der Schuldnerin nicht als Abtretungs-, sondern als Anweisungsempfängerin gegenübertrat. Denn für das Zustandekommen der Abtretung ist die Ausstellung einer Abtretungsurkunde nicht wesentlich. Die mündlich vorgenommene Abtretung zieht nur als eine Folge die Verpflichtung nach sich, der Klägerin als der Erwerberin der Forderung eine Urkunde auszustellen; ohne solche ist Klägerin nicht in der Lage, die Forderung nach außen hin vollwirksam als Gläubigerin geltend zu machen (§ 410 Abs. 1). Vgl. o. zu § 398 Ziff. 10 b.

§ 404. **RG.** JW. **07** 742 Ziff. 8, R. **07** 1317. Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger entgegensetzen, daß seine Forderung durch Aufrechnung zwischen ihm, dem Schuldner, und dem bisherigen Gläubiger untergegangen sei. Eine Forderung geht aber nicht schon kraft Gesetzes unter, wenn ihr eine nach § 387 aufrechnungsfähige Forderung des Schuldners gegenübersteht. Die Aufrechnungserklärung muß dem Gläubiger gegenüber erklärt werden. Dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen kann der Schuldner nur, wenn ihm die Vorschrift des § 406 zur Seite steht. S. auch JDR. **5** Ziff. 2.

§ 405. ElsLothJZ. **07** 18 (Colmar). Der im § 405 dem neuen Gläubiger gewährte Schutz wirkt nicht auch gegen — der Ausstellung der Schuldurkunde nachfolgende — Änderungen, die aber noch vor der Abtretung zwischen dem Gläubiger und dem ursprünglichen Schuldner an der Forderung vorgenommen worden sind; lediglich der Einwand des Schuldners ist ausgeschlossen, daß bei der Eingehung

oder Anerkennung des beurkundeten Schuldverhältnisses das Beurkundete nicht gewollt gewesen sei.

§ 406. 1. OLG. **14** 19 (KG.). Die Einwendungen des Schuldners, welcher gegen den Teilzessionar geltend macht, daß der Zedent seiner vertraglichen Pflicht zur Herstellung des Bauwerkes nicht nachgekommen sei und sich daher die zur vertragsmäßigen Herstellung erforderlichen Beträge abziehen lassen müsse, unterstehen nicht den Grundsätzen über die Behandlung der Aufrechnung gegenüber dem Teilzessionar, wie OLG. Marienwerder in SeuffA. **59** 346 annimmt (vgl. JDR. **3** § 406 Ziff. 3). Selbst wenn sie Schadensersatzansprüche wären, würden sie nicht nur die Befugnis einer Aufrechnung gewähren, sondern auch ohne weiteres den Unternehmeranspruch auf den Werklohn verringern (vgl. **RG. 62** 55). Sie sind aber nicht Schadensersatz-, sondern Minderungsansprüche, gerichtet auf Herabsetzung der vereinbarten Vergütung, so daß es sich allein um die Frage handelt, in welcher Höhe die Klageforderung überhaupt erwachsen ist. Eine eventuelle Berechtigung des Teilzessionars, den Schuldner auf den nicht eingeklagten Teil der Forderung zu verweisen, kommt deshalb gar nicht in Frage.

2. Verhältnis zu § 404. Vgl. oben zu § 404.

§ 407. 1. Rechtsgeschäft (s. auch JDR. **3** Ziff. 1). **RG.** JW. **07** 831 Ziff. 8. Unter einem Rechtsgeschäfte, das zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger vorgenommen wird, ist auch die rechtsgeschäftliche Willenserklärung, welche einseitig und empfangsbedürftig ist, zu verstehen, und folgerichtig daher auch die nach § 25 Abs. 2 HGB. erfolgende Mitteilung. Ist diese zwar die Mitteilung einer Tatsache, nämlich der vorhergegangenen Vereinbarung über den Ausschluß der Haftung, so trägt sie darum doch zugleich den Charakter des Rechtsgeschäfts, einer Willenserklärung, welche Rechtsfolgen herbeiführen kann und soll (Goldmann, HGB. Anm. 2 I 2 a zu § 25). S. a. u. Ziff. 3.

2. Von der Kenntnis des Schuldners (s. JDR. **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 1). **a) RG.** R. **07** 569 (offenbar irrtümlich als Entsch. des OLG. Frankfurt zitiert) s. bereits JDR. **5** Ziff. 3. **b)** Kenntnis von dem gesetzlichen Übergange (vgl. insbes. JDR. **4** Ziff. 1 c). α. DJZ. **07** 1091 (Stuttgart) tritt der Ansicht des **RG.** (JDR. **4** zu § 407 Ziff. 1 c α), Kenntnis der kraft Gesetzes erfolgenden Forderungsübertragung sei gleich Kenntnis der den Übergang der Forderung (nach dem Inhalte des Gesetzes) begründenden Tatsachen, nicht bei. Ein Laie kann die Tatsachen, an die das Gesetz den Forderungsübergang knüpft, kennen und trotzdem keine Ahnung haben, daß ein solcher Übergang stattgefunden hat oder stattfindet (er kann z. B. in Fällen des § 140 GewUVG. annehmen, der Verletzte erhalte neben der ihm vom Verletzer zu gewährenden Entschädigung die Unfallrente, oder der Rentenanspruch ermäßige sich um die vom Verletzer zu gewährende Entschädigung u. dgl.). β. RheinA. **104** I 112 ff. (Düsseldorf). Im Gegensatze zu Planck § 406 Anm. 5, § 407 Anm. 5 und zu **RG. 60** 204 — s. JDR. **4** Ziff. 1 c α —: Die Kenntnis des Schuldners vom Übergange der Forderung ist nicht schon dann anzunehmen, wenn er nur den „Tatbestand", d. h. die Tatsachen kennt, an welche die Übertragung kraft Gesetzes geknüpft ist, ohne zu wissen, daß das Gesetz hieran den Forderungsübergang knüpft. (Es genügt also nicht, wenn der auf Grund des § 151 LwUVG. von der Berufsgenossenschaft in Anspruch genommene Schuldner zur Zeit des von ihm mit dem Verletzten geschlossenen Vergleichs gewußt hat, daß der Verletzte Landwirtschaft betreibt, sein Weg zum Markte an seinem (des Schuldners) Hofe vorbeiführt und daß der Verletzte auf diesem Wege Erzeugnisse seiner Landwirtschaft bei sich trug; es würde auch nicht genügen, wenn er gewußt hat, daß der Verletzte infolge des Zusammenwirkens dieser Umstände berechtigt sei, auf Grund des LwUVG. gegen die Berufsgenossenschaft Entschädigungsansprüche zu erheben. Es muß ihm bekannt gewesen sein, daß der Schadensersatzanspruch des Verletzten

gegen ihn auf die Genossenschaft übergegangen sei.) γ. R. **07** 569 (Frankfurt). Hat der Täter ohne Kenntnis des auf Grund des Unfallversicherungsgesetzes eintretenden Überganges der Rechte des Verletzten auf die Berufsgenossenschaft sich auf den Anspruch des Verletzten auf Buße eingelassen, so wird er durch die Zuerkennung der Buße (im Strafverfahren) befreit; hat er aber noch vor der Rechtskraft des Strafurteils Kenntnis davon erlangt, daß der Verletzte auf Grund der Unfallversicherungsgesetze von der Berufsgenossenschaft eine Rente beziehe, so kann er sich auf seinen guten Glauben nicht mehr berufen; § 231 Abs. 2 StGB. kommt dann nicht zugunsten des Täters in Anwendung.

3. **RG.** JW. **07** 831 Ziff. 8. Wenn der neue Gläubiger den Erwerber des Handelsgeschäfts, welcher neben dem alten Schuldner infolge der Geschäftsübernahme für dessen Schuld haftet, auf Grund des § 25 HGB. in Anspruch nehmen will, so erscheint es ungerechtfertigt, dem neuen Schuldner die Befugnisse abzusprechen, welche das Gesetz im § 407 allgemein zugunsten des Schuldners gewährt. Demnach ist die Anwendbarkeit des § 407 nicht deshalb ausgeschlossen, weil die gemäß § 25 Abs. 2 erfolgende Mitteilung von dem vereinbarten Ausschlusse der Haftung (welche ein Rechtsgeschäft ist, vgl. o. § 407 Ziff. 1) nicht von dem derzeitigen „Schuldner", sondern von dem Übernehmer bewirkt worden ist.

4. Über eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 407 vgl. oben § 399 Ziff. 2 c.

§ 408. ThürBl. **07** 179. (Jena.) Der Zedent kann sich dem ersten Zessionar gegenüber nicht auf die zweite Zession berufen.

§ 409. 1. Bloße Behauptung keine Anzeige. **RG.** R. **07** 569 (offenbar irrtümlich als Entsch. des OLG. Frankfurt a. M. zitiert) s. bereits JDR. **5** Ziff. 1.

2. Über die Zustellung einer Forderungsabtretung gemäß Art 1690 C. c. vgl. **RG.** ElsLothJZ. **07** 48.

§ 412. *Schulz, Rückgriff und Weitergriff. Studien zur gesetzlichen und notwendigen Zession (Leonhards „Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechtes" Heft 21) (Breslau 1908). In den Fällen, in denen es sich um Überweisung einer Forderung zu Regreßzwecken handelt, ist die cessio legis eine unrichtige Denkform des Gesetzes. In Wahrheit handelt es sich um einen neuen Anspruch, einen Ersatzanspruch des Regredienten, nicht freilich auf Ersatz der Aufwendungen, die der Regredient gemacht hat (ein solcher ergibt sich vielleicht aus dem besonderen Rechtsverhältnisse zwischen Regredient und Regressat), sondern auf Ersatz der Liberation (das, wovon Regressat frei geworden ist) (40 ff.). Daraus ergibt sich eine gewisse Ähnlichkeit und Abhängigkeit zwischen dem Regreßanspruch und dem untergegangenen Anspruche des Gläubigers gegen den Regressaten, ohne daß doch beide Ansprüche identisch wären (74—88). — Der Regreß ist namentlich gegeben bei Erfüllung fremder Verbindlichkeiten (47 ff). — Begriff der fremden Verbindlichkeit (32 ff.), — sowie zur Erreichung des Ausgleichs unter mehreren fremden Verbindlichkeiten (62 ff.). — Die Klausel „der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden" will nichts weiter sagen als: zwischen Restforderung und Regreßforderung besteht ein Staffelverhältnis, das sich ergibt aus der personenrechtlichen Verbundenheit des Regredienten und Regressaten gegenüber dem Gläubiger; die Regreßforderung soll nicht vollstreckungsmäßig geltend gemacht werden, ehe die Restforderung erfüllt ist (88 ff.). Daher: Jemand hat gegen ein und denselben Schuldner zwei Forderungen, Schuldner hat für die eine Forderung auf seinem Grundstücke die erste, für die andere die zweite Hypothek eingeräumt. Für die durch erste Hypothek gesicherte Forderung besteht außerdem eine Bürgschaft. Tilgt Bürge die erste Forderung vollständig, so kann er seine Regreßforderung nebst Hypothek geltend machen, ohne auf die zweite Forderung Rücksicht nehmen zu müssen (so auch die französische Jurisprudenz, aM. einstimmig die deutsche) (95 f.). — Ver-

hältnis des allgemeinen zum besonderen Regreßanspruche: sie beeinflussen sich gegenseitig, der Satz nemo subrogat contra se gilt auch für den besonderen Regreßanspruch (aus Auftrag, Geschäftsführung), die Einreden gegen den besonderen Regreßanspruch können auch gegenüber dem allgemeinen geltend gemacht werden (103).

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

Vorbemerkung: Die kumulative Schuldübernahme nimmt wie immer den breitesten Raum in Anspruch. Neues scheint kaum mehr zu sagen möglich (§ 414 Ziff. 4); auch schweigt diesmal die sonst hier sehr tätige Literatur. Sehr bemerkenswert ist das Urteil des RG. vom 24. 10. 1907 zu § 416 (Ziff. 1a), in dem sich der 4. Senat, unter Aufgabe seiner früheren Ansicht, vor derjenigen des 5. Senats beugt und die Genehmigung des § 416 auch dann als wirksam erachtet, wenn keine schriftliche Mitteilung vorhergegangen ist. Hoffentlich ist es nicht nur der „horror pleni", der hier bestimmend war. Das OLG. Nürnberg dagegen, das noch nichts von dieser Schwenkung weiß, segelt noch im alten Fahrwasser des 4. Senats. Eine bemerkenswerte Entscheidung des OLG. Dresden (§ 416 Ziff. 3) behandelt das Verhältnis des § 416 zur Übernahme der Schuld bei der Zwangsversteigerung. Im übrigen verdient noch das Material zu § 419 einige Beachtung.

§ 414. 1. Schuldübernahme keine Rechtsnachfolge (s. auch JDR. **3** Ziff. 1 a). HessRspr. 8 19 (Darmstadt). Der Schuldübernehmer ist nicht Rechtsnachfolger im Sinne des § 727 ZPO.

2. Wesen. PosMSchr. **07** 152 (Königsberg). Die Schuldübernahme ist ihrem Wesen nach kein Vertrag zugunsten eines Dritten. Denn der Dritte soll dadurch nicht einen Vorteil erlangen, vielmehr soll der Schuldner dadurch lediglich von einer Schuld befreit werden.

3. Leistungsort. **a)** *Rieck, Der Leistungsort des Bürgen 49. Der Leistungsort bleibt unverändert. **b)** OLG. **14** 21, HansGZ. **07** Beibl. 15, R. **07** 508 (Hamburg). Zu den mitübernommenen Modalitäten der Schuld gehört auch der bis dahin geltende Erfüllungsort. Durch den Eintritt des Übernehmers ist kein neuer Erfüllungsort begründet worden. Er kann also, abgesehen von seinem allgemeinen Gerichtsstande, nur an dem bis dahin geltenden Erfüllungsorte verklagt werden.

4. Kumulative Schuldübernahme (s. JDR. **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 4 b). **a)** Aus der Rechtsprechung (s. insbes. JDR. **5** Ziff. 2 b u. die dortigen Verweisungen). α. Schriftform verlangt. OLG. **14** 21, HansGZ. **07** Beibl. 15, R. **07** 508 (Hamburg). Im Gegensatze zur kausalen Schuldübernahme im privativen Sinne ist die kumulative ein abstraktes, Schriftlichkeit erforderndes Schuldversprechen des § 780. Denn da sie den Grund der Verpflichtung des Übernehmers nicht erkennen läßt und da dieser zu beweisen hat, daß er nach dem seinem Versprechen zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse nicht verpflichtet ist, erscheint sie als abstrakt gewollt. (Vgl. u. § 780 Ziff. 3.) β. BadRpr. **07** 264 Ziff. 94 (Karlsruhe). Wenn die Ehefrau aus ihrer Mitunterzeichnung des Kaufvertrags zunächst als Bürgin, also als akzessorisch Verpflichtete, in Anspruch genommen wird, aber erfolglos, so steht dies der Auslegung entgegen, daß die Ehefrau durch bloße Mitunterzeichnung in die durch den Vertrag für ihren Ehemann begründeten Verbindlichkeiten neben letzterem eingetreten und hiernach eine kumulative formlos gültige Schuldübernahme begründet worden sei. Denn das, was in der Urkunde etwa gefunden werden könnte, würde dem Willen der Erklärenden nicht entsprechen (s. **RG. 57** 260, **62** 172). **b)** § 421 in seinem Verhältnisse zur kumulativen Schuldübernahme (s. JDR. **5** Ziff. 2 c u. die dortigen Verweisungen). α. **RG.** II 23. 11. 06, **64** 318 ff., JW. **07** 47, DJZ. **07** 187, R. **07** 697. Die kumulative Schuldübernahme hat im Zweifel und regelmäßig Bürgschaftscharakter; jedoch dann nicht, wenn

der eintretende Schuldner nicht beabsichtigt, derart für die Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen, daß seine Verbindlichkeit von vornherein und fortdauernd von der Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners abhängig sein soll, wenn also der neue Schuldner eine eigene selbständige Verbindlichkeit übernehmen will, deren Fortbestand von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners unabhängig sein soll. Es fehlt dann an dem Willen, für eine fremde Schuld aufzukommen, und es wird eine selbständige formlose Verbindlichkeit nach § 421 begründet. Um aber auf einen solchen Willen schließen zu können, bedarf es ganz besonderer Umstände. (Solche Umstände liegen bei folgendem Tatbestande vor: Die Klägerin hat dem Vater des Beklagten für die damals von ihm (dem Vater) betriebene Anstalt einen Gasmotor mit Sauggasanlage käuflich geliefert und von dem Kaufpreise noch einen Rest zu fordern. Das ganze Anwesen einschließlich des Geschäfts und des Motors mit Anlage hat später der Beklagte von seinem Vater übernommen und sich hernach gegenüber der Klägerin zur Zahlung des eingeklagten Kaufpreisrestes mündlich verpflichtet. Da die Gläubiger des Vaters von diesem nichts mehr zu erwarten haben, da der Beklagte den Motor in seinem Geschäfte benutzt, da der Motor dem Beklagten die nötige Betriebskraft liefert, so hat der Beklagte ein eigenes Interesse daran, die Klägerin durch Übernahme einer selbständigen Zahlungsverpflichtung von Zwangs- oder Anfechtungsmaßregeln abzuhalten.) β. **RG.** R. **07** 697. Verschieden von der sog. privativen Schuldübernahme der §§ 414, 415 ist der Fall, daß jemand die Schuld eines anderen mitübernimmt, nämlich als Gesamtschuldner neben dem ursprünglichen Schuldner. Hier liegt eine einfache Schuld mitübernahme vor, die weniger passend vielfach als kumulative Schuldübernahme bezeichnet wird; die rechtliche Stellung des ursprünglichen Schuldners bleibt hierbei regelmäßig ganz unberührt. γ. **RG.** SeuffBl. **07** 740, R. **07** 446. Bei der kumulativen Schuldübernahme handelt es sich nicht um Bürgschaft, sondern um Begründung eines nachträglichen Schuldverhältnisses derart, daß neben den ursprünglichen Schuldner noch ein zweiter Schuldner, nicht als selbstschuldnerischer Bürge, sondern als gewöhnlicher Gesamtschuldner (§ 421) tritt. Gerade bei Bauten in den Großstädten wird die Sache häufig so liegen, daß der Unternehmer, der die entsprechenden Verträge mit den Bauhandwerkern abgeschlossen hat, aus irgendwelchen Gründen die Fortsetzung des Baues einem anderen überläßt, der dann seinerseits sich bereit erklärt, auch bezüglich der gelieferten Arbeiten als Besteller zu gelten, wogegen der Werkmeister sich zur Vollendung der ihm übertragenen Arbeiten verpflichtet. Der andere schließt hier einen Vertrag für eigene Rechnung; nicht für fremde Schuld will er einstehen, sondern selbst — neben dem ersten Unternehmer — Schuldner werden. S. a. schon JDR. **5** Ziff. 2c. **c)** Stillschweigende Schuldübernahme. PosMSchr. **07** 152 ff. (Königsberg). Bloß darin, daß der Beklagte in Fortsetzung einer bisherigen langjährigen Übung nach 1900 die Rente fortentrichtet hat, ist keine stillschweigende Schuldübernahme zu erblicken. Aus der fortgesetzten Entrichtung der Rente ist in keiner Weise mit Sicherheit zu erkennen, daß er mit dem Kläger in vertragliche Beziehung hat treten wollen. **d)** Gesamtschuldverhältnis oder Bürgschaft bei Eintritt in den Mietvertrag vgl. unten § 765 Ziff. 8g.

§ 415. 1. Hallbauer, SächsRpflA. **07** 291. Die Verbindlichkeiten aus dem Sicherheitsübereignungsvertrage können nicht ohne Mitwirkung des Schuldner-Übereigners auf den Zessionar übergehen. Doch kann der Schuldner gleich bei der Übereignung erklären, für den Fall der Forderungsabtretung wolle er genehmigen, daß der Zessionar die aus dem Übereignungsvertrag entspringenden Verbindlichkeiten an Stelle des Zedenten übernehme. Schließt dann der Zedent mit dem Zessionar einen Schuldübernahmevertrag nach § 415, so scheidet infolge der anticipando erklärten Genehmigung der Zedent aus dem Schuldverband aus, und es entsteht ein obligatorisches Verhältnis direkt zwischen Zessionar und Übereigner.

2. R. **07** 248 (Frankfurt). Lehnt der Gläubiger die Genehmigung des von einem Dritten mit dem Schuldner vereinbarten Schuldübernahmevertrags ab, so schließt das nicht aus, daß er später auf wiederholte Aufforderung der Übernehmers mit diesem einen Vertrag im Sinne des § 414 vereinbart.

3. Aus der Rechtsprechung. a) **RG.** LeipzZ. **07** 662. Wenn der Geschäftsführer einer GmbHGes. nicht nur in deren Namen eine gemäß § 11 Abs. 2 GmbHGes. bis dahin ihm obliegende Schuld durch Vertrag mit dem Gläubiger auf die Gesellschaft übernimmt, sondern hierbei auch persönlich als seitheriger Schuldner in der Absicht handelt, zugleich seine eigene Entlastung von der Schuld herbeizuführen, also insoweit zugleich persönlich mit der Gesellschaft kontrahiert, so erscheint dieses persönliche Handeln als ein untrennbarer Bestandteil der Schuldübernahme, und diese ist als ein einheitlicher Vertrag im Sinn des § 415 aufzufassen (vgl. **RG. 51** 422). Mangels der beiden im § 181 vorgesehenen Ausnahmefälle enthält die gesamte Schuldübernahme einen Verstoß gegen die Vorschrift des § 181 (vgl. auch **RG. 56** 105). **b)** SeuffBl. **07** 600/601 (BayObLG.). Die in dem Kaufvertrag über ein Gastwirtschaftsanwesen enthaltene Vereinbarung des Eintritts des Käufers in den Bierlieferungsvertrag des Verkäufers ist kein vom Kaufe unabhängiges, selbständiges Rechtsgeschäft im Sinne des Art. 183 Abs. 1 des Gesetzes über das Gebührenwesen, sondern eine untrennbar mit dem Kaufe zusammenhängende Nebenbestimmung, eine „Bedingung" im Sinne des Art. 183 Abs. 2, für die eine besondere Gebühr nicht erhoben werden darf. Denn der Erwerber gibt die Erklärung, daß er in den Bierlieferungsvertrag eintrete, nicht dem Brauer gegenüber ab, sondern er übernimmt dem Veräußerer gegenüber dessen Verbindlichkeit, den Bedarf an Bier ausschließlich von dem Brauer zu beziehen. Für das Verhältnis zum Brauer wird die Schuldübernahme erst wirksam, wenn dieser sie genehmigt. Es liegt also ein Rechtsgeschft zwischen dem Käufer und einer an dem Kaufvertrage nicht beteiligten dritten Person, der Brauereiaktiengesellschaft, überhaupt nicht vor.

§ 416. 1. Die Mitteilung des Veräußerers und die Genehmigung (s. JDR. **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 3, 4 a). a) **RG.** IV 24. 10. 07, JW. **07** 742 ff. Ziff. 9, PosMSchr. **07** 154, R. **07** 1530 hält die in einer früheren Entscheidung desselben (4.) Senats (zitiert in JDR. **3** zu § 416 Ziff. 4 a) vertretene Ansicht nicht mehr fest, sondern schließt sich der Entsch. des 5. Sen. (JDR. **5** zu § 416 Ziff. 5) — s. jetzt auch SeuffA. **62** 432 — an. Dem Wortlaute nach enthält § 416 Satz 1 eine Beschränkung des Rechtes des Gläubigers, durch seine Genehmigung die Schuldübernahme zu seinen Gunsten wirksam zu machen. Gewollt war jedoch, wie die Entstehungsgeschichte ergibt, eine Bestimmung dieses Inhalts nicht; man hatte bloß bestimmen wollen, die Mitteilung, auf die hin der Gläubiger bei Vermeidung des Eintritts der gesetzlichen Fiktion sich zu erklären habe, dürfe nur von dem Veräußerer ausgehen. § 416 enthält also in Abs. 1 und Abs. 2 lediglich Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen die Fiktion der Genehmigung eintrete. Im übrigen findet § 415 auch auf die Übernahme von Hypothekenschulden Anwendung, wie denn im § 416 Abs. 1 Satz 2 einzig und allein die Vorschrift im Satz 2 Abs. 2 des § 415 — Fiktion der Verweigerung der Genehmigung — als nicht anwendbar bezeichnet ist. Demnach ist die Genehmigung auch dann wirksam, wenn keine schriftliche, den Erfordernissen des § 416 genügende Mitteilung vorhergegangen ist. **b)** BayRpflZ. **07** 23 (Nürnberg). Eine ohne die Mitteilung der Schuldübernahme seitens des Veräußerers an den Gläubiger, etwa erfolgte Genehmigung entbehrt der Wirksamkeit (vgl. JDR. **3** Ziff. 4 a). Von dem Erfordernisse dieser Mitteilung kann nicht abgesehen werden, wenn auch die besonderen Förmlichkeiten der Mitteilung, § 416 Abs. 2, im Falle der Genehmigung nicht eingehalten werden müssen, sondern nur erforderlich sind, wenn die Genehmigung trotz ihres Ausbleibens als erteilt angenommen werden soll.

2. Verhältnis zu §§ 414, 415 (s. JDR. **5** Ziff. 2, 3). a) **RG.** R. **07** 1065. Sind die Voraussetzungen für eine Schuldübernahme gemäß § 416 nicht gegeben, so schließt dies ein Abkommen über Schuldübernahme gemäß §§ 414, 415 nicht aus; ein solches Abkommen bedarf keiner besonderen Form. b) Die JDR. **5** zu § 416 Ziff. 3 zit. Entsch. des OLG. Stuttgart s. jetzt auch WürttZ. **19** 146 mit ausführlicher Begründung. Insbesondere wird ausgeführt, daß im Falle der Schuldübernahme durch Vertrag des Übernehmers mit dem Schuldner (§ 415) die Genehmigung des Gläubigers auf Mitteilung des Veräußerers oder des Erwerbers (§ 415 Abs. 1 Satz 2) vor oder nach der Eintragung des letzteren in das Grundbuch sowohl gegenüber dem Veräußerer als gegenüber dem Erwerber (§ 182 Abs. 1) ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erteilt werden kann.

3. SächsOLG. **28** 265 (Dresden). Wird in Abänderung der Versteigerungsbedingungen die Schuldübernahme einer bestehen bleibenden Hypothek zwischen Gläubiger, Schuldner und Schuldübernehmer vereinbart (§§ 53, 59 ZVG.), so bedarf es der Natur der Sache nach eines Verfahrens gemäß § 416 nicht mehr. Denn dieses Verfahren ist überholt, wenn der Gläubiger sich an der Vereinbarung zwischen Schuldner und Übernehmer beteiligt hat.

4. SeuffA. **62** 460 Ziff. 258 (Dresden). Die Vereinbarung zwischen Hypothekengläubiger und Eigentümer, daß die Genehmigung einer Übernahme der Schuld gemäß § 416 für alle Fälle im voraus verweigert werde, kann, mag sie obligatorisch wirksam sein oder nicht, in das Grundbuch nicht eingetragen werden.

5. Vor Anlegung des Grundbuchs (s. JDR. **3** Ziff. 6). BayRpflZ. **07** 23 (Nürnberg) entscheidet im Gegensatze zu **RG. 58** 384 und im Anschluß an BayObLG. **5** 441 (vgl. JDR. **3** Ziff. 6 a und b) dahin, daß für die Zeit vor Anlegung des Grundbuchs altes Recht, nämlich § 56 HypG. (Bayern) ausscheide und das BGB. Anwendung finde.

§ 418. 1. Danziger, PosMSchr. **07** 45 ff. § 418 regelt ausschließlich die Frage des Erlöschens oder Bestehenbleibens von Vertragspfandrechten, andere Pfandrechte unterliegen dieser Vorschrift nicht. — Der bisherige Schuldner kann ein Pfändungspfandrecht, wenn es auch nicht ipso jure durch die Schuldübernahme erlischt, in jedem Falle auf prozessualem Wege zum Erlöschen bringen. Demgegenüber darf sich der Gläubiger, auch wenn der Schuldner in die Übernahme gewilligt hat, nicht auf die Vorschrift des § 418 berufen.

2. **RG.** R. **07** 763. Wird die Schuldübernahme von dem Gläubiger nur unter der Bedingung genehmigt, daß eine für die Forderung bestehende Bürgschaft bestehen bleibt, so tritt die Schuldübernahme erst dann ein, wenn der Bürge die Schuldübernahme billigt und damit in den Fortbestand der Bürgschaft einwilligt.

3. **RG.** R. **07** 883. Wird ein Wirt aus seinem Mietvertrag, indem an seine Stelle ein anderer Wirt in das Mietverhältnis als Mieter eintritt, entlassen, so erlischt damit auch die von einem Dritten für ihn übernommene Bürgschaft. Diese lebt nicht ohne weiteres wieder auf, wenn später mit dem ursprünglichen Mieter das Mietverhältnis wiederhergestellt wird, selbst wenn diese Wiederherstellung des früheren Mietverhältnisses mit Wissen und Willen des früheren Bürgen geschah. Zu einem Wiederaufleben der Bürgschaft ist neue Bürgschaftserklärung erforderlich.

§ 419. 1. a) **RG.** R. **07** 1133. Der Übernahmevertrag im Sinne des § 419 begründet keine Universalsukzession. b) HessRspr. 8 19 (Darmstadt). Die Vermögensübernahme ist keine Rechtsnachfolge im Sinne des § 727 ZPO. § 727 setzt Universalnachfolge voraus, da sonst die Bestimmung des § 729 überflüssig wäre. Die Vermögensnachfolge ist aber keine Universal-, sondern eine Sondernachfolge in jedes einzelne, das Vermögen bildende Recht.

2. **RG.** JW. **07** 327 Ziff. 2. Die Frage, ob ein Vertrag den Voraussetzungen des § 419 Abs. 1 entspricht, ist keine reine Rechtsfrage, ihre Beantwortung hängt von der Auslegung des Vertrags und Feststellung des Vertragswillens ab.

3. HessRspr. 8 18, R. **07** 883 (Darmstadt). Der Vertrag, an den die Schuldenhaftung im § 419 geknüpft wird, ist nur der obligatorische Vertrag, durch den sich jemand zur Vermögensübertragung verpflichtet, nicht ein dinglicher Vertrag, durch den etwa die Vermögensgesamtheit als solche übertragen wird. Ein solcher Vertrag ist nach dem BGB. nicht denkbar. Durch den Vertrag gehen die das Vermögen bildenden Gegenstände nicht über, vielmehr müssen zwecks ihrer Übereignung die besonderen hierfür geltenden Vorschriften bezüglich jeder einzelnen Sache beobachtet werden. So muß das Vermögen durch Vertrag gemäß der bindenden Vorschrift des § 311 übertragen werden. Ist der Übernahmevertrag mangels Form nichtig, so ist eine Schuldenhaftung gemäß § 419 nicht begründet. (S. auch JDR. **2** zu § 419.)

4. HessRspr. 8 18, R. **07** 883 (Darmstadt). Liegt ein Vermögensübergabevertrag vor, so haftet der Übernehmer, ganz einerlei, ob das Vermögen bereits übergegangen ist oder nicht.

5. **RG. 65** 164 ff. (171), JW. **07** 170/1, SchlHolstAnz. **07** 156, DJZ. **07** 482, R. **07** 1256. Die Bestimmung kann nicht dadurch umgangen werden, daß der Schuldner und der Übernehmer es aus irgendeinem Grunde für gut befinden, die Vermögensübertragung durch mehrere, je auf bestimmte Vermögensteile beschränkte, in an sich rechtsgültiger, aber nicht § 311 entsprechender Form abgeschlossene, Einzelverträge zur Ausführung zu bringen.

6. R. **07** 569 (BayObLG.). Die Frage, ob jemand als Gesamtrechtsnachfolger eines Zahlungspflichtigen der Staatskasse für die bei einem Notariat angefallene Gebühr haftet, ist nicht in dem Verfahren nach den Artt. 477 ff. BayG. über das Gebührenwesen, sondern auf dem ordentlichen Rechtswege zu entscheiden.

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

V o r b e m e r k u n g: Von praktischer Erheblichkeit ist insbesondere die Entscheidung in **RG. 65** 26, die die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus § 326 Abs. 1 nicht zu den im § 425 aufgezählten Tatsachen rechnet (§ 425 Ziff. 1). Daß der den Gläubiger befriedigende Gesamtschuldner als Rechtsnachfolger des Gläubigers Anspruch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (ZPO. § 727) hat, nimmt in praktischer Weise das OLG. Hamburg an (§ 426 Ziff. 3). Schließlich sei noch hingewiesen auf das bemerkenswerte Erkenntnis des OLG. Breslau (§ 426 Ziff. 4), das die t h e o r e t i s c h feine Scheidung zwischen den b e i d e n Ansprüchen des befriedigenden Schuldners aus eigenem und aus dem vom befreiten Gläubiger auf ihn übergehenden Rechte für die p r a k t i s c h wichtige und erhebliche Frage der V e r j ä h r u n g verwertet.

§ 420. SeuffBl. **07** 30 (BayObLG.) s. bereits JDR. **5** Ziff. 1.

§ 421. 1. *R i e c k, Der Leistungsort des Bürgen 48. Wenn jemand die Schuld eines anderen als dessen Gesamtschuldner übernimmt, so ist für seinen Leistungsort, wie für den des Bürgen, entscheidend, inwieweit der Leistungsort seinem Wesen nach zum Inhalte des Schuldverhältnisses gehört.

2. KGBl. **07** 125/6 (KG.). Ebenso wie der Gläubiger einen Gesamtschuldner überhaupt nicht in Anspruch zu nehmen braucht, so kann er auch die von diesem bestellten Pfandrechte und sonstige Sicherheiten aufgeben. Somit handelt der Gläubiger, der das Pfandrecht an den Illaten des einen Gesamtschuldners aufgibt, in Ausübung dieses Rechtes, so daß die Einrede der Arglist ihm nicht entgegensteht, es sei denn, daß § 226 vorliegt.

3. Über das Verhältnis des § 421 zur sog. kumulativen Schuldübernahme s. oben zu § 414 Ziff. 4 b.

§ 423. 1. *Schulz, Rückgriff (vgl. oben zu § 412) 78. Wirkt der Erlaßvertrag mit einem Gesamtschuldner nicht auch zugunsten der übrigen, so können die nicht frei gewordenen doch gegen den entlassenen Regreß nehmen, obwohl aus der Denkform der cessio legis etwas anderes zu folgen scheint.

2. KGBl. **07** 125 (KG.). § 423 ist auch auf einen Vergleich, durch den eine Schuld ganz oder teilweise erlassen wird, der Regel nach anzuwenden.

3. KGBl. **07** 125/6 (KG.). Tatsächliches zu der Frage, ob die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten.

§ 425. 1. **RG. 65** 26 ff. (28), JW. **07** 135. Zu den im § 425 aufgezählten Tatsachen gehören die den Schadensersatzanspruch aus § 326 Abs. 1 begründenden Voraussetzungen nicht; der Schadensersatzanspruch steht im Gegensatze zu dem Anspruch auf Erfüllung; denn er bedingt, daß der Gläubiger die Erfüllung abgelehnt hat und nicht mehr auf sie zurückkommen kann. Der nach § 326 gegebene Schadensersatzanspruch beruht auf einem Rechtsverhältnisse, das in seiner Besonderheit erst im Augenblicke des Vorhandenseins der erforderlichen Voraussetzungen entstanden ist; in diesem Augenblicke war aber das durch das frühere Gesellschaftsverhältnis zwischen den beiden Schuldnern bestandene rechtliche Band infolge des dem Gläubiger kundgegebenen Ausscheidens des einen aus der offenen Handelsgesellschaft und deren Auflösung beseitigt (vgl. § 158 HGB.). Daher wirkt die Erfüllungsverweigerung des Nichtausgeschiedenen nur hinsichtlich seiner eigenen Person, und gegen den Ausgeschiedenen ist mangels Erfüllungsweigerung und Fristsetzung ein Schadensersatzanspruch nach § 326 nicht begründet.

2. R. **07** 883 (Hamburg). Weder nach der Wechselordnung (s. **ROHG. 24** 90) noch nach dem BGB. kann der Aussteller eines Wechsels für die Kosten haftbar gemacht werden, welche vom Wechselinhaber deshalb aufgewendet worden sind, weil der Akzeptant dem gegen ihn ergangenen Urteile keine Folge gab.

§ 426. 1. *Rudorff, AcivPr. **101** 403. Der Bürge hat die Ausgleichungsforderung gegen den Mitbürgen auch dann, wenn der Hauptschuldner für ihn zahlt.

2. Abs. 1 Satz 2. Wirkung des Erlasses. OLG. **14** 22 (Cassel). Die Voraussetzungen, welche zur Zeit des Urteils vorliegen müssen, sind nicht schon dann vorhanden, wenn ein ausgleichungsverpflichteter Gesamtschuldner zahlungsunfähig ist, vielmehr muß der auf ihn entfallende Betrag nicht erlangt werden können. Es muß also dem ausgleichungsverpflichteten Gesamtschuldner zu diesem Zeitpunkte noch ein Beitrag obliegen, den er dem Ausgleichungsberechtigten zu zahlen verpflichtet ist. Erläßt also dieser dem Ausgleichungsverpflichteten dessen Schuld ganz oder teilweise, so hat dieser insoweit keinen Beitrag mehr zu leisten; der Ausgleichungsberechtigte kann daher nicht mit Berufung auf die vor dem Erlaß eingetretene Zahlungsunfähigkeit des einen Gesamtschuldners von den übrigen Ersatz verlangen.

3. Rechtsnachfolge des befriedigenden Gesamtschuldners. SeuffA. **62** 479, HansGZ. **07** Beibl. 205 (Hamburg). Der den Gläubiger befriedigende Gesamtschuldner (z. B. Mitbürge nach § 774 Abs. 2) wird insoweit Rechtsnachfolger des Gläubigers und hat daher Anspruch auf Erteilung der Vollstreckungsklausel auf Urteilen, die der Gläubiger gegen die Mitschuldner erwirkt hat. (Vgl. § 727 ZPO.)

4. Verjährung der Regreßansprüche des befriedigenden Gesamtschuldners. BreslauAK. **07** 3 (Breslau). § 426 gewährt dem Gesamtschuldner, der die Gesamtschuld getilgt hat, zwei Ansprüche gegenüber den anderen Schuldnern. Der Gesamtschuldner kann entweder aus eigenem Rechte, lediglich auf Grund der zwischen ihm und den übrigen Mitschuldnern bestehenden

Gemeinschaftsverhältnisse (Abs. 1), deren anteilige Verpflichtung zur Ausgleichung ihm gegenüber, oder er kann aus dem Rechte des durch ihn befriedigten Gläubigers, dessen insoweit auf ihn kraft Gesetzes übergegangenen Anspruch (Abs. 2) geltend machen. Während sich im letzteren Falle der Beginn und die Dauer der Verjährung nach den für die Verjährung der Forderung des Gläubigers geltenden Grundsätzen richten (§§ 412, 404), also je nach der rechtlichen Natur dieser Forderung verschieden sein können, verjährt das Rückgriffsrecht aus Abs. 1, das mit der Begründung des Gesamtschuldverhältnisses entsteht, mangels ausdrücklicher Regelung stets erst in 30 Jahren.

5. Abs. 2. **a)** SeuffA. **62** 446 Ziff. 252 (Hamburg). Auf den Fall, daß der Hauptschuldner im Auftrage des Bürgen mit dessen ihm dazu gegebenen Gelde und mit dem Willen, den Auftrag auszuführen, den Gläubiger befriedigt, jedoch ohne dabei diesem zu erklären, daß er die Schuld im Namen und für Rechnung des Bürgen bezahle, kommt § 164 Abs. 2 nicht zur Anwendung (vgl. oben zu § 164 Ziff. II b). Ein Irrtum des Gläubigers ist hier einflußlos, vielmehr kommt es darauf an, wer ihn tatsächlich befriedigt. Ist dies der Bürge, so ist die Forderung auf diesen übergegangen. **b)** Abs. 2 angewendet in **RG. 65** 414 ff. JW. **07** 305. **c)** § 426 Abs. 2 und § 727 ZPO. Die in JDR. **5** zu § 426 Ziff. 10 zit Entsch. s. auch Justd. Rundsch. **1** 221.

§ 427. 1. Nichtrechtsfähiger Verein. **RG.** JW. **07** 136 (s. dazu JDR. **5** Ziff. 1). Die nur im Zweifel geltende gesamtschuldnerische Haftung aus §§ 427, 714 ist ausgeschlossen, wenn in dem Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend ein anderes verabredet ist. Das letztere ist insbesondere dann der Fall, wenn aus den Satzungen eines nicht rechtsfähigen Vereins eine Beschränkung der Mitgliederhaftung auf das Vereinsvermögen und den Anteil der Gesellschafter an diesem hervorgeht und die Satzungen dem anderen Vertragsteile bekannt gewesen sind. Vgl. o. § 54 Ziff. 3 g.

2. Übergangsrecht. BayRpflZ. **07** 390, R. **07** 826 (BayObLG.). Ob die Mitglieder einer sog. Kommunionbrauerei, welche für die durch einen gemeinschaftlichen Vertreter eingegangenen Verbindlichkeiten nach dem auf sie anzuwendenden Gesellschaftsrechte gemäß BayLR. Teil IV. T. 8 § 11 Ziff. 2 als Gesamtschuldner haften, in derselben Weise auch für die unter der Herrschaft des BGB. eingegangenen Verbindlichkeiten haften, bestimmt sich nach dessen Vorschriften. In dieser Beziehung stimmt jedoch § 427 BGB. inhaltlich mit der Bestimmung des LR. überein.

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

Vorbemerkung: Grabner hat seine Untersuchungen über die rechtliche Natur der Wandelung (JDR. **5** Ziff. I 1 zu § 465) im Berichtsjahre erweitert und zum Teil modifiziert. Eine, an anderer Stelle bisher nicht gedruckte, Entgegnung Grabners auf die hieran anknüpfenden Ausführungen von Eccius findet sich unter Ziff. I 1 c zu § 465. Auch eine bereits in früheren Jahrgängen behandelte Frage erörtert Bucerius, inwieweit nämlich durch eine vereinbarte Garantiezeit der Beginn der Verjährung der Gewährleistungsansprüche beeinflußt wird (§ 459 Ziff. I 1). Ferner waren neue Äußerungen zu der Frage der Minderung des zum Teil gestundeten Kaufpreises aufzunehmen (§ 472). Von beachtenswerter theoretischer Seite wird von neuem gegenüber der Ansicht des RG. dargelegt, daß § 477 auf den Schadensersatzanspruch wegen schuldhaft mangelhafter Erfüllung des Kaufvertrags keine Anwendung finden kann (Ziff. I 1 zu § 477). Endlich mag von theoretischen Abhandlungen noch auf den Selbstbericht Schapers über die Wandelungseinrede zu § 478 Ziff. I 1 hingewiesen werden. — Den wirtschaftlich wichtigen Kauf

auf Abruf behandeln Entscheidungen sowohl des RG. wie der Oberlandesgerichte, wohingegen der höchste Gerichtshof zu der Frage der Gefahrtragung beim Kaufe mit vorbehaltenem Eigentume leider noch keine Stellung genommen hat.

Literatur: Bucerius, Garantiezeit und Verjährungsfrist, GruchotsBeitr. **51** 740—754. — Fischer, Konzentration und Gefahrübergang bei Gattungsschulden, JheringsJ. **51** 160—238. — Francke, Zur Wandelung des Kaufes nach dem BGB., SeuffBl. **07** 517—522. — Fuchs, Zu §§ 434, 435 BGB., R. **07** 797—802. — Grabner, Nochmals zur Auslegung des § 465 BGB., GruchotsBeitr. **51** 515—528. Dazu Bemerkungen von Eccius aaO. 529—531. — Hagen, Rechte des Käufers beweglicher Sachen bei Nichterfüllung einer Nebenverbindlichkeit durch den Verkäufer. Zulässigkeit der exceptio non rite adimpleti contractus? SeuffBl. **07** 1075—1077. — Jäger, Gefahrübergang hinsichtlich der von seiten des Verkäufers zum Käufer transportierten Ware beim Distanzkaufe, LeipzZ. **07** 418—420. — Josef, Überschreitung der Vollmacht und unrichtige Übermittelung der Erklärung insbesondere bei Kauf auf Borg statt Barkaufs, GruchotsBeitr. **51** 273—286. — Kiefe, Minderung und Stundung, JW. **07** 355—356. — Kohler, Kauf einer fremden Sache, ABürgR. **30** 164—184. — Krause, Viehkauf und Viehmangel. Trier 1907. — Krückmann, Zum Rechte des Viehkaufs. Einige kleinere Streitfragen, BayRpflZ. **07** 29—31. — Ritter, Zusammentreffen von Wandelungseinrede und Einrede der Verjährung des Wandelungsanspruchs, R. **07** 221—225. — Schaper, Wesen und Wirkungen der Wandelungseinrede, JheringsJ. **52** 233—302. — Schumacher, Die Verweisung des Fleisches auf die Freibank und die Wandelungsklage, JW. **07** 220—222. — Würzburger, Über die Haftung des Zedenten für Güte und Einbringlichkeit einer Forderung, GruchotsBeitr. **51** 721—739.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 433. I. 1. Kohler, ABürgR. **30** 164 ff. Tritt der Käufer einer fremden Sache, der vom Verkäufer den Besitz an der Kaufsache erlangt hat, von dem Kaufvertrage zurück, so hat er seinerseits nur den Besitz der Sache (nebst Früchten) zurückzugeben und ist die Sache durch Zufall untergegangen, so erhält er trotzdem seine Gegenleistung zurück. Ist der Untergang der Sache von dem Käufer verschuldet, so würde hierdurch sein Rücktrittsrecht nur dann geschmälert werden, wenn der Verkäufer an diesem Untergang ein Interesse hätte, weil er dem Eigner dafür haften muß. Ist dies nicht der Fall, so ist die Sache gar nicht für das Vermögen des Verkäufers untergegangen. §§ 351, 352 finden in diesem Falle keine Anwendung (179). — Ist bei dem Kaufe einer fremden Sache der Käufer in gutem Glauben gewesen, ist aber unter den Parteien vereinbart worden, daß eine Haftung wegen mangelnden Rechtes nicht stattfinde, dann ist die Abrede nur gültig, wenn von seiten des Verkäufers keine Arglist vorliegt. — Ist dies nicht der Fall, dann ist dem Käufer der Entschädigungsanspruch abgeschnitten; ob auch der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, ist Frage des einzelnen Falles, im Zweifel ist anzunehmen, daß, wenn er auf solche Weise nichts zu eigen erhält, er auch nichts zu zahlen hat (183). — Wird der Käufer Eigentümer der fremden Sache durch Schenkung, überhaupt durch einen Rechtsvorgang, für den er keinen Gegenwert zu geben hatte, so steht ihm kein Anspruch mehr gegen den Verkäufer zu. Vorausgesetzt ist aber, daß der Eigentumserwerb des Käufers stattfindet, bevor die Frist verstrich, die er dem Verkäufer gestellt hat. Handelt es sich um einen Realkauf, so würde der nachträgliche Erwerb nur dann in Betracht kommen, wenn er alsbald erfolgte und so schnell, daß die Verzeitung das Interesse des Käufers in keiner Weise störte. Muß der Käufer für den Erwerb des Eigentums eines Dritten einen Gegenwert geben, oder war die Schenkung der Sache an ihn derart, daß der Schenker den Käufer jedenfalls um einen bestimmten Wert bereichern wollte, so behält der Käufer seine Rechte gegen den Verkäufer (184).

2. Dennler, BayNotZ. **07** 102 f. Bei dem Kaufe einer Wirtschaft, die bisher einer Brauerei gehörte, bildet die dem Kaufvertrage beigefügte Verpflichtung des Käufers, das Bier vom Verkäufer zu beziehen, einen integrierenden Bestandteil des Kaufvertrags, nicht ein selbständiges Rechtsgeschäft.

3. Josef, GruchotsBeitr. **51** 273 ff. Es wird nicht vermutet, daß der zum Verkauf einer Sache Bevollmächtigte befugt sei, das Kaufgeld zu stunden. Hat er dies dennoch getan, so kann der Eigentümer nicht den Verkauf als gültig behandeln und sofortige Zahlung des Kaufpreises fordern, vielmehr kann er nur die auf Borg verkaufte Sache vom Käufer zurückfordern (vgl. oben Ziff. 2 zu § 177).

4. Schultz, DJZ. **07** 705. Bei der kaufweisen Übertragung eines Kuxes ist der Käufer dem Verkäufer gegenüber nicht verpflichtet, seine Umschreibung im Gewerkenbuche zu beantragen. Ein derartiger Anspruch kann nicht auf Abs. 2 gegründet werden. Vielmehr besteht ein Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Herbeiführung der Umschreibung des Kuxes im Gewerkenbuche, weil dies zur Verschaffung des Rechtes eines Gewerken gehört.

5. *F. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort 30 ff. Die Absendung der Ware ist noch nicht Erfüllung oder Leistung. Der Verkäufer ist stets zur Übergabe verpflichtet. Er ist regelmäßig verpflichtet, nach auswärts die Ware zu übersenden.

6. Francke, ThürBl. **07** 161 f. Derjenige, der mit Rücktrittsrecht auf Teilzahlungen verkaufte, kann die ihm nach Maßgabe des Abzahlungsgeschäfts zustehenden Rechte an einen Zwangsvollstreckungsgläubiger seines Käufers nicht mit der Wirkung verkaufen, daß diesem an der auf Abzahlung verkauften Sache das vorbehaltene Eigentum zustände. Dies Eigentum ist nur auf so lange vorbehalten worden, als der Verkäufer nicht für seine Ansprüche aus dem Abzahlungsgeschäfte befriedigt sein würde. Dies trat aber ein, indem er seine gedachten Ansprüche verkaufte, er mochte die rückständigen Beträge zu voll oder nicht zu voll vom Zwangsvollstreckungsgläubiger empfangen oder auch nur statt solcher Beträge eine Forderung gegen diesen erhalten; denn immer hörte er auf, Gläubiger des Käufers, und immer hörte dieser auf, sein Schuldner zu sein. In dem Augenblick aber, wo dieses geschah, ging auf Grund des Abzahlungsgeschäfts kraft der bis dahin bedingten Übergabe das Eigentum der auf Abzahlung verkauften Sache auf deren Käufer über, es kann daher nicht von dem Anspruchskäufer erworben werden. Gegen Immerwahr, DJZ. **05** 597.

7. Gasbezugsvertrag als Kauf künftiger verbrauchbarer Sachen anzusehen. Vgl. Müller, PrVerwBl. **28** 879.

8. Über das Vinkulationsgeschäft vgl. o. § 243 Ziff. 2.

II. Aus der Praxis. 1. Kauf auf Abruf (JDR. **5** Ziff. II 1 b). **a)** HansGZ. **07** Hptbl. 263 (Hamburg). Bei einem Lieferungskauf auf Abruf ist anzunehmen, daß der Käufer, der eine nach den Umständen des Falles als übermäßig zu bezeichnende Frist verstreichen läßt, ohne auf Lieferung zu drängen, auf die Lieferung verzichtet hat und daß er illoyal handelt, wenn er nach Ablauf so langer Zeit auf einen Abschluß zurückkommen will, von dem auch der andere Teil annehmen mußte, daß er durch beiderseitiges stilles Einverständnis längst Erledigung gefunden hat. **b)** **RG.** LeipzZ. **07** 287, SeuffA. **63** 8 ff., HoldheimsMSchr. **08** 16. Der Abruf ist kein Teil der Abnahmepflicht, kann aber wie die Abnahmepflicht zu einem Teile der Hauptleistung werden und begründet alsdann deren Verletzung Schuldnerverzug (§ 326 dann anwendbar, vgl. o. Ziff. 3 zu § 326). Vgl. auch LG. Darmstadt, HessRspr. **8** 108. **c)** R. **07** 508 (Colmar). Bei Bestellung einer Ware „auf Abruf nach Bedarf" ist für die Abnahmepflicht entscheidend nicht der spätere wirkliche Bedarf, der vielleicht geringer ausfällt, als ursprünglich angenommen wurde, sondern der Bedarf, welcher von den Vertragschließenden unter den beim Vertragsschluß obwaltenden Umständen erwartet werden durfte.

2. Analoge Anwendung der §§ 433 ff. (s. u. Ziff. II 1 zu §§ 459 ff.). **a)** **RG.** JW. **08** 8 f. Ein Zimmervermietungsgeschäft ist zwar weder Sache noch Recht im Sinne des § 433 Abs. 1 BGB. Auf seine Veräußerung gegen Entgelt finden indes die allgemeinen Grundsätze über Kauf Anwendung (vgl. **RG. 63** 57,

IDR. **5** Ziff. II 2 a). **b)** Über die Bedeutung der Veräußerung einer Kundschaft **RG.** 16. 11. 06, GruchotsBeitr. **51** 901.

3. **a)** SächsOLG. **28** 58 über die Frage, wer als Verkäufer einer Ware anzusehen ist, die, nachdem sie zunächst von einer Bank lombardiert und ihr zu Sicherstellung gemäß § 931 BGB. übereignet worden war, vom bisherigen Eigentümer für Rechnung, aber nicht im Namen der Bank an einen Dritten verkauft wird. **b) RG.** R. **07** 826. Auch derjenige, der wirtschaftlich bloßer Vermittler eines Güterumsatzes ist, kann dem Erwerber selbst als Verkäufer gegenübertreten. **c)** R. **07** 1528 (BayObLG.). Verkauft jemand seine Sache an einen von dem als Vertreter Handelnden binnen einer bestimmten Frist zu benennenden Dritten und für den Fall der Nichtgenehmigung des Vertrags durch den Vertretenen an den Vertreter selbst, so liegen zwei Kaufverträge vor. **d) RG.** 11. 12. 06, IW. **07** 103 ff. Es fehlt nicht an einem genügend bezeichneten Gegenstande des Kaufgeschäfts, wenn die Menge der verkauften Ware nicht bestimmt, sondern nur durch den Bedarf des Käufers bestimmbar ist. **e) RG.** 11. 5. 07, LeipzZ. **07** 593. Ein Kaufgeschäft kann auch dann vorliegen, wenn der Verkäufer das Geschäft für fremde Rechnung macht und selbst nur eine Provision verdienen will. **f) RG.** R. **07** 829. Bei einem Kaufvertrage können neben dem festen Kaufpreise, der als die Hauptleistung des Käufers erscheint, noch Leistungen in partiarischer Form bedungen werden. **g) RG.** 29. 5. 07, LeipzZ. **07** 589. Das BGB. kennt bei dem Kaufe eines Rechtes eine dem § 932 über den gutgläubigen Erwerb bei beweglichen Sachen entsprechende Vorschrift nicht.

4. Liegt Kauf oder ein anderes Geschäft vor? **a) RG.** R. **07** 1065. Ein Vertrag, durch den für den Fall seitens des einen Vertragsteils die Zahlung oder Hinterlegung einer bestimmten Summe nachgewiesen wird, ihm von dem anderen Vertragsteile die Übertragung gewisser Patente versprochen wird, eine Verpflichtung zur Zahlung jenes Betrags aber nicht übernommen ist, ist kein Kaufvertrag, auch kein bedingter und ebensowenig ein anderer ein lästiges Veräußerungsgeschäft enthaltender Vertrag, vielmehr liegt ein Schuldversprechen im Sinne des § 780 vor. **b) RG.** R. **07** 1462. Die Diskontierung eines Wechsels stellt sich der Regel nach rechtlich als Kauf des Wechsels dar, wenn auch wirtschaftlich durch die Diskontierung wie durch ein Darlehen die Beschaffung von Geldmitteln erreicht werden kann. Wird die Diskontierung zur Verschleierung eines Darlehens benutzt oder mit einem Darlehen zur Sicherung des Darlehnsgläubigers verbunden, so liegt im ersteren Falle überhaupt kein Wechselkauf, sondern lediglich ein Darlehen, im letzteren Falle neben dem Wechselkauf ein Darlehen vor. Der Wechselinhaber, der sich z. B., um dem dem Wechselanspruch entgegenstehenden Verjährungseinwande zu begegnen, auf ein solches Darlehen beruft, ist jedoch hierfür beweispflichtig. **c) RG.** R. **07** 1398. Die Lieferung von Herden gewöhnlicher Art, wenn auch mit besonders festgesetzten Eigenschaften, wird nicht Werkvertrag, sondern bleibt Kauf über vertretbare Sachen, wenn auch die liefernde Firma nebenbei die Aufstellung und Installation der Herde in einem Neubau übernimmt. **d) RG.** IW. **07** 136, GewRschutz **07** 341. Nicht kann mit Isay, Patentgesetz 198, allgemein dahin unterschieden werden, daß der entgeltliche Vertrag auf unbeschränkte Übertragung des Patentrechts als Kauf, der auf Übertragung des Benutzungsrechts als Pacht anzusehen sei; es kommt vielmehr darauf an, ob bei Übertragung eines Benutzungsrechts, ebenso wie bei der Übertragung des ganzen Patents der Vertrag auf einmalige, endgültige Begründung eines absoluten Rechtes in der Person des Erwerbers, oder auf periodische Benutzung der Erfindung gerichtet war. **e)** Bei einem auf längere Zeit geschlossenen, den Vertrieb der Ware des einen Teiles bezweckenden Vertrage hat **RG.** 11. 12. 06, GruchotsBeitr. **51** 954 ff. das Vorliegen eines Kaufvertrags und nicht eines Gesellschaftsvertrags angenommen.

5. Beweislast (IDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 3, **3** Ziff. I 4). **a) RG. 66** 289 ff.

Wenn der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten, nach seiner Behauptung seitens des Verkäufers schuldhaft mangelhaft gelieferten Ware Ersatz des ihm infolge des Mangels entstandenen Schadens verlangt, trifft ihn hinsichtlich des behaupteten Verschuldens die Beweislast, denn das schuldhafte Handeln bildet nach dem BGB. einen selbständigen Grund des Schadensersatzanspruchs. Hieran wird nichts dadurch geändert, daß in vielen Fällen das Verschulden schon in der bei der Lieferung selbst nicht beobachteten Sorgfalt tatsächlich gefunden werden mag. **b)** **RG.** **66** 279 ff. Beim Kaufe einer individuell bestimmten Sache mit Zusicherung einer Eigenschaft trifft den Verkäufer die Beweislast, wenn der Käufer gegen die Kaufpreisklage einwendet, die von ihm noch nicht als Erfüllung angenommene Kaufsache habe die zugesicherte Eigenschaft nicht. Dagegen trägt derjenige Käufer, von dem die Sache, der die zugesicherte Eigenschaft fehlt, zurückgewiesen und aus § 463 Schadensersatzanspruch begehrt wird, die Beweislast dafür, daß die Kaufsache die zugesicherte Eigenschaft nicht hatte (vgl. o. § 276 Ziff. 5c).

6. Sukzessivlieferungsvertrag (vgl. o. Ziff. 2 zu § 326). **RG.** R. **07** 446. Wenn bei einem Sukzessivlieferungskaufe die Parteien vereinbart haben, daß der Käufer ein zu bestimmter Zeit von dem Verkäufer nicht geliefertes Quantum nicht mehr abzunehmen habe und zwar, ohne daß von ihm dem Verkäufer noch eine Nachfrist zu setzen sei, so hat es dabei sein Bewenden und der Verkäufer kann dann hinterher, nach Ablauf der Lieferfrist, ohne weiteres nicht doch noch Abnahme der Ware verlangen.

7. **RG.** R. **07** 763. In der Regel hat freilich bei Kassakäufen der Verkäufer dem Käufer eine Untersuchung der von diesem noch nicht genehmigten Ware vor deren Abnahme zu gestatten. Wenn aber der Käufer schon vorher durch seinen Vertreter aus jedem der verkauften Ballen eine Probe hatte ziehen lassen und nach deren Empfang ausdrücklich dem Verkäufer Order erteilt hat, ihm die Ballen zu schicken, so kann der Verkäufer bei Ankunft der gegen Barzahlung verkauften Ware deren sofortige Annahme und Bezahlung beanspruchen und das Verlangen des Käufers, nun nochmals Proben aus den Ballen zu ziehen, ablehnen.

8. **RG.** LeipzZ. **07** 824. Stellt sich, wie Verkäuferin einwendet, nachträglich heraus, daß die Ware in der bedungenen Beschaffenheit von ihr nicht mehr geliefert werden kann, so wird der Käufer alsdann berechtigt, Schadensersatz — sei es wegen Nichtlieferung, wegen Lieferung minderwertiger Ware oder auch wegen verspäteter Lieferung — zu fordern. Das kann aber den Käufer nicht verpflichten, schon jetzt von seinem zur Zeit der Klagerhebung berechtigten Verlangen abzusehen und sein Klagebegehren statt auf Erfüllung durch Lieferung auf Schadensersatz zu richten.

9. HansGZ. **07** Hptbl. 307 (Hamburg). Es läßt sich nicht der allgemeine Satz aufstellen, daß der Verkäufer gegen sich gelten lassen muß, wenn eine Person, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, den Mangel arglistig verschweigt. Anders jedoch wenn beim Kaufabschluß oder beim Erfüllungsgeschäft ein Vertreter des Verkäufers den Mangel arglistig verschwiegen hat.

10. SeuffA. **62** 390 (Hamburg). Das Eigentum an der Emballage wird grundsätzlich nicht auf den Käufer der Ware übertragen, anders wenn dem Käufer die Kosten der Emballage in Rechnung gestellt werden oder wenn die Emballage, namentlich im Verhältnisse zu der darin verpackten Ware, nur unerheblichen Wert hat, ferner wenn sie durch den einmaligen Gebrauch fast ganz wertlos wird und endlich wenn sie weniger zur Verpackung als zur Ausstattung dient und damit nach Anschauung des Verkehrs geradezu als Teil der Ware gilt.

11. **RG.** R. **07** 180. Hat der Verkäufer seinerseits alles getan, um dem Käufer das Eigentum an einem Grundstücke zu verschaffen, und stellen sich dann bei Übernahme des Eigentums auf seiten des Verkäufers Hindernisse entgegen, so hat sie der Käufer zu beseitigen.

12. HessRspr. **7** 170 (Darmstadt). In der Übernahme der Verpflichtung, „franko Rheinschiff" oder „franko Waggon Rotterdam" liegt keine Festsetzung der Abnahmepflicht in Rotterdam für den Käufer.

13. HansGZ. **07** Hptbl. 121 (Hamburg) handelt darüber, ob der Käufer der auch bei Mängeln der Ware Zahlung unter Vorbehalt späterer schiedsgerichtlicher Entscheidung fordernden Vertragsklausel damit begegnen kann, daß er Arglist des Verkäufers behauptet.

14. Über den Erfüllungsort der Zahlungsverpflichtung des Käufers vgl. o. § 269 Ziff. 4 m, hinsichtlich der Rügepflicht HessRspr. **7** 170 (Darmstadt).

15. Über den Anspruch des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung vgl. o. § 326 Ziff. 5

16. OLG. Stuttgart. JDR. **5** Ziff. II 4 a jetzt auch WürttJ. **19** 139.

§ 434. 1. PosMSchr. **07** 5 (Posen). Rechte, die aus allgemeinen auf Gesetz beruhenden Einschränkungen des Eigentums hergeleitet werden, sind im § 434 nicht miteinbegriffen. Vgl. JDR. **5** Ziff. 1.

2. **a)** SächsRpflA. **07** 11/12 (Dresden). Ist ein Grundstück „mit allen Rechten und Lasten" verkauft worden, so ist auch eine nicht ausdrücklich genannte Grunddienstbarkeit mit übernommen. — Aufgehoben von **RG. 66** 316, JW. **07** 669, weil unter Lasten auch Belastungen mit Rechten Dritter nur dann mitzuverstehen seien, wenn die Parteien beim Vertragsschluß entsprechende Vereinbarungen hinsichtlich der Übernahme auch solcher Belastungen seitens der Käufer getroffen haben. **b) RG.** 15. 5. 07 s. o. § 157 Ziff. II 8 a.

3. **a) RG.** JW. **07** 478, R. **07** 826, SeuffA. **63** 55. Die der Polizeibehörde im Interesse des Gemeinwohls zustehenden Befugnisse können nicht als Rechte Dritter im Sinne des § 434 angesehen werden, da die Polizeibehörde kein Rechtssubjekt ist. Vgl. OLG. Stuttgart, JDR. **3** Ziff. a zu § 434 u. unten Ziff. II 1 c zu § 459. **b) RG.** R. **07** 1531. Die im Falle der Seuchengefahr auf Grund des § 18 G. betr. die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen v. 1. Mai 1894 polizeilich vorübergehend angeordneten Schutzmaßregeln sind nicht Rechte an den Tieren im Sinne des § 434. Sie sind überhaupt keine Rechte, die an den Tieren bestehen.

4. SeuffA. **62** 138 (Hamm). Der Verkäufer hat für gewöhnlich dem Käufer, welchem die verkaufte Sache von einem Dritten auf Grund eigenen Rechtes an der Sache im Rechtsstreit abgestritten ist, die Kosten des Entwehrungsprozesses zu ersetzen.

§ 435. **a)** *Fuchs, R. **07** 798 ff. Ist für den Käufer eines Grundstücks eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung auf dem Grundstück eingetragen, und wird darauf für einen Dritten eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung auf demselben Grundstück eingetragen, so ist der Verkäufer dem Käufer gegenüber verpflichtet, die für den Dritten eingetragene Vormerkung zu beseitigen. Diese ist ein eingetragenes, aber nicht bestehendes Recht, das im Falle seines Bestehens das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen würde (§ 435). Die Vormerkung zugunsten des Dritten besteht zwar, solange der Verkäufer noch Eigentümer ist, zu Recht. Es kommt aber nicht auf diese Zeit an, sondern auf die Rechtslage nach der Eintragung des Käufers als Eigentümer. Das ergibt sich aus den Worten „wenn sie das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden". Von einer Beeinträchtigung dieses Rechtes kann erst die Rede sein, wenn der Käufer es schon erlangt hat. Zu dieser Zeit besteht die Vormerkung zugunsten des Dritten aber nicht mehr. Denn dann ist der Anspruch, zu dessen Sicherung die Vormerkung zugunsten des Käufers diente, verwirklicht; der Verwirklichung dieses Anspruchs konnte aber der Dritte auf Grund der für ihn eingetragenen Vormerkung nicht widersprechen, weil diese der Vormerkung zugunsten des Käufers im Range nachstand. **b)** Hiergegen Francke, R. **07** 1124. Der Verkäufer sei, solange er nicht aufließ, nicht in der Lage, die Löschungsbewilligung von dem durch die zweite

Vormerkung geschützten Berechtigten zu erzwingen. Mit dem Augenblicke der Auflassung gelange jedoch der Käufer in solche Lage und er müsse daher nach Treu und Glauben dasjenige, was der Verkäufer, wenn es diesem möglich gewesen wäre, für ihn zu tun gehabt hätte, statt des Verkäufers, auf dessen Kosten, tun.

§ 436. a) Kaiserl. Rat in Elsaß-Lothr., ElsLothNotZ. **07** 126 ff. Die Straßenkostenbeiträge auf Grund der Gesetze vom 21. Mai 1879 und 6. Januar 1892, betr. die Beschränkungen der Baufreiheit, sind öffentliche Lasten des Grundstücks. Vgl. JDR. **5.** **b)** **RG. 65** 1 ff., JW. **07** 87. Das Patronat ist eine öffentliche gemeine Last im Sinne des § 436.

§ 437. 1. a) **RG. 65** 79, JW. **07** 137, LeipzZ. **07** 217. Ist eine Forderung nur erfüllungshalber abgetreten, so findet kein Gewährleistungsanspruch statt, weil das ursprüngliche Schuldverhältnis zwischen Zedent und Zessionar nicht erlischt und der Zessionar im Falle des Nichteingehens der abgetretenen Forderung die ursprüngliche Forderung geltend machen kann. Bei an Erfüllungs Statt abgetretener Forderung dagegen erhält der Zessionar die abgetretene Forderung als Gegenleistung und damit wegen Mangels im Rechte einen Gewährleistungsanspruch. Insofern haftet der Verkäufer einer Forderung, von § 438 abgesehen, gemäß § 437 nur für deren Bestand. **b)** DJZ. **08** 87 (Karlsruhe). Wer einen Wechsel diskontiert, kauft ihn. Der Verkäufer haftet für den Bestand des im Wechsel verkörperten Rechtes und zwar sowohl, wenn das Recht nie entstanden ist, als wenn es erloschen oder durch eine Einrede entkräftbar ist; er hat also für die Unverfälschtheit des Wechsels zu garantieren und kann die ihm an sich zustehende Einrede der Verfälschung des Wechsels dem Käufer gegenüber nicht erheben. Vgl. o. Ziff. II 4 **b** zu § 433.

2. SächsRpflA. **07** 561 (Dresden) gegen Planck Note 1 und Staudinger Note 2 b zu § 437, die das Nichtbestehen eines verkauften Rechtes als einen Fall objektiver Leistungsunmöglichkeit ansehen und deshalb aus dem § 437 nur einen Anspruch auf Schadensersatz herleiten, weil sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergebe, daß bei seiner Beratung allseitig für den fraglichen Fall nur subjektive Unmöglichkeit angenommen wurde.

3. SächsRpflA. **07** 560 (Dresden). Durch den § 437 wird § 306 für den Fall des Verkaufs einer nicht bestehenden Berechtigung unanwendbar. Vgl. Staudinger, BGB. Note 1 zu § 437 und Titze, JDR. **2** Ziff. 2.

§ 438. 1. *Würzburger, GruchotsBeitr. **51** 721 ff. Die Haftung des Zedenten für Güte und Einbringlichkeit einer Forderung hat im BGB. eine direkte Regelung nicht erfahren; § 438 enthält nur eine Auslegungsregel und trifft begrifflich für die wenigsten Fälle zu. Welche Voraussetzungen zur Geltendmachung der Haftung gegeben sein müssen, läßt sich im allgemeinen nur in großen Zügen angeben, während die Verhältnisse des Einzelfalls die richtige Entscheidung liefern. Den Charakter der Haftung anbetreffend, so ist sie die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft, und es kommen daher die Vorschriften analog zur Anwendung, die für die Zusicherung von Eigenschaften bei körperlichen Kaufsachen gegeben sind.

2. a) **RG.** BayRpflZ. **07** 148. Die Übernahme der Haftung für die Güte einer abgetretenen Hypothek ist keine Bürgschaft; sie kann für längere Zeit hinaus vereinbart sein und der Zedent wird nicht schon dadurch von ihr frei, daß dem Zessionar ein ungenügendes Zahlungsangebot vom Schuldner gemacht wird. **b)** **RG.** R. **07** 1065. Die Übernahme einer Gewährleistung für die Sicherheit einer Hypothekenforderung enthält einen Garantievertrag, der insofern, als er nicht bloß die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, sondern auch die Sicherheit des Grundstücks betrifft, nicht unmittelbar unter § 438 fällt. Ist die Hypothekenforderung erst zu einem späteren Zeitpunkte fällig, so ist es nicht zu beanstanden, wenn als Absicht der Beteiligten angenommen wird, daß die Gewährleistung bis zum Zeitpunkte der Fälligkeit erstreckt werde und daß die Sicherheit danach zu beurteilen sei. Vgl. JDR. **2** Ziff. **3** zu § 437.

3. Vgl. **RG.** oben Ziff. 1 a zu § 437.

§ 439. 1. a) **RG.** R. **07** 764. Weiß bei Abschluß eines Kaufvertrags der Käufer, daß ein Dritter hinsichtlich eines Teiles des Kaufgegenstandes Eigentumsansprüche erhebt, so hat er, wenn diese Ansprüche sich demnächst als begründet erweisen, keinen Anspruch auf Preisminderung oder Schadensersatz, sofern nicht der Verkäufer eine Gewährleistung dafür, daß die Ansprüche sich als grundlos erweisen werden, übernommen hat. Ob der Käufer die Eigentumsansprüche des Dritten für unbegründet gehalten hat, ist hierbei rechtlich belanglos. b) **RG.** 15. 5. 07 s. o. Ziff. II 8 a zu § 157.

2. Abs. 2. Über den Begriff „Belastung" s. unten Ziff. 1 zu § 446.

§ 440. 1. Hagen, SeuffBl. **07** 1075 ff. Neben der Klage auf Erfüllung und der Klage auf Schadensersatz kann der Käufer die Erfüllung einer Nebenverbindlichkeit auch durch die exceptio non rite adimpleti contractus erzwingen. Diese exceptio ist dann nicht mehr begründet, wenn die Erfüllung der Nebenverbindlichkeit für den Verkäufer unmöglich geworden ist; es finden dann die Bestimmungen der §§ 323—325 Anwendung. Einer Leistung, die für gewöhnlich als Nebenverbindlichkeit erscheint, kann durch den Vertragswillen eine so wesentliche Bedeutung beigelegt werden, daß ohne ihre Erfüllung der ganze Vertrag nicht gewollt ist. In einem solchen Falle stehen dem Käufer bei Nichterfüllung dieser Leistung auch die Rechte des § 326 BGB. zu. Vgl. o. § 320 Ziff. 3.

2. **RG.** R. **07** 826. Bei einem Schadensersatzanspruche wegen Nichterfüllung ist betreffs der Zahlungszeit maßgebend das Recht des Wohnorts und Erfüllungsorts des Verkäufers.

§ 443. 1. Arglistiges Verschweigen (JDR. **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 4 zu § 476, **5** Ziff. II 2 zu § 477 und u. Ziff. 2 c zu § 463 und zu § 476). SeuffA. **62** 57 (Bamberg). Ein arglistiges Verschweigen ist nicht auch schon dann anzunehmen, wenn es, objektiv genommen, Treu und Glauben im Rechtsverkehre widerspricht und wenn es subjektiv auf bewußter Lässigkeit beruht (gegen Süßheim, SeuffBl. **66** 208). Selbst dolus eventualis kann hier der erforderlichen Absicht der Täuschung nicht gleichgestellt werden.

2. **RG.** R. **07** 1065. Ist ein Grundstück mit der Bestimmung verkauft, daß auf demselben Etagenhäuser zu errichten seien, so ist es nicht unzulässig, die in dem Kaufvertrag enthaltene Bestimmung, daß den Parteien die dem Grundstück anhaftenden Beschränkungen bekannt seien und daß der Käufer die etwa vorhandenen, mit dem Grundstücke verbundenen Verfügungsbeschränkungen übernehme, wegen ihres allgemein gehaltenen Inhalts dahin auszulegen, daß dadurch die Haftung des Verkäufers nicht ausgeschlossen sein soll, wenn sich herausstellt, daß auf dem Grundstücke zugunsten anliegender Grundstücke die privatrechtliche Dienstbarkeit ruht, daß darauf nur Villen, aber nicht Etagenhäuser errichtet werden dürfen.

§ 446. 1. Zum Begriffe Lasten (JDR. **3** Ziff. 1). **RG.** JW. **07** 669 f., DJZ. **07** 1258. Das BGB. versteht unter „Lasten" nur Leistungen, die aus dem Grundstücke zu entrichten sind und die insofern im Gegensatze zu den Nutzungen stehen, als der Nutzungswert des Grundstücks durch sie gemindert wird. Belastungen zugunsten Dritter, die nur das Eigentums- und Verfügungsrecht einschränken, nicht aber den Eigentümer als solchen zu Leistungen aus dem Grundstücke verpflichten, wie Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten, dingliches Vorkaufsrecht, werden von dem BGB. von dem Ausdrucke „Lasten" nicht mitumfaßt.

2. Gefahrübergang bei Eigentumsvorbehalt s. unten zu § 455 Ziff. 1.

§ 447. 1. Jäger, LeipzZ. **07** 418. Abs. 1 des § 447 ist auch auf den Fall anwendbar, wenn der Transport durch einen Angestellten des Verkäufers bewirkt wird (aM. Düringer-Hachenburg, HGB. III 57, Staudinger, BGB. II Ziff. 49 a Abs. 3 zu § 447). Wie aber § 447 keine Anwendung findet

wenn der Verkäufer den Transport selbst ausführt, so muß dies auch dann gelten, wenn die Angestellten als Vertreter oder Boten an Stelle des Verkäufers stehen.

2. Fischer, IheringsJ. **51** 233. Die Vorschrift des § 447 ist auch für Gattungsschulden nicht zu entbehren. Vgl. Titze, JDR. **2** Ziff. 1. Ob der Ausdruck „Gefahr" in dieser Vorschrift hätte vermieden und entsprechend § 324 Abs. 2 der Inhalt des Gesetzbefehls dahin hätte formuliert werden sollen, daß dem Verkäufer der Anspruch auf den Kaufpreis gewahrt bleibe, ist eine untergeordnete terminologische Frage.

§ 448. 1. *Senckpiehl, DJZ. **07** 592. Den Frachturkundenstempel hat der Käufer zu tragen, da er zu den Versendungskosten zu zählen ist. AM. Lueder, DJZ. **06** 1254.

2. LeipzZ. **07** 237 (LG. Cöln). Wer „Franko"-Lieferung verspricht, muß unter Umständen auch die Kosten der Verpackung tragen.

§ 449. PosMSchr. **07** 89 (Posen) über die Umsatzsteuer wie KG. JDR. **5**.

§ 454. **RG.** R. **07** 1531. Der Verkäufer hat seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag erfüllt, wenn er alles getan hat, was von seiner Seite erforderlich und genügend ist, um dem Käufer das Eigentum zu verschaffen. — Das Rücktrittsrecht des Verkäufers ist noch nicht verloren, wenn der Kaufvertrag von ihm erst teilweise erfüllt ist, also wenn beim Grundstücksverkaufe zwar die Übergabe des Grundstücks erfolgt, aber die Auflassung noch nicht erklärt ist. Vgl. JDR. **1**.

§ 455. 1. Gefahrübergang beim Eigentumsvorbehalte (JDR. **1** Ziff. 3, **2**, **3** Ziff. 1, **4** Ziff. 3, **5** Ziff. 1). HessRspr. **8** 121, SeuffA. **63** 100 (Darmstadt) in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis; Gefahr geht über bereits mit der Übergabe (reiche Literaturangabe).

2. **a)** **RG. 66** 348 ff., JW. **07** 743, LeipzZ. **07** 905. Gegen Dernburg II 2 § 171 Anm. 12 ist nicht anzunehmen, daß der Verkäufer, der die von ihm unter Vorbehalt des Eigentums verkaufte und als solche dem Käufer übergebene Sache vor der vollständigen Zahlung des Kaufpreises, mithin noch während des Schwebens der aufschiebenden Bedingung aus einem Vollstreckungstitel gegen den Käufer selbst im Zwangswege pfänden läßt, schlechthin auf die durch den Eigentumsvorbehalt zu seinen Gunsten begründete Rechtsstellung verzichte. — Es kann unter Umständen ein solcher Verzicht darin liegen. — Ist dies nach den Umständen des Falles anzunehmen, so hat der Verkäufer mit der Kundgabe dieses Verzichts an den Käufer grundsätzlich auch die ihm obliegende Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums erfüllt, denn durch den mit einem solchen Verzichte verknüpften Wegfall der aufschiebenden Bedingung ist der Käufer von Rechts wegen Eigentümer der Sache geworden. Dann aber kann der Käufer, dem das Eigentum verschafft ist, überhaupt nicht mehr aus jener vom Verkäufer gegen ihn durchgeführten Zwangsvollstreckung eine vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit, das Eigentum zu verschaffen, ableiten. Vgl. JDR. **1** Ziff. 1 u. **5** Ziff. 5. **b)** **RG.** R. **07** 642. Dadurch allein, daß der Verkäufer den Anspruch, zu dessen Sicherung der Eigentumsvorbehalt bestimmt war, im Konkurse des Käufers anmeldet, verzichtet er noch nicht auf den Anspruch auf Aussonderung der unter jenem Vorbehalte verkauften Ware. Vgl. auch R. **07** 508 (Colmar).

3. Eigentumsvorbehalt auch an verbrauchbaren Sachen möglich. PuceltsZ. **07** 602 f. (Colmar), vgl. insbes. auch JDR. **1** Ziff. 4.

4. Vgl. auch Francke, ThürBl. **07** 161 f. o. § 433 Ziff. I 6.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

§§ 459 ff. I. Während Crome, System II 459, und Oertmann § 459 Erl. 3 die Mängelrechte mit dem Vertragsschlusse zur Entstehung gelangen lassen, sofern es sich um dauernde Mängel handelt, welche auch zur Zeit des Gefahrüberganges vorhanden sein würden, nimmt Dernburg, BürgR. II (2) § 185 I an,

daß die Gewährschaftsklagen dem Käufer erst in dem Augenblick erwachsen, in welchem die Gefahr der Kaufsache auf ihn übergeht. Demgegenüber glaubt Fischer, JheringsJ. **51** 225, den Zeitpunkt der Entstehung der Mängelrechte aus § 477 ableiten zu sollen; es bestehe kein Grund, daran zu zweifeln, daß diese Verjährungsvorschrift sich im Einklange mit der allgemeinen Bestimmung des § 198 befindet.

II. 1. Analoge Anwendung der §§ 459 ff. (JDR. **5** Ziff. II B 3 c zu § 459 und o. Ziff. II 2 zu § 433). a) **RG.** 15. 11. 07, JW. **08** 8 f. Soweit nicht aus dem Inhalte des Vertrags oder den begleitenden Umständen sich ein anderes ergibt, ist anzunehmen, daß eine erkaufte Pension, die in Wirklichkeit ein der Unzucht dienendes Absteigequartier ist, an einem Mangel leidet, der die analoge Anwendung der §§ 459 ff. zuläßt. Vgl. jedoch HansGZ. **07** Beibl. 181 ff., SchlHolstAnz. **07** 328 (Hamburg). **b)** Auf die entgeltliche Veräußerung eines Handelsgewerbes mit Kundschaft sind die §§ 459, 433 analog anwendbar. R. **07** 1318 (Colmar) wie **RG.** JDR. **5** Ziff. II B 3 c zu § 459. **c)** LeipzZ. **07** 519 (KG.). Die Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff. finden auf den Kauf von Patenten keine Anwendung.

2. BankA. **6** 197, SächsOLG. **28** 58 (Dresden). Werden Waren, die einer Bank von einem Kunden zur Sicherstellung übereignet worden sind, von dem Kunden für Rechnung der Bank an einen Dritten verkauft, so hat die Bank für etwaige Mängel der Ware dem Käufer nicht Gewähr zu leisten, selbst wenn die Fakturierung der Ware von ihr besorgt wurde.

3. **RG.** 6. 10. 06 s. u. § 462 Ziff. 2.

§ 459. I. 1. *Bucerius, GruchotsBeitr. **51** 740. Durch die Vereinbarung einer bestimmten Garantiezeit wird nicht, wie gemeinhin angenommen wird, ein von der Vorschrift des § 477 verschiedener Beginn der Verjährung vereinbart. (Vgl. u. Ziff. II 3 zu § 477.) Vielmehr bedeutet die Übernahme einer zeitlich begrenzten Garantie die Gewährleistung, daß die Kaufsache gewisse Eigenschaften durch die ganze Garantiezeit hindurch fortdauernd haben wird. Die Gewährleistungspflicht erhält dadurch den Charakter einer dauernden Verpflichtung (vergleichbar der Miete). Erfüllt kann diese Verpflichtung erst mit dem Ablaufe der Garantiezeit sein. Die Verjährung bezüglich derart garantierter Eigenschaften beginnt somit erst mit dem Ablaufe der Garantiezeit (entgegen **RG. 65** 119).

2. Breit, Vinkulationsgeschäft (Tübingen 1908) 146. Die Bestimmung im § 459 ist ein Beweis dafür, daß Mangelhaftigkeit der Ware den Gefahrübergang nicht hindert. Für den Spezieskauf erhellt dies daraus, daß § 459 von dem Zeitpunkte spricht, in dem die Gefahr „übergeht", während er sonst von dem Zeitpunkte sprechen müßte, in dem sie (bei Fehlerhaftigkeit) übergehen würde. Dafür, daß es beim Gattungskauf anders ist, fehlt es an jedem Anhalt im Gesetze. Vgl. auch Kohler, Lehrbuch II § 39 III 1, und Goldmann-Lilienthal, BGB. I § 131 I 4.

3. Fischer, JheringsJ. **51** 212. Die §§ 459 ff. und § 243 Abs. 1 schließen einander nicht aus. S. oben Ziff. 1 a zu § 243 und unten zu § 480 Ziff. I 2.

II. Aus der Praxis. A. Abs. 1. 1. **a)** **RG.** R. **07** 181. Es besteht eine gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Nichtvorhandensein von Schwamm. Die Kenntnis von der Feuchtigkeit eines Hauses und dessen Disposition für die Entstehung von Schwamm darf aber nicht der Kenntnis oder grobfahrlässigen Unkenntnis von bereits vorhandenem Schwamme gleichgestellt werden. **b)** **RG.** R. **07** 570. Der sog. polyperius caporarius-Pilz ist in einem neuerbauten Hause fast ebenso gefährlich wie der echte Hausschwamm, sein Vorhandensein ein erheblicher Mangel. **c)** **RG.** JW. **07** 478, SeuffA. **63** 50. Unbewohnbarkeit infolge baupolizeiwidriger Beschaffenheit ist ein Sachmangel. Näheres oben Ziff. 3 a zu § 434 (s. JDR. **2** Ziff. III 1 a, **5** Ziff. II A). **d)** SchlHolstAnz. **07** 67 (Kiel). Wenn Möbel ohne bestimmte Zusicherung verkauft sind, so läßt sich lediglich aus der Tatsache, daß sie

schon gebraucht gewesen sind, ein Wandelungsanspruch nicht herleiten, es sei denn, daß sie durch den Gebrauch in ihrem Werte oder ihrer Tauglichkeit herabgesetzt sind.

2. **RG.** R. **07** 508. § 459 Abs. 1 und somit § 460 Satz 2 können für einen auf §§ 459 Abs. 2, 823 Abs. 2, 826 gestützten Schadensersatzanspruch nicht in Frage kommen.

3. R. **07** 697 (Hamburg). Ist beim Kaufe einer bestimmten Sache die Klausel „tel quel, wie besichtigt" ausgemacht, dann kann sich der Käufer nicht darauf berufen, daß die gelieferte Ware nicht ihrer Bezeichnung entspricht; vielmehr hat die Klausel in einem solchen Falle die Bedeutung, daß die besichtigte Ware ohne Rücksicht auf ihre Beschaffenheit zum Gegenstande des Vertragsabschlusses gemacht ist.

4. **a) RG.** R. **07** 446. Ob eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit der gekauften Sache vorliegt, ist nach der Gesamtheit der Umstände zu beurteilen, und von ganz besonderer Erheblichkeit wird es sein, wieviel die Kosten der Beseitigung des Mangels betragen. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit der Sache kann verneint werden, wenn die zur Ausbesserung des Mangels erforderlichen Kosten nur unerheblich sind. Aber nicht kann umgekehrt eine unerhebliche Minderung des Wertes der Sache angenommen werden, wenn die zur Ausbesserung des Mangels erforderlichen Kosten erheblich sind. Vgl. dazu OLG. Breslau, R. **07** 126. **b) RG.** JW. **07** 173, LeipzZ. **07** 349, SeuffA. **62** 391, HoldheimsMSchr. **08** 16. Die Frage, ob ein Mangel unerheblich im Sinne des Schlußsatzes von Abs. 1 ist, ist teils Tatfrage, teils Rechtsfrage. Es entscheidet nicht immer die Tatsache, daß die Gebrauchstauglichkeit der Kaufsache durch den Fehler erheblich gemindert ist.

B. Abs. 2. 1. **a) RG.** 5. 2. 07, JW. **07** 173, SeuffA. **62** 291, HoldheimsMSchr. **08** 16. Auf Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache findet die Schlußbestimmung des Abs. 1 im allgemeinen keine Anwendung. Es kann jedoch aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles eine solche Zusicherung dahin ausgelegt werden, daß nach dem Willen der Parteien auch bei ihr der in dem Schlußsatze des Abs. 1 enthaltene Grundsatz zu berücksichtigen sei. **b)** BayObLG. **8** 283 ff. Ist die in einem Kaufvertrage zugesicherte Eigenschaft der Lage des Grundstücks an einem öffentlichen Wege in Wirklichkeit nicht vorhanden, so handelt es sich nicht um einen Rechtsmangel, sondern um einen Mangel der Sache. Ist vom Verkäufer das Bestehen einer Grunddienstbarkeit an einem Wege zugesichert, so steht dem Käufer, wenn die Grunddienstbarkeit nicht besteht, ein Anspruch wegen Entwehrung zu.

2. **a) RG.** R. **07** 1399. Sind bei den Verhandlungen über den Verkauf eines Hauses vom Verkäufer Angaben über die Rentabilität des Hauses gemacht, ist dann aber vereinbart, daß alle die Rentabilität betreffenden Aufstellungen ungültig sein sollen, so wird hierdurch nur die vertragsmäßige Haftung des Verkäufers aus der Zusicherung einer bestimmten Ertragsfähigkeit des Hauses ausgeschlossen. Dagegen bleibt für den Ankäufer die Möglichkeit, den Kaufvertrag, wenn jene Angaben für ihn zum Kaufabschlusse bestimmend waren, wegen arglistiger Täuschung anzufechten. **b)** SächsRpflA. **07** 138 (Dresden). Angaben in öffentlichen Anzeigen, z. B. die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft eines zum Verkauf angebotenen Gegenstandes in einer Zeitung, haben nur die Natur von unverbindlichen Anpreisungen. **c)** SächsRpflA. **07** 112 (Dresden). Zusicherung des Verkäufers über den Zinsfuß der zu übernehmenden Hypotheken keine Zusicherung einer Eigenschaft des Grundstücks. **d) RG.** GruchotsBeitr. **51** 942. Die Rentabilität eines herzustellenden Werkes kann nicht eine zugesicherte Eigenschaft darstellen. **e)** R. **08** 2. Beil. 52 (Stuttgart). Das Fehlen eines rechtlich gesicherten Zuganges ist ein Sachmangel des verkauften Hauses. **f)** LeipzZ. **07** 765 (LG. Braunschweig). Der Versender einer Flüssigkeit im mitverkauften Fasse sichert stillschweigend dessen Dichtigkeit zu und ist dem Käufer beim Fehlen dieser Eigenschaft des Fasses für dadurch entstandenes Manko der Flüssigkeit schadensersatzpflichtig.

III. Über das Verhältnis des § 459 zu § 119 Abs. 2 s. oben Ziff. I 1 zu § 119.

§ 460. **RG.** 19. 4. 07, R. **07** 634. Die arglistige Täuschung, deren sich der Verkäufer schuldig gemacht haben soll, hat der Käufer zu beweisen. Bei der Zusicherung eines bestimmten Reingewinns wird diese Beweislast nicht dadurch umgedreht, daß die Kassenbuchführung des Verkäufers eine unzulängliche war und sich beim Mangel von Inventuren und Bilanzen der Jahresgewinn nicht mit Sicherheit feststellen ließ.

§ 462. 1. Recht des Verkäufers auf Nachbesserung (JDR. **3** Ziff. 5, **4** Ziff. 4). a) **RG.** 27. 3. 07, R. **07** 570. Dem Wandelungsanspruche steht das Angebot des Verkäufers, die Ausbesserung des Mangels auf seine Kosten zu bewirken, jedenfalls dann nicht entgegen, wenn der Verkäufer zunächst jede Gewährleistung abgelehnt hat und erst, nachdem es zum Prozesse gekommen ist, mit seinem Angebote hervortritt. b) R. **07** 248 (Frankfurt) wie **RG.** JDR. **4** Ziff. 4 a.

2. **RG.** BayRpflZ. **07** 17, GruchotsBeitr. **51** 935. Die Vorschriften über Wandelung finden nur Anwendung, wenn der Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften fehlen. Die Parteien können die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch Vertrag auf den Fall ausdehnen, daß eine beim Übergange der Gefahr vorhandene Eigenschaft später wegfällt. Eine solche Verabredung, ein Garantievertrag, unterliegt nicht den §§ 459 ff. (aM. anscheinend Staudinger, Bem. IV 10 zu § 459). Vgl. auch schon JDR. **5** Ziff. II B 1 a zu § 459.

3. **RG.** 26. 4. 07, **66** 73 ff., JW. **07** 359. Bei der Preisminderung steht dem Käufer — analog den für die Wandelung entwickelten Grundsätzen, **RG. 58** 423 ff. — das Recht zu, unmittelbar auf Preisminderung und deren Ausführung zu klagen.

4. **RG.** 3. 5. 07, **66** 115, BadRpr. **07** 269. Aus der Tatsache des Gebrauchs, auch eines solchen Gebrauchs, durch den die Kaufsache wesentlich verschlechtert wird, allein kann eine Genehmigung in dem Sinne, daß der Käufer auch mit dem Kaufpreis einverstanden wäre, nicht gefolgert werden. Vgl. JDR. **4** Ziff. 2.

5. SächsRpflA. **07** 84 (Dresden). Wandelung eines Sukzessivlieferungskaufs kann nur verlangt werden, wenn sich bereits feststellen läßt, es würden die noch außenstehenden Lieferungsposten an den nämlichen Mängeln leiden, wie die bereits gelieferten.

6. ElsLothJZ. **07** 289 (Colmar). Nicht eingehaltene Zusicherung der Trockenheit eines Hauses verpflichtet den Verkäufer, sich von dem Kaufpreise soviel abziehen zu lassen, als den Käufer die Vertreibung der Feuchtigkeit kostet.

7. **RG.** JW. **07** 46. Der Übergang von der Wandelungs- zur Minderungsklage stellt eine unzulässige Klagänderung dar.

8. SeuffA. **62** 356 (Hamburg). Im Falle einer Zuviellieferung seitens des Verkäufers ist der Käufer nur dann verpflichtet, eine Ausscheidung des Zuviel vorzunehmen und den verkauften Teil anzunehmen, wenn diese Scheidung ohne Aufwendung besonderer Kosten und ohne Schädigung des Wertes der verbleibenden Einzelteile erfolgen kann.

9. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **07** 262 wie OLG. Kiel, JDR. **5** Ziff. II 5.

10. Über Verlust des Wandelungsanspruchs **RG.** 7. 5. 07 s. u. § 467 Ziff. 3.

§ 463. 1. Krückmann, ACivPr. **101** 207 ff., legt dar, wie unberechtigt es ist, die Schadensersatzklage wegen arglistigen Verschweigens niemals zugleich mit der Wandelungsklage zu geben, sondern sie nur alternativ zuzulassen. Es komme sehr darauf an, was gefordert wird, Ersatz bloß wegen Verletzung der Anzeigepflicht oder auch Interesse an der Erfüllung. Die erste Klage sei mit der Wandelungsklage vereinbar, die zweite nehme allerdings die Wandelungsklage schon in sich auf und biete daher praktisch keinen Raum mehr für sie.

Hiernach unterscheidet Krückmann im Kaufe drei Gruppen von Schadensersatzansprüchen:

a) Schadensersatz wegen Verwahrlosung der Ware (§ 276), der Anspruch geht auf Ersatz des Erfüllungsinteresses, weil aller durch die Verwahrlosung angerichteter

Schaden ersetzt werden muß, folglich bei dieser Klage auch Anspruch auf lucrum cessans gegeben.

b) Anspruch wegen Verletzung der Anzeigepflicht (§ 463). Er geht, wenn die Anzeigepflicht im Augenblicke des Vertragsschlusses und außerdem arglistig verletzt ist, auf das volle Erfüllungsinteresse. Der Anspruch gewährt damnum emergens und lucrum cessans.

c) Anspruch wegen Verletzung der Anzeigepflicht in der Zeit nach dem Vertragsschlusse (§§ 276, 122, 307); er schützt nur das Interesse an der rechtzeitigen Anzeige, gibt an sich keinen Anspruch auf lucrum cessans.

Über das Verhältnis der Ansprüche zueinander s. näheres aaO. 209 f.

2. Aus der Praxis. a) **RG.** 2. 10. 07, **66** 335 ff., JW. **07** 670. Aus der Bestimmung des § 463 ist zu entnehmen, daß nach dem Willen des Gesetzes der betrogene Käufer berechtigt ist, den Verkäufer an seinen falschen Versicherungen über die Eigenschaften der Kaufsache in der Weise festzuhalten, daß er ihn zufolge Fehlens dieser Eigenschaften auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch nimmt. Steht dem Käufer aber ein solcher Anspruch wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft und wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers zu, so muß daraus wegen Gleichheit des Rechtsgrundes geschlossen werden, daß das Gesetz dem Käufer auch wegen Fehlens solcher Eigenschaften, deren Vorhandensein vom Verkäufer beim Vertragsschlusse betrüglich vorgespiegelt worden ist, einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewähren will. Der betrogene Käufer ist also für berechtigt zu erachten, den die Eigenschaften vorspiegelnden Verkäufer auf Schadensersatz so in Anspruch zu nehmen, wie wenn dieser ihm die Eigenschaften vertragsmäßig zugesichert, demnächst aber nicht gewährt hätte (vgl. **RG. 63** 112 f.). JDR. **4** Ziff. 1 zu § 124 u. Ziff. 2 b β zu § 249 u. oben Ziff. 4 a zu § 123 und Ziff. 1 a β zu § 249. **b) RG.** 26. 4. 07, **66** 86 ff., SächsRpflA. **07** 326, BraunschwZ. **07** 114 ff. Der Anspruch aus § 463 verjährt als vertraglicher nach § 195 in 30 Jahren. Selbst wenn man eine Anspruchskonkurrenz mit dem selbständigen, außervertraglichen Anspruch aus unerlaubter Handlung annehmen wollte, so hat sie keinesfalls die Folge, daß auch der vertragliche Anspruch der kurzen Verjährung des § 852 unterliege. Jeder dieser Ansprüche folgt für die Verjährung seinen besonderen Bestimmungen. **c)** Arglistiges Verschweigen (JDR. **2** Ziff. 2 und o. Ziff. 1 zu § 443 und zu § 476). **RG.** SächsRpflA. **07** 132. Sichert der Verkäufer dem Käufer eine Eigenschaft der Kaufsache zu, von der er sich bewußt ist, daß der Käufer auf ihr Vorhandensein bei seiner Entschließung zum Kaufe entscheidendes Gewicht legt, obwohl er nicht weiß, ob seine Angabe richtig oder falsch ist, so verschweigt er nicht nur arglistig seine Unkenntnis von dem Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft, sondern er behauptet zugleich arglistig deren Vorhandensein. **d) RG.** 15. 11. 07, JW. **08** 8 f. Die Bestimmungen der §§ 463 ff. können analog auch auf den Kauf von Vermögens- und Verkehrsgegenständen, die nicht körperliche Sachen sind, angewendet werden, wenn beim Kaufe eines solchen Lebensguts eine Eigenschaft desselben vertraglich zugesichert ist (vgl. oben Ziff. II 1 a zu §§ 459 ff).

§ 464. **RG. 64** 236 ff. bereits JDR. **5** Ziff. 1.

§ 465. I. Rechtliche Natur der Wandelung (JDR. **1, 2, 3, 4, 5** zu § 465). 1. a) *Grabner, GruchotsBeitr. **51** 515 ff. Unter teilweiser Änderung der von ihm ebenda **50** 254 ff. (JDR. **5** Ziff. I 1 a) ausgesprochenen Ansichten wird ausgeführt: Die Vorschrift bedeutet nur einen Weg, wie es zur Wandelung und Minderung kommen kann. Ihr wesentlichster Inhalt ist, daß die Bindung des Käufers erst durch die Erklärung des Einverständnisses von seiten des Verkäufers eintritt, während beim Rücktritte nach § 349 der Rücktrittsberechtigte schon allein durch seine einseitige Erklärung gebunden wird (vgl. o. zu § 349). Die beiden Erklärungen im § 465 sind kein Vertrag, sondern zwei einseitige Erklärungen mit gesetzlich bestimmtem Inhalt und gesetzlich bestimmter zeitlicher Folge. Einigen sich

die Beteiligten über mehr als die bloße Tatsache der Wandelung oder der Minderung, so liegt insoweit ein Vertrag vor. Das Einverständnis des Verkäufers unterbricht als einseitiges Anerkenntnis nach § 208 die Verjährung. — Auf Grund des Einverständnisses, das über die Wandelung oder die Minderung um einen bestimmten Betrag erklärt worden ist, kann der Käufer auf Durchführung der Wandelung oder der Minderung, der Verkäufer bei Einverständnis über die Wandelung auf Rückgabe der Kaufsache klagen, ohne daß sie es nötig haben, in der Klage Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache zu behaupten. Diese Ansprüche unterliegen der dreißigjährigen Verjährung. **b)** Eccius ebenda 529 ff. stimmt Grabner in der Hauptsache bei, aber er erhebt Bedenken dagegen, daß von Grabner der einseitigen Erklärung des Wandelungsverlangens und der einseitigen Erklärung des Einverständnisses damit, obgleich dadurch kein Vertrag zustande kommt, doch die Wirkung beigemessen wird, daß nun die gesetzlichen Rückleistungspflichten ohne Darlegung der Berechtigung des Wandelungsverlangens geltend gemacht werden könnten. Eine solche Folge könne ohne den Abschluß eines formgültigen Anerkennungsvertrags nicht eintreten. Das Einverständnis des Verkäufers mit der Verfolgung des Wandelungsanspruchs durch den Käufer könne den Käufer von der Notwendigkeit der Darlegung des Mangels nicht befreien. Unter Umständen werde das Einverständnis ein außergerichtliches Zugeständnis der Mangelhaftigkeit in sich schließen; eine weitere Rechtswirkung könne ihm nicht beiliegen (531). **c)** ➵ Dem RG. JW. **07** 709 und Eccius ist grundsätzlich darin beizustimmen, daß das einseitige Anerkenntnis des Schuldners nach dem BGB. keine Verbindlichkeit erzeugt; bei dem Einverständnisse des Verkäufers handelt es sich aber nicht nur um ein außergerichtliches Anerkenntnis der Mangelhaftigkeit der Kaufsache, sondern um zwei gesetzlich geregelte Willenserklärungen, die im Gesetztexte besonders hervorgehoben sind. Im Falle des § 465 handelt es sich nicht um ein einseitiges Anerkenntnis im gewöhnlichen Sinne, sondern um ein provoziertes Anerkenntnis. Es ist natürlich, daß sich der Käufer auf diese Erklärung des Verkäufers, die ihre Auseinandersetzung abschließt, beruft, und es ist durchaus angemessen, auf die früheren Vorgänge nur insoweit zurückzugreifen, als sie nicht durch das Einverständnis der Beteiligten erledigt sind. Käufer und Verkäufer sind, wenn man sich so ausdrücken darf, über die Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache längst hinaus, sie sind sich schon darüber einig, wie künftig die Rechtslage gestaltet werden soll. Mehr als das beiderseitige Einverständnis wird sonst regelmäßig nirgends verlangt, ist eigentlich auch gar nicht denkbar. Der Theorie wegen wird aber von der hier bekämpften Ansicht die Hauptsache, das erklärte Einverständnis der beteiligten Personen über die Gestaltung der Rechtslage, ausgeschaltet. Der Käufer wollte mit seinem Verlangen sich eine klare Rechtslage schaffen und dazu eine den Verkäufer bindende Erklärung haben. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Käufer den Verkäufer „festnageln" und dieser seine Verpflichtung bekennen wollte. Zwar erlangt der Käufer durch das Einverständnis auch eine Unterbrechung der Verjährung, aber das ist doch ein von ihm regelmäßig nicht erstrebter Vorteil. Dieser Erfolg ist für ihn überhaupt bedeutungslos, wenn, wie in vielen Fällen geschieht, die Klage noch innerhalb der Verjährungsfrist erhoben wird. Die Hauptsache ist ihm, daß der Verkäufer seine Verpflichtung in bindender Form bestätigt. Statt dessen erreicht er nichts weiter, als daß er selbst in Nachteil kommt, da das Einverständnis, wie in dem zweiten Aufsatz ausgeführt ist, die Bindung des Käufers an sein Verlangen herbeiführt. Sonst wird es gewiß jeder, der an einem Rechtsverhältnisse beteiligt ist, für einen Vorteil ansehen, das Einverständnis des anderen Beteiligten mit der künftigen Gestaltung der Rechtslage erlangt zu haben. Anders der Käufer, der für die Kühnheit, das Verlangen zu stellen, geradezu gestraft wird. Schon diese Konsequenz nötigt anzuerkennen, daß das Einverständnis entsprechend dem verfolgten Ziele

die Grundlage selbständiger Ansprüche ist. — Bezüglich der juristischen Konstruktion kommt in Betracht, daß die einseitige verpflichtende Willenserklärung im Rechte bereits anerkannt ist, wie die Auslobung, die Ausstellung der Schuldverschreibung auf den Inhaber, die Annahme des Wechsels und der Anweisung beweisen. Dabei handelt es sich noch dazu um abstrakte Rechtsgeschäfte, anders beim Einverständnisse des § 465, das sich auf den Kauf gründet. Die Erwägung, die für den Anerkenntnisvertrag zu der Aufnahme der Formvorschrift im § 781 BGB. geführt hat, nämlich, daß der formlose Anerkenntnisvertrag für den Schuldner gefährlich werden könne, trifft deshalb für den Fall des § 465 gar nicht zu. Denn bei der Klage aus § 465 muß der Käufer stets noch den Kaufabschluß behaupten. Wenn übrigens der Verkäufer bei Einverständnis über die Wandelung, Rückgabe der Sache im Klagewege begehrt, so hat er es nicht nötig, in der Klage Mangelhaftigkeit seiner Sache zu behaupten. Für ihn ist das Einverständnis wesentliche Anspruchsgrundlage. Es ist nicht einzusehen, warum es für den Käufer anders sein sollte. — Zuzugeben ist, daß die Erwägung, es könne beim Grundstückskauf auf Grund des Einverständnisses über die Wandelung ohne weiteres Umschreibung des Eigentums auf den Verkäufer begehrt werden, nur theoretischen Wert hat. Die Beteiligten werden nie in der Lage sein, dem Grundbuchamte die Erklärungen in einer dem § 29 GBO. genügenden Form nachzuweisen. — Wird einmal anerkannt, daß der Käufer auf Grund von § 465 klagen kann, so werden sich freilich Fälle finden, wo sich nachträglich herausstellt, daß der reine Wandelungsanspruch wegen Fehlerlosigkeit der Sache niemals begründet war. Dies raubt aber dem Einverständnisse nicht seine anspruchbegründende Bedeutung. ←≡ Grabner.

2. *ten Hompel, Der Verständigungszweck im Rechte, erblickt im Wandelungsrechte das unverjährbare Recht zu formloser Erfüllung einer suspensiven, gesetzlich vorbehaltenen Rücktrittsbedingung, die sich ihrem Wesen nach, eng anlehnt an die suspensive freie Wollensbedingung der vertraglich vorbehaltenen Rücktrittserklärung. Die Zulässigkeit der freien Wollensbedingung aber folgt (wie oben Ziff. 1 zu §§ 158 ff. dargelegt) daraus, daß das Urelement jeden rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, der Verständigungswille, von der Suspendierung des ihm untergeordneten Wirkungswillens nicht berührt wird und also während der Schwebezeit den Wesensträger des Rechtsgeschäfts abgibt. Der Umstand, daß zur Zeit der Redaktion des BGB. der Verständigungswille noch nicht bekannt war und die Zulässigkeit der suspensiven freien Wollenbedingung infolgedessen in ihrer Tragweite und in all ihren für suspendierende Gesetzesvorbehalte möglichen Analogien noch nicht erkannt wurde, läßt die Schaffung des in sich verfehlten verjährbaren Wandelungsanspruchs durch § 465 erklärlich erscheinen.

3. Francke, SeuffBl. **07** 517 ff. Die Einigung des § 465 ist kein Vertrag, der neue Rechte und Verpflichtungen begründen soll. Nach dem Wortlaut und Inhalt ist im § 465 nichts anderes zu erblicken als eine Bestimmung über Ende des Wahlrechts. Da der Kauf sich vollzieht durch die Zug um Zug geschehende Zahlung von Geld und Leistung eines anderen Rechtsgegenstandes, so muß billigerweise die Wandelung des Kaufes erfolgen können durch Zug um Zug gegen Rückzahlung geschehende Rückleistung, nicht etwa durch Rückleistung mit Anspruch auf baldige Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen usw.

II. *Krause, Viehkauf und Viehmangel. Die Wandelung ist erfolgt, sobald der Käufer sich mit ihr einverstanden erklärt. Der Verkäufer erklärt, er nehme das Tier zurück. Käufer klagt jetzt nicht mehr auf Wandelung, sondern auf Erfüllung des Versprechens, Rücknahme des Tieres. Geht das Tier vor der Abnahme durch einen Zufall, den der Käufer nicht zu vertreten braucht, zugrunde, so muß demnach der

Verkäufer den Wert erstatten; denn von dem Augenblick an, wo er erklärte, er nehme das Tier zurück, ging dieses in sein Eigentum über und stand auf seine Gefahr.

§ 467. 1. Wandelungsklage, wenn das gekaufte Grundstück bereits versteigert ist (JDR. **2** Ziff. 3a, **3** u. **4** Ziff. 1). Über einen Fall, in dem den Käufer eines Hotelgrundstücks die Schuld an der Zwangsversteigerung trifft, OLG. Rostock, SeuffA. **62** 357 ff. — Im übrigen wie **RG.** JDR. **4** Ziff. 1 c α.

2. **RG.** 27. 11. 06, **64** 374, JW. **07** 46, DJZ. **07** 238. Eine die Wandelung ausschließende Verschlechterung (§ 351) liegt nur dann vor, wenn die Sache selbst körperlich verschlechtert ist, nicht aber nur durch ein äußeres Ereignis eine ungünstige Auffassung beteiligter Kreise über den Wert oder die Brauchbarkeit herbeigeführt ist. (Vgl. o. Ziff. 2 zu § 351).

3. **RG.** 28. 6. 07, R. **07** 1065. Ein Verschulden des Käufers oder der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, im Gebrauche der Kaufsache kann den Verlust des Wandelungsanspruchs und damit auch des Rechtes, die Zahlung des Kaufpreises nach § 478 zu verweigern, dann zur Folge haben, wenn durch dieses Verschulden vor Vollziehung der Wandelung eine wesentliche Verschlechterung der Kaufsache bewirkt worden ist.

4. **RG.** 7. 5. 07, R. **07** 764. Wenn der Verkäufer trotz begründeter Klage des Käufers auf Wandelung und Zurückzahlung des angezahlten Kaufpreises bei eigenem Verzuge nachträglich einen Schuldtitel gegen den Käufer erwirkte und statt von seinem Verzug abzustehen, diejenigen Grundstücke, die er zurücknehmen sollte und damals noch zurücknehmen konnte, zur Zwangsversteigerung brachte, so handelte er auf eigene Gefahr und Kosten und verursachte selbst die Unmöglichkeit der Herausgabe.

5. **RG.** 26. 4. 07, **66** 61, R. **07** 1198. Durch ein Urteil, das die Wandelung eines Kaufvertrags rechtskräftig ausgesprochen hat, wird ein einem gegenseitigen Vertrage gleichzustellendes Verhältnis geschaffen.

6. Über Fracht- und Zollkosten s. JDR. **5** Ziff. II a u. unten zu § 488 Ziff. 1.

§ 469. 1. **RG.** 17. 5. 07, **66** 154, JW. **07** 478, LeipzZ. **07** 589. Aus der Art der Preisbestimmung ist ein entscheidendes Moment dafür, daß ein Ausnahmefall des Satz 2 gegeben, nicht herzuleiten. Neben der objektiven Zusammengehörigkeit muß im Falle des Satzes 2 die Absicht sowohl des Verkäufers als des Käufers dahin gehen, über die mehreren Sachen lediglich in ihrer durch einen gewissen Zweck bestimmten Zusammengehörigkeit zu kontrahieren. Sodann ist erforderlich, daß für den Vertragsteil, der die Erstreckung der Wandelung auf die mangelfreien Sachen verlangt, durch die Trennung als solche wegen des durch die Zusammengehörigkeit bedingten höheren Wertes ein wirtschaftlicher Nachteil entstehen würde, wobei auch subjektive berechtigte Interessen des Beteiligten nicht auszuschließen sind.

2. R. **07** 1318 (Breslau). Der Wandelung mit sämtlichen Sachen steht bei dem Kaufe einer Einrichtung für den Haushalt oder für einzelne Räume des Haushalts die Festsetzung der Preise für die einzelnen Stücke durchaus nicht entgegen, da ein solcher Kauf von der Zusammengehörigkeit der Sachen ausgeht. Bedingung für die Ausdehnung der Wandelung auf die mangelfreien Stücke ist jedoch grundsätzlich, daß in deren Zurückbehaltung ein Nachteil für den die Ausdehnung verlangenden Käufer oder Verkäufer liegen würde. Der Nachteil kann füglich in einer geringeren Gleichmäßigkeit der Bauart oder der Farbe bei der Ersatzanschaffung gefunden werden.

§ 470. Begriff der Nebensache (JDR. **2**). Weil, Begriff und Bedeutung der Nebensachen und Zutaten (München 1907) 21. Es ist nicht angängig, ohne weiteres das Zubehör unter die Regel des § 470 zu stellen (aM. Planck zu § 470). Eine Mangelhaftigkeit der Nebensache kann nie auch Wandelung der Hauptsache zur Folge haben; diese erstreckt sich vielmehr lediglich auf die mangelhafte Neben-

sache. Nun steht aber fest, daß wegen mangelhaften Zubehörs auch die Hauptsache gewandelt werden kann. Wäre das Zubehör Nebensache, so würde dies unmöglich sein.

§ 472. 1. Wie ist die Minderung des zum Teil gestundeten Kaufpreises zu vollziehen? a) Gegenüber den Ausführungen von Fraenkel (JDR. **4** Ziff. 1) sowie Sternberg und Kaufmann (JDR. **5** Ziff. I) führt Lindemann, DJZ. **07** 421, aus: Der Käufer kann weder Rückzahlung der angezahlten Summe noch verhältnismäßige Rückzahlung und Befreiung von der Restschuld fordern, sondern er muß dem Verkäufer die Wahl überlassen; im Falle der gerichtlichen Geltendmachung ist die Klage auf Rückzahlung oder teilweise Befreiung oder Verbindung beider Minderungsarten nach Wahl des Beklagten zu richten; im Falle der Verurteilung bestimmt sich nach § 264 der Zeitpunkt, in dem das Wahlrecht des verurteilten Verkäufers endgültig durch die vom Kläger getroffene Wahl ausgeschlossen wird. b) Hagemann, R. **07** 631, hält es für das natürlichste, die Herabsetzung des Kaufpreises nur an dem gestundeten Teile des Preises vorzunehmen. c) Kiefe, JW. **07** 355, will den Minderungsbetrag verhältnismäßig auf Bar- und Stundungsbetrag verteilen. Insoweit der bezahlte Barbetrag den geminderten Barbetrag übersteigt, sei der Verkäufer ungerechtfertigt bereichert, er hat etwas erhalten, was noch nicht fällig war, was zu verlangen er noch kein Recht hatte. § 813 Abs. 2 bestimme aber, daß die Rückforderung ausgeschlossen sei, wenn eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt wird. Der zuviel bzw. zu früh gezahlte Betrag kann demnach nicht zurückgefordert werden, insolange durch den bezahlten Barbetrag der Gesamtkaufpreis nicht erreicht sei.

2. Über das internationale Privatrecht bei einer Minderungsklage vgl. **RG.** o. Ziff. 4 h zu § 269.

§ 474. **RG.** DJZ. **07** 1377. Wer sich für den Kaufpreis dem Verkäufer gegenüber verbürgt hat, kann auch selbständig zwar nicht Wandelung, wohl aber Minderung des Kaufpreises fordern.

§ 476. Arglistiges Verschweigen (vgl. o. § 443 Ziff. 1 und Ziff. 2 c zu § 463). **RG.** LeipzZ. **07** 343. Darin, daß der Verkäufer dem Käufer davon keine Mitteilung macht, daß die bestimmte, verkaufte Ware schon einmal von einem anderen Käufer wegen erheblichen Mangels mit Recht zur Verfügung gestellt worden ist, liegt noch kein arglistiges Verschweigen. Hat aber der Verkäufer den Käufer zum Verzicht auf Gewährleistung durch das Vorgeben bestimmt, es sei sein Prinzip, nur neue Ware am Boden zu haben, so ist das Verschweigen des Fehlers ein arglistiges. Der Verkäufer kann sich auf den Ausschluß der Gewährleistung nicht berufen.

§ 477. I. 1. a) Schultze, ABürgR. **30** 143 ff., tritt — ebenso wie Müller, JDR. **5** Ziff. I — der Ansicht des RG. (JDR. **1** Ziff. 1 u. **3** Ziff. 1) entgegen, daß der dem Käufer zustehende allgemeine Anspruch aus schuldhafter Vertragsverletzung gleichfalls der kurzen Verjährung des § 477 unterliege, weil es an der für analoge Ausdehnung des § 477 erforderlichen eadem ratio fehle (157). Die einzelnen Argumente der beiden RGEntscheidungen werden (156—160) widerlegt. Zum Schlusse wird darauf hingewiesen, daß außer der Rechtskonsequenz auch das dringende praktische Bedürfnis gegen die Anwendung der kurzen Verjährung spreche (162). b) Auch Krückmann, ACivPr. **101** 231, meint, die Gründe des RG. schlügen nicht durch, seien zum Teil nur rein äußerlicher Natur; de lege ferenda lasse sich für die kurze Verjährungsfrist einiges sagen, wenn es sich nicht um Arglist und grobe Fahrlässigkeit handelt, de lege lata aber sei § 477 in keiner Form anwendbar.

2. Düringer, LeipzZ. **07** 131 f. Die kurze Verjährung der Gewährleistungsansprüche paßt nur für den Verkauf von „Sachen", deren Beschaffenheit der Käufer schon nach kurzer Zeit zu beurteilen in der Lage ist; für den Fall der Veräußerung eines ganzen Handelsgeschäfts sind die Grundsätze über Rechtsgewährleistung und Vertragserfüllung im allgemeinen, wie sie beim Verkaufe von Rechten zur An-

wendung kommen, und nicht die besonderen Vorschriften über die Sachgewährleistung des § 477 maßgebend. Gegenüber **RG. 63** 57 ff. (JDR. **5** Ziff. II B 3 c zu § 459) empfiehlt es sich jedenfalls, die Verjährungsfrist für die Gewährleistung beim Verkaufe von Handelsgeschäften durch Vereinbarung zu verlängern.

3. Über das Verhältnis von Garantiezeit und Verjährungsfrist vgl. *Bucerius, GruchotsBeitr. **51** 740 oben Ziff. I 1 zu § 459 und über das des § 477 zu § 198 **RG.** oben Ziff. 1 zu § 198.

II. Aus der Praxis. 1. Verlängerung der Verjährungsfrist (JDR. **4** Ziff. 5, **5** Ziff. II 7). **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 47, BadRpr. **07** 80, LeipzZ. **07** 289. Aus dem Bestehen eines Handelsgebrauchs, wonach die Untersuchung der Ware nicht am Ablieferungsorte, sondern erst am Bestimmungsorte zu geschehen hat, ist, von besonderen Umständen abgesehen, nicht ein Einverständnis des Verkäufers mit einer entsprechenden Verlängerung der nach § 477 BGB. von der Ablieferung der Ware ab laufenden Verjährungsfrist des Wandelungsanspruchs zu folgern.

2. Lieferung nicht bestellter Ware (JDR. **2** Ziff. 3, **4** Ziff. 2). PosMSchr. **07** 23 (Marienw.). Die Verjährungsfrist des § 477 greift dann nicht Platz, wenn der Verkäufer eine andere als die bestellte Ware geliefert hat.

3. Verabredung einer Garantiefrist (JDR. **2** Ziff. 3, **5** Ziff. II 3). **a)** **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 169, SeuffBl. **08** 36. Durch die Übernahme einer zeitlich unbestimmten Garantie wird beim Kaufe der Beginn der Verjährung der Gewährleistungsansprüche nicht hinausgeschoben. **b)** Über die Bedeutung der Verabredung einer Garantiefrist **RG.** 25. 1. 07, DJZ. **07** 426, HansGZ. **07** Hptbl. 183 ff. im wesentlichen übereinstimmend mit OLG. Hamburg, JDR. **5** Ziff. II 3.

4. **RG.** 28. 2. 07, **65** 245 ff., JW. **07** 248. Die Verjährung der Gewährleistungsklagen beginnt bei Grundstücken mit der Übergabe, aber nicht vor Entstehung des Anspruchs, bei einem vormundschaftsgerichtlich zu genehmigenden Vertrag erst mit dem Tage der wirklichen Genehmigung.

5. **RG.** JW. **07** 138. Die Wahrung der Frist für die Mängelanzeige schließt die Verjährungsfrist für die Klaganstellung nicht aus.

6. R. **07** 1257 (Frankf.). § 477 nicht auf Ansprüche aus einer bereits vollzogenen Wandelung anwendbar. Vgl. JDR. **1** Ziff. 1.

7. Wie **RG. 56** 167 ff. (JDR. **3** Ziff. 1) auch **RG.** 12. 3. 07, HoldheimsMSchr. **07** 146, LeipzZ. R. **07** 429, **07** 570.

8. Abs. 2. **a)** **RG.** 10. 10. 07, **66** 365 ff., JW. **07** 739. Bleibt der Antrag des Käufers auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises bei Gericht liegen und wird er von dem Antragsteller nicht weiter betrieben, so ist hierin nicht eine Zurücknahme des Antrags zu finden, vielmehr kommt § 211 Abs. 2 zur entsprechenden Anwendung. **b)** **RG.** 26. 10. 07, **66** 412, JW. **07** 743 f. Unterbrechung der Verjährung durch Beweissicherungsantrag findet nicht statt, wenn der Antragsteller bittet, zur Zeit noch nicht dem Antrage gemäß zu verfügen. **c)** **RG.** 10. 10. 07, R. **07** 1396. Wird der Antrag wegen Sicherung des Beweises bei einem unzuständigen Gerichte gestellt, so gilt die Verjährung mindestens so lange als unterbrochen, als der Antrag nicht wegen dieser Unzuständigkeit abgewiesen ist. — Vgl. JDR. **1** zu § 212.

9. Über Zusicherung vgl. oben § 459 Ziff. II B 2 und über arglistiges Verschweigen o. zu § 476 u. § 443 Ziff. 1.

§ 478. I. 1. *Schaper, JheringsJ. **52** 233 ff. Die Existenz der Wandelungseinrede läßt sich nicht aus Rechtserwägungen allgemeiner Art herleiten, sondern beruht auf positiver, allerdings nur implicite gegebener Gesetzesvorschrift (233—244). Die Wandelungseinrede ist nicht eine prozessuale Form für die Geltendmachung des Wandelungsanspruchs, auch nicht ein Teil dieses als eines umfassenderen Rechtes; sie besteht vielmehr als besondere materielle Befugnis neben ihm; aber nicht derart „selbständig“, daß beide nur die Entstehungstatsachen gemein

haben, sondern so, daß das Bestehen des Wandelungsanspruchs oder des aus der vollzogenen Wandelung sich ergebenden Befreiungsanspruchs die Voraussetzung der Wandelungseinrede ist (245—255). — Die Geltendmachung der Wandelungseinrede stellt sich nicht als „Wandelungsverlangen" dar; denn sie kann auch von solchen geltend gemacht werden, die keine Wandelung verlangen können, z. B. vom Bürgen, Schuldübernehmer, Verpfänder usw; auch gegenüber solchen, die zur Wandelung nicht verpflichtet sind, z. B. dem Zessionare des Verkäufers, dem aus dem Vertrage zugunsten Dritter Berechtigten. Dann ist aber auch (nach der Vertragstheorie) mit der Geltendmachung nicht eine Offerte auf Vertragschluß begrifflich verbunden; macht doch überhaupt, wer durch Mahnung oder Klagerhebung Abschluß eines Vertrags verlangt, damit nicht notwendig eine Vertragsofferte (256—258). — Zur wirksamen Geltendmachung der Wandelungseinrede ist nicht erforderlich, daß der Käufer auf die Replik des Verkäufers hin die bereits empfangene Kaufsache zurückgebe oder anbiete (268—271).

Wie gelangt der infolge der Wandelungseinrede mit seiner Kaufpreisklage abgewiesene Verkäufer wieder in den Besitz der schon gelieferten Kaufsache? Die Meinung, das abweisende Urteil bewirke eine Vollziehung der Wandelung im Sinne der Vertrags- oder der Restitutionstheorie oder eine tatsächliche Restitution im Sinne der letzteren, ist abzulehnen; für eine Analogie fehlen die Voraussetzungen; eine Offerte, durch deren Annahme der Verkäufer die Wandelung vollziehen könnte, liegt nach dem Gesagten nicht vor; von ungerechtfertigter Bereicherung des Käufers kann nicht die Rede sein (271—287). Die Lösung der Frage wird gefunden in der Erkenntnis, daß die Wandelungseinrede keine peremptorische, sondern eine dilatorische ist. Sie kann nicht peremptorisch sein, weil ihre von dem Fortbestande des Wandelungsanspruchs abhängige Dauer von vornherein ungewiß ist. Auch lassen sich auf sie nicht die gesetzlichen Bestimmungen über dauernde Einreden (§§ 813, 886, 1169, 1254), wohl aber die über aufschiebende Einreden (§ 202) anwenden; und die Anwendung der Vorschriften über Einreden im allgemeinen (§§ 334, 404, 417, 768, 1137, 1211 BGB., 129 HGB.) würde zu Widersprüchen führen, wenn man die Wandelungseinrede als dauernde auffaßte (287—299). Aus der hier vertretenen Anschauung folgt, daß der mit seiner Kaufpreisklage abgewiesene Verkäufer nicht ohne weiteres auf Rückgabe der gelieferten Kaufsache klagen kann. Er kann aber gemäß § 466 den Käufer zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Bejaht dieser, so ist nunmehr die Wandelung vollzogen und der Anspruch auf Herausgabe der Kaufsache gegeben. Im anderen Falle sind Wandelungsanspruch und zugleich Wandelungseinrede erloschen, und der Verkäufer dringt jetzt mit einer erneuten Kaufpreisklage jedenfalls insoweit durch, als nicht die Minderungseinrede reicht (299—302).

2. Ritter, R. **07** 221 ff. Der Verkäufer einer Sache klagt auf Zahlung des Restkaufgeldes, der Wandelung begehrende Käufer erhebt Widerklage auf Rückerstattung des bereits Gezahlten und verweigert die Zahlung des Restkaufpreises. Der Verkäufer macht zu Recht die Einrede der Verjährung des Wandelungsanspruchs geltend und die Mängeleinrede des Käufers ist gleichfalls begründet. In einem solchen Falle führt die Wandelungseinrede des Käufers zur Abweisung der Klage und die Verjährungseinrede des Verkäufers zur Abweisung der Widerklage. — Der Wandelungsanspruch ist und bleibt verjährt, die Wandelungseinrede hat nur die Wirkung, daß, wenn der Verkäufer eine Anzahlung empfangen hat, sein Anspruch auf den Restkaufpreis zurückgeschlagen wird, und er nunmehr Rückgewähr der Kaufsache zu einem dem Restkaufpreis entsprechenden Bruchteile verlangen oder den in der Wandelungseinrede liegenden Antrag auf Schließung eines die teilweise Rückgängigmachung des Kaufes bezielenden Vertrags annehmen kann

(vgl. hierüber näheres Nissen, JDR. **1** Ziff. 1). Im Verlaufe der Rückgängigmachung werden Verkäufer und Käufer Miteigentümer der Kaufsache nach Bruchteilen, die sich aus dem Verhältnisse des gezahlten und des nicht gezahlten Betrags zum Kaufpreis ergeben. Die Bruchteilgemeinschaft wird im übrigen durch die §§ 741 bis 758 BGB. bestimmt; insbesondere kann jeder Teilhaber jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen und im Wege der §§ 752 ff. BGB. erforderlichenfalls, also im Wege des Pfandverkaufs herbeiführen.

3. Marcus, R. **07** 45. Bedient sich der Käufer bei Erstattung der Anzeige eines Boten zur mündlichen Ausrichtung der Mitteilung und dieser unterläßt sie gänzlich oder entstellt sie, dann trifft die Gefahr jenen und nicht den Adressaten.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 28. 9. 07, **66** 332 ff., JW. **07** 708. Die Wandelungseinrede ist dem Bürgen zu versagen (ebenso Dernburg II 395, Crome II 878); dagegen ist die Minderungseinrede ihm zu gewähren.

2. LeipzZ. **07** 234 (Hamburg). Das vor der nach § 478 erfolgten Mängelanzeige Gezahlte kann auch auf Grund des § 813 nicht als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden (näheres s. JDR. **5** Ziff. 1 b). Ebenso Ritter, R. **07** 225, o. Ziff. I 2.

§ 480. I. 1. Krückmann, Unmöglichkeit u. Unmöglichkeitsprozeß, AZivPr. **101** 195. Der Schadensersatzanspruch wegen arglistigen Verschweigens gehört gar nicht zum Gewährleistungsrechte, sondern zum Verschuldensrecht und fällt daher grundsätzlich unter § 276. Die Sonderbestimmungen über arglistiges Verschweigen von Mängeln sind eine rein versehentliche Wiederholung des im § 276 allgemein ausgesprochenen Grundsatzes, die nur dadurch möglich gewesen ist, daß man das Wesen der Haftung wegen arglistigen Verschweigens von Mängeln der Sache noch nicht richtig erkannt hatte. Vgl. hierzu Kipp, JDR. **2** Ziff. 2.

2. Fischer, JheringsJ. **51** 212. (Vgl. o. Ziff. 1 a zu § 243). Die §§ 243 Abs. 1 und 459 ff. schließen einander nicht aus. Es ist sehr wohl möglich, daß die Gattungsware von mittlerer Art und Güte und doch mit einem Sachmangel behaftet ist. AM. Planck, § 480 Erl. 1.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 9. 7. 07, R. **07** 1065. Der Verkäufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache ist bei schuldhafter Lieferung einer mangelhaften Sache dem Käufer aus diesem Verschulden zum Ersatze des durch den Mangel verursachten Schadens verpflichtet. Da aber das schuldhafte Verhalten des Verkäufers einen besonderen und selbständigen Grund des Schadensersatzanspruchs bildet, so ist es von dem, der den Schadensanspruch erhebt, zu beweisen.

2. HansGZ. **07** Hptbl. 210, BauersZ. **15** 21 (Hamburg). Im Falle des Abs. 2 ist der Käufer berechtigt, unter Zurückweisung der Ware Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags schlechthin zu verlangen. — Wie **RG.** JDR. **1** Ziff. 2. — Ist die einheitlich gekaufte, generisch bestimmte Ware nur teilweise mangelhaft, so ist in der Regel der Käufer weder befugt noch verpflichtet, die mangelhaften Teile auszuscheiden und sie unter Annahme des Restes dem Verkäufer zur Verfügung zu stellen. Vgl. JDR. **3** Ziff. 7 zu § 462.

§ 481 ff. 1. Fröhlich, BreslauAK. **07** 13 f. Die Übernahme der Gewährleistung für alle Mängel oder die Zusicherung der Gesundheit und Fehlerfreiheit (bei Viehkäufen) sind (nachdem § 428 d. Entw. II gestrichen) nach §§ 133, 157 BGB. auszulegen. Nur solche Zusicherungen können für unverbindlich erachtet werden, welche offenbare Übertreibungen enthalten, die für den Käufer erkennbar sind. Handelsmißbräuche können dabei nicht berücksichtigt werden. Die allgemeine Zusicherung, daß ein Tier „gesund und fehlerfrei" sei, wird in der Regel in dem Sinne ausgelegt werden können, daß es von allen erheblichen gesundheitlichen und sonstigen Fehlern frei sei, welche seine Brauchbarkeit im allgemeinen und zu dem ausgesprochenen Zwecke, für welchen es gekauft wird, beeinträchtigen.

2. Krückmann, BayRpflZ. **07** 29, stimmt Stölzle (JDR. **5** Ziff. I 2) im Ergebnisse zu, hält aber seine Begründung für unrichtig. — Stölzle hält Bay. RpflZ. **07** 145 seinen früher vertretenen Standpunkt gegenüber den Ausführungen Meisners (JDR. **5** Ziff. I 3) aufrecht.

§ 482. Abs. 2. Schumacher, JW. **07** 220 ff. Die Kaiserl. V. v. 27. März 1899 umfaßt auch das als minderwertig zur Freibank verwiesene Fleisch; wenn von einem an Tuberkulose erkrankten Schlachttiere (Rindvieh oder Schwein) mehr als die Hälfte des Schlachtgewichts auf die Freibank gelangt, so hat der Käufer das Recht, aus diesem Grunde den Kauf rückgängig zu machen. Vgl. auch JDR. **2**.

§ 485. *Krause, Viehkauf und Viehmängel. Aus der Mängelanzeige muß genau zu ersehen sein, wegen welcher Mängel der Käufer Wandelung verlangt. Eine allgemeine Mitteilung, das Tier sei krank, genügt nicht. Denn für „Krankheit" hat der Verkäufer ja nicht garantiert, sondern eben nur für gesetzliche Fehler. Man kann nicht sagen, es sei ordnungsmäßig gerügt, wenn der Käufer die Veränderungen an dem Tiere im einzelnen näher beschreibt, da er als Laie die Krankheit nicht mit dem technischen Ausdrucke wiedergeben könne, denn nach § 484 muß der Hauptmangel sich innerhalb der Gewährfrist zeigen, und eben dieser Hauptmangel muß innerhalb zweier Tage nach Ablauf der Gewährfrist dem Verkäufer angezeigt werden. Ist der Käufer im unklaren, ob das Tier einen Hauptmangel hat, dann mag er eben einen Tierarzt zuziehen, oder all die Hauptmängel dem Verkäufer anzeigen, an welchen das Tier nach seiner Ansicht möglicherweise leiden könnte. Vgl. JDR. **4** Ziff. 2 und **5**.

§ 487. RheinA. **104** I 83 (Cöln). Der Käufer eines Schlachttiers ist zur Wandelung berechtigt, wenn das Fleisch wegen Tuberkulose auf die Freibank verwiesen wird. Vgl. oben zu § 482.

§ 488. 1. Erstattung von Transportkosten (JDR. **3** Ziff. 1 b, **5** Ziff. 2). a) *Krause, Viehkauf u. Viehmängel. Aus der Nichterwähnung der Transportkosten im § 488 kann nicht geschlossen werden, daß diese nicht zu ersetzen seien. Der Verkäufer muß vielmehr dem Käufer allen jenen Schaden ersetzen, den er hatte, also auch die Transportkosten. A. verkauft das Tier an B. nach Halle, B. an C. nach Berlin. Im Falle der Wandelung muß A. nun sowohl die Kosten des Transports nach Halle und von Halle nach Berlin, als auch die Rücktransportkosten zahlen. b) Darüber, daß bei der Wandelung eines Pferdekaufs der Verkäufer die Transportkosten, die durch den Rücktransport entstehen, zu tragen hat, LG. Kiel, SchlHolstAnz. **07** 267 wie **RG. 55** 105 u. **57** 12. Vgl. auch JDR. **5** Ziff. 2. c) **RG.** PucheltsZ. **07** 124. Ebenso wie Futterkosten (JDR. **2** Ziff. 1) sind auch Fracht- und Zollkosten zu behandeln.

2. BadRpr. **07** 44 (AG. Adelsheim). Im Falle gesetzlicher Gewährleistung kann der Erwerber eines Tieres, der das Tier weiterverkauft hat und auf die Wandelungsklage des Käufers zur Zurücknahme verurteilt worden ist, nicht im Regreßwege von einem Veräußerer Ersatz der Kosten des Vorprozesses verlangen; denn § 488 ist einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich und ein sonstiger Rechtsgrund für die Erstattung der Vorprozeßkosten liegt nicht vor.

§ 490. SchlHolstAnz. **07** 265 (Kiel). Die sechswöchige Verjährungsfrist des § 490 greift auch Platz, wenn ein nicht zu den in der Kaiserl. V. v. 27. März 1899 aufgezählten Hauptmängeln gehöriger Mangel vorliegt.

§§ 490, 492. Anwendbarkeit der §§ 478, 479 (JDR. **1** Ziff. 4 und **2** zu § 490, sowie **2** Ziff. 1 a, c, **4** zu § 492, **5** Ziff. I zu §§ 490, 492). Fröhlich, BreslauAK. **07** 13 f. Der Viehkäufer, der wegen Fehlens besonders zugesicherter Eigenschaften oder Vorhandenseins von anderen Mängeln als Hauptmängeln, deren Nichtvorhandensein zugesichert war, nach Ablauf der Verjährungsfrist die Zahlung des Kaufpreises verweigert, oder mit dem Anspruch auf Schadens-

ersatz aufrechnen will, muß die im § 478 BGB. bezeichneten Handlungen noch vor Ablauf der durch §§ 481, 490 Abs. 2 für Viehmängel bestimmten sechswöchigen Verjährungsfrist vornehmen. Es macht hierin keinen Unterschied, ob die Fehler, für deren Nichtvorhandensein die Gewährleistung übernommen wird, einzeln aufgezählt sind, oder ob nur Gesundheit und Fehlerfreiheit allgemein zugesichert ist.

§ 492. 1. Zusicherung der Trächtigkeit (JDR. **1** Ziff. 2 u. 3, **4** Ziff. 2 a, **5** Ziff. I). a) Gegen Schefold, JDR. **5** Ziff. I a, Krückmann, BayRpflZ. **07** 30, der das Vorliegen einer Gewährfrist bei der Trächtigkeitsgarantie verneint und eine einfache Gutsage wegen eines bestimmten zur Zeit der Gutsage vorhandenen Stadiums der Trächtigkeit annimmt. Er wendet sich (30 Anm. 1) auch gegen die von Stölzle (JDR. **5** Ziff. I b) gemachte Unterscheidung zwischen Gutsage für Trächtigkeit schlechthin und Gutsage mit einem bestimmten Endtermine. **b)** *Krause, Viehkauf und Viehmängel. Sichert Käufer Trächtigkeit des Tieres zu, dann haftet er nur dafür, daß das Tier zur Zeit des Gefahrüberganges trächtig ist; er haftet aber nicht dafür, daß das Tier wirklich ein lebendes Junges zur Welt bringe. Will der Käufer dafür Garantie haben, so muß er sich dies ausdrücklich zusichern lassen. Hat der Käufer nun nur eine Garantie für Trächtigkeit ohne Angabe eines bestimmten Zeitpunkts, wann die Trächtigkeitsfrist ablaufe, so kann er nicht etwa die Trächtigkeitsdauer als solche annehmen, diese abwarten und dann, wenn das Tier nach Ablauf der Trächtigkeitsdauer kein Junges geworfen hat, klagen, nein, er muß vielmehr, wenn er seine Rechte sich wahren will, innerhalb 6 Wochen nach der Übergabe die Klage zugestellt haben. Denn wollte man annehmen, man könne die normale Trächtigkeitsdauer abwarten und brauche dann erst zu klagen, so würde man mit anderen Worten sagen, die Trächtigkeitsfrist trete hier an die Stelle der Gewährfrist. Dies kann aber nie sein. Die Gewährfrist ist eine nach Tagen bestimmte Frist. Die Trächtigkeitsfrist ist aber nicht eine genau nach Tagen bestimmte Frist. Die einen rechnen beim Rindviehe 282 Tage, andere 284, andere 290 Tage und andere noch mehr. Will also der Käufer die Trächtigkeitsfrist abwarten, dann muß er sich garantieren lassen, wann diese abläuft und zwar einen bestimmten Zeitpunkt. Dann haftet der Verkäufer dafür, daß das Tier bis zu diesem Tage unter normalen Umständen ein lebendes Junges zur Welt bringt. Tritt dies nicht ein, dann kann Käufer innerhalb zweier Tage nach Ablauf der garantierten Frist die Mängelanzeige machen und innerhalb sechs Wochen klagen.

2. Stölzle, R. **07** 693 f. Die Behauptung, daß das Tier zur Zeit der Übergabe die zugesicherte Eigenschaft nicht besessen hat, gehört zur Begründung des Gewährleistungsanspruchs und ist daher vom Käufer zu beweisen. Hat der Käufer das Tier dagegen nicht angenommen mit der Behauptung, es sei krank, so ist es Sache des Verkäufers, den Beweis zu liefern, daß es gesund sei.

3. *Krause, Viehkauf und Viehmängel. In den Worten „es ist ein schönes Tier", „es ist kein Tadel an dem Tiere" usw. liegt nicht schon eine Garantie. Solche Worte kann man nur für leere Anpreisungen halten. Der Verkäufer muß vielmehr klar zu erkennen geben, daß er wirklich eine Garantie für außergesetzliche Fehler übernehmen wolle.

III. Besondere Arten des Kaufes.

Zu §§ 495, 497, 504. *ten Hompel, Verständigungszweck im Rechte, hält die Erklärung der Probebilligung, des Wiederkaufs und des Vorkaufs für gesetzlich geregelte Fälle der Erfüllung einer suspensiven freien Wollensbedingung. Die Zulässigkeit der suspensiven freien Wollensbedingung aber folgt, wie oben Ziff. I zu §§ 158 ff. dargelegt, daraus, daß das Urelement jedes rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, der Verständigungswille, von der Suspendierung des ihm untergeordneten Wirkungs-

willens nicht berührt wird und also während der Schwebezeit den Wesensträger des Rechtsgeschäfts abgibt.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

§ 495. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 522 ff. Die Billigung beim Probekaufe kann auch als sog. Willensgeschäft erfolgen, z. B. durch Verbrauch der Sache oder sonstige Verfügungen. Über die Behandlung s. oben Ziff. I 1 zu §§ 116 ff. und Ziff. I 1 zu § 133.

2. Kauf mit Umtauschklausel (JDR. **5** Ziff. I, **1** zu § 495). KGBl. **07** 94 (KG.). Bei einem Kaufe mit dem Rechte auf Umtausch des Kaufgegenstandes ist die Gefahr des zufälligen Unterganges der Sache, der nach der Erklärung, aber vor Ausübung des Umtausches eintritt, vom Käufer zu tragen.

2. Wiederkauf.

Literatur: v. Seuffert, Wiederkaufsrecht und Wiederverkaufsrecht während des Konkurses, LeipzZ. **07** 20—26.

§ 497. 1. v. Seuffert, LeipzZ. **07** 22. In dem Vorbehalte des Wiederkaufsrechts wie des Wiederverkaufsrechts ist die Abschließung eines zweiten, durch die rechtzeitige Willenserklärung des Berechtigten bedingten Kaufvertrags gelegen. →→ Anm. 1 u. 2 eingehende Literaturangaben. ←← Deshalb muß, wenn vor der Ausübung des Wiederkaufs- oder des Wiederverkaufsrechts das Konkursverfahren über das Vermögen des Berechtigten oder des Verpflichteten eröffnet ist, die Ausübung dieses Rechtes durch den Konkursverwalter bzw. gegenüber dem Konkursverwalter erfolgen. Näheres s. im Konkursrechte.

2. DJZ **07** 300 (KG.). Ein Wiederkaufsrecht des Inhalts, daß auch der Dritterwerber zum Wiederverkauf an den Verkäufer (oder einen anderen) verpflichtet wäre, kann nach dem BGB. nicht begründet werden und demzufolge ein persönlicher Anspruch gegen den Dritterwerber auch nicht mittels einer Vormerkung sichergestellt werden.

3. Vorkauf.

§§ 504 ff. **RG.** 31. 5. 07, R. **07** 827. Ist in einem Mietvertrage dem Mieter ein Vorkaufsrecht zu einem bestimmten Kaufpreise mit der Bestimmung eingeräumt, daß der Mieter sich nach vorangegangener Anfrage innerhalb einer kurz bemessenen Frist entscheiden müsse, so ist darin nicht die Einräumung eines Vorkaufsrechts im Sinne der §§ 504 ff. zu erblicken; denn in solchem Falle soll nicht der mit einem Dritten geschehene Kaufabschluß der Tatbestand sein, kraft dessen erst das Vorkaufsrecht in Wirksamkeit tritt, sondern es soll dem Mieter nur die Vorhand eingeräumt sein, für den Fall der Vermieter an einen Dritten verkaufen wollte oder verkauft habe. Ein derartiges Vorkaufsrecht gibt dem Berechtigten keinen Anspruch darauf, daß ihm von dem anderen Teile der Inhalt eines mit einem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrags gemäß § 510 mitgeteilt wird.

§ 504. R. **08** 2. Beil. 84 (Frankfurt a. M.). Die Vorschrift des § 504 enthält kein zwingendes Recht, sondern gibt nur den Zeitpunkt an, in welchem von dem Vorkaufsrechte spätestens Gebrauch gemacht werden kann. Es steht nichts im Wege, daß der Vorkaufsberechtigte im Einverständnisse mit dem Verpflichteten auch schon früher sein Vorkaufsrecht ausübt, wobei allerdings Voraussetzung ist, daß ein Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und einem Dritten wenigstens mündlich verabredet ist. Andererseits läge Kauf aus freien Stücken, nicht die Ausübung eines Vorkaufsrechts vor.

Zweiter Titel. Schenkung.

Vorbemerkung: Mit der in den letzten Jahren mehrfach behandelten gemischten Schenkung befaßt sich Goldschmidt (Ziff. I 1 zu § 516 u. Ziff. I zu § 518). In Manigks

Willenserklärung und Willensgeschäft findet sich auch ein Beitrag zum Begriffe der Verzeihung des § 532. Aus der Praxis mag nur auf eine die Schenkung von Hochzeitsgeschenken behandelnde Entscheidung des Kammergerichts hingewiesen werden (Ziff. II 3 zu § 516).

Literatur: Goldschmidt, Die gemischte Schenkung nach Reichsrecht. Berlin 1907.

§ 516. I. 1. Die gemischte Schenkung (IDR. **2** Ziff. 5, **3** u. **4** Ziff. 1). *Goldschmidt 46. Eine gemischte Schenkung liegt immer dann vor, wenn Schenkung und ein anderer Schuldvertrag sich in einem Geschäftsschlusse derart vermischt, daß die Gesamtheit der durch ihn begründeten Rechtsbeziehungen als ein einheitliches Schuldverhältnis aufzufassen ist. Dies ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der zur Individualisierung des Schuldverhältnisses führenden Momente zu entscheiden (12). — Für den Begriff der gemischten Schenkung ist es nicht wesentlich, mit welcher Art von Schuldverträgen sich die Schenkung verbindet, ob dies ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher Vertrag ist (42). — Auf die gemischte Schenkung als Mischvertrag sind die Normen der beiden in ihm vermischten Vertragstypen in der Art anzuwenden, daß bei Normenkollision die dem Vertragszweck entsprechende Norm den Ausschlag gibt (35). — Wie sich insbesondere die Anwendung der einzelnen Schenkungsnormen auf den Vertrag, seine Anfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses und seine Besteuerung nach dem Reichserbschaftssteuergesetze gestaltet, wird näher ausgeführt (46—72).

2. Lippmann, ACivPr. **102** 377 f. Die Schenkung ist kein Verkehrsgeschäft; auf die bei einer Schenkung vorkommenden Willenserklärungen des Schenkers ist daher § 119 Abs. 2 überhaupt nicht anwendbar, dagegen ist bei dem Schenkungsversprechen Anfechtungsmöglichkeit gegeben.

II. Aus der Praxis. 1. Begriff der Schenkung (IDR. **5** Ziff. II 1). **RG.** R. **07** 1531. Daß bei einem Vertrage, durch den beide Teile sich zu Leistungen verpflichten, der Wert der beiderseitigen Leistungen in einem Mißverhältnisse stehen, zwingt nicht unbedingt zu der Annahme einer Schenkung — negotium cum donatione mixtum. Eine Schenkung liegt vielmehr nur dann vor, wenn von den Vertragsparteien in dem Verhältnisse des Mehrwerts der einen Leistung eine Unentgeltlichkeit der Zuwendung gewollt ist. Für die Annahme einer Schenkung ist dagegen kein Raum, wenn bei dem Versprechen der größeren Leistung der Vertragswille nur auf die Gewährung einer hoch bemessenen Vergütung für die einen geringeren Wert darstellende Gegenleistung gerichtet war.

2. a) **RG.** R. **07** 1065. Verpflichtet sich ein Grundstückseigentümer, zum Ausbau einer neuen Straße einen Streifen unentgeltlich abzutreten, so ist darin keine Schenkung, sondern ein entgeltlicher Vertrag zu finden. Der Entgelt besteht darin, daß durch die Abtretung der Grundfläche die Herstellung einer öffentlichen Straße ermöglicht wird und der Abtretende die dadurch seinem anliegenden Grundstück erwachsenden Vorteile erlangt. b) SchlHolstAnz. **07** 146 (Kiel). Bei einer Gutsübergabe von Eltern an Kinder zu einem geringeren Kaufpreis, als der wirkliche Wert beträgt, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß der den Übergabepreis übersteigende Betrag dem Erwerber schenkungsweise zugewandt werden solle.

3. SeuffA. **62** 317 (KG.). Bei der Schenkung von Hochzeitsgeschenken ist anzunehmen, daß die Schenker, mögen sie dem Freundeskreise des Bräutigams oder der Braut angehören, den Willen haben, beide Eheleute zu Eigentümern zu machen. Nur wenn ausnahmsweise der Gegenstand erkennbar dem alleinigen Gebrauch eines der Ehegatten zu dienen bestimmt ist, wird auf den Willen geschlossen werden können, daß dieser Alleineigentümer werden soll. Ohne Bedeutung ist, an wen die Übergabe erfolgt.

§ 518. I. *Goldschmidt 48. Bei der gemischten Schenkung im Sinne der obigen Begriffsbestimmung (Ziff. I 1 zu § 516), ist nur das Leistungsversprechen des freigebigen Vertragsteils, nicht aber der ganze Vertrag der Formvorschrift zu unterwerfen.

II. Aus der Praxis. 1. Schenkung eines Sparkassenguthabens (JDR. **3** Ziff. II 2, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. II 1 und Ziff. 5 b zu § 398). **RG.** 30. 9. 07, R. **07** 1399, PosMSchr. **07** 126, NaumbAK. **08** 10. Bei der Schenkung eines Sparkassenguthabens genügt zur Bewirkung der Leistung die mündliche Abtretung der Forderung ohne Übergabe des Sparkassenbuchs. Durch diese Abtretung erlangt der Beschenkte nach § 952 BGB. auch das Eigentum an dem Sparkassenbuche.

2. Über Anwendung der Formvorschrift bei einem Mitgiftversprechen vgl. JDR. **3** Ziff. 2 u. 3, **4** und **5** Ziff. 2 zu § 1624. Über **RG. 62** 273 (JDR. **5** Ziff. II 2 c zu § 516) u. **RG. 63** 323 (JDR. **5** Ziff. 2 c zu § 1624) s. Landsberg, PosMSchr. **07** 1 f.

3. a) **RG.** 19. 4. 07, R. **07** 634. Die schenkungsweise Abtretung einer Forderung bedarf keiner besonderen Form. Es kommt nur darauf an, daß beiderseits der auf den Übergang der Forderung gerichtete Wille irgendwie erklärt worden ist. Auch das bloße Schweigen des Geschenknehmers kann als Annahmeerklärung gedeutet werden, da bei einer unentgeltlichen Zuwendung nach der Auffassung des Lebens eine besondere Annahmeerklärung vielfach nicht erwartet, die Zustimmung vielmehr als selbstverständlich angesehen wird. Vgl. auch OLG. Colmar, JDR. **2** Ziff. 4 zu § 518. **b)** **RG.** SeuffBl. **07** 436 f., BayRpflZ. **07** 130, JW. **07** 73. Vollziehung einer Schenkung durch mündliche Abtretung einer Forderung. **c)** Vgl. auch o. § 516 Ziff. II.

§§ 523, 524. Krückmann, AcivPr. **101** 235. Die in den §§ 523, 524 vorgesehene Haftung ist reine Verschuldenshaftung, denn es wird nicht gehaftet auf Grund der bloßen Tatsache der Mangelhaftigkeit, sondern auf Grund von Verschulden, und da werden dann die §§ 523, 524 von § 521 nur deshalb nicht totgeschlagen, weil die §§ 523, 524 einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse geben, während § 521 das Erfüllungsinteresse nur dann schützt, wenn der Schenker den Mangel verursacht hat. Gegenüber dem Erfüllungsanspruch aus § 521 kommt § 254, aber unter Umständen auch §§ 122, 307, 524 Abs. 2 Satz 3, 460 Satz 2 zur Anwendung.

§ 530. **RG.** JW. **07** 744. Zwischen der von grobem Undanke zeugenden Handlungsweise des Beschenkten einerseits und dem Schenkungsakte sowie dessen Wohltat andererseits braucht keine Beziehung zu bestehen. Für den Begriff des groben Undanks kommt es objektiv darauf an, ob die schwere Verfehlung ein gewisses Maß erreicht hat. Daneben kommt in subjektiver Hinsicht auch die Gesinnung in Betracht, von der sich der Beschenkte bei der die Verfehlung enthaltenden Tat leiten ließ. Es kann daher sehr wohl von Bedeutung sein, ob der Beschenkte sich ohne Veranlassung lieblos gezeigt hat, oder ob er unter dem Eindruck einer schweren Reizung seitens des Schenkers stand. Vgl. auch **RG.** JDR. **4** Ziff. 4.

§ 532. Zum Begriffe der Verzeihung. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 629 ff., 697 ff. Die Verzeihung ist weder eine Willenserklärung, noch eine bloße innere Tatsache des Seelenlebens, sondern ein auf verzeihender Gesinnung beruhendes Verhalten, auf welches die Normen der Willenserklärung nicht anwendbar sind (vgl. auch Eltzbacher, Handlungsfähigkeit I 197 ff.). Sie ist eine Rechtshandlung. Aus Indizien ist die wahre zugrunde liegende Gesinnung zu ermitteln. Die §§ 116 ff. sind nicht anwendbar. Ebensowenig ist Vertretung oder Bedingung möglich. Auch ein Adressat ist bei der Verzeihung nicht nötig. Es kommt also nicht darauf an, welche Vorstellungen das Verhalten etwa bei einem Adressaten zufällig erweckt hat. Geschäftsfähigkeit ist zu fordern. Vgl. aaO. 630 auch Beurteilung der Reichsgerichtspraxis.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

I. Miete.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahre gelangte eine große Anzahl wichtiger Spezialfragen aus dem Mietrechte zur Erörterung. Die Frage, inwieweit die Vorschriften über Sachmiete auch für das Rechtsverhältnis zwischen dem Gastwirt und seinem Gaste maßgebend sind, wird von Brückner und dem RG. erörtert (§ 535 Ziff. I 1 b u. II 2 a). Ferner ist behandelt worden die Haftung für Schäden, die anläßlich eines Umzugs bei Beförderung der Sachen am Miethause entstehen, sowie die Verpflichtung des Mieters, die Wohnung durch Mietlustige besichtigen zu lassen. Auch die Beleuchtungspflicht des Mieters gibt häufig zu Prozessen Veranlassung. Sehr verdienstvoll sind die Ausführungen von Hagen (vgl. unten zu § 570), der alle nur denkbaren Zweifelsfragen, die bei Anwendung dieser Bestimmung auf die Verhältnisse des täglichen Lebens entstehen können, erörtert und sachgemäß entscheidet. § 571 gibt zur Behandlung des Begriffs der Überlassung Anlaß; auch mit der Anwendbarkeit des § 571 auf den Jagdpachtvertrag befassen sich wiederum mehrere Entscheidungen.

Literatur: Brückner, Die rechtlichen Beziehungen zwischen den Gastwirten, sowie den Schank- und Speisewirten und ihren Gästen, R. **07** 1106—1117. — Cohn, Die Rechtsbeziehungen an den in die Stahlkammer einer Bank hineingelegten Wertpapieren und die Zwangsvollstreckung in diese Papiere, ABürgR. **30** 235—262. — Dennler, Das Kündigungsrecht nach § 570 steht auch demjenigen zu, der Militärperson, Beamter usw. noch nicht war, als er mietete, BayRpflZ. **07** 127, 128. — Francke, Zum Pfandrechte des Vermieters, GruchotsBeitr. **51** 556—564. — Frommhold, Bricht Kauf Jagdpacht? JagdRZ. **07** 374—376. — Hagen, Das vorzeitige Kündigungsrecht der Militärpersonen, Beamten, Geistlichen und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten nach § 570 BGB., BayRpflZ. **07** 380—383, 403—408. — Hülsberg, Das Pfandrecht des Vermieters nach dem BGB. Berlin 1907. — Jacoby, Der Begriff der „Überlassung" eines Mietraums nach Reichsrecht, SeuffBl. **07** 813—818 und 1034—1036. — Kretzschmar, Die Wirkungen der Abtretung, Verpfändung und Pfändung einer Kauf- oder Pachtzinsforderung bei der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung des Grundstücks, Bay. RpflZ. **07** 161—163, 183—186. — Lasser, Rechtliche Natur und Inhalt des im § 561 Abs. 2 BGB. dem Vermieter gegebenen Anspruchs auf Herausgabe zum Zwecke der Zurückschaffung, ABürgR. **30** 263—282. — Lippmann, Das Pfandrecht des Vermieters gegenüber einer Zwangsvollstreckung in die Illaten des Mieters, SeuffBl. **07** 761—767. — Mittelstein, Grundstück, Wohnräume und andere Räume, SeuffBl. **07** 361—365. — Riedner, Bedingte Eigentumsübertragung und Vermieterpfandrecht, DIZ. **07** 569 bis 572. — Niendorff, Mietrecht nach dem BGB (8). Berlin 1907. — Suppes, Maschinenlieferungsvertrag als Mietvertrag im Konkurse des Bestellers, ZBlFG. **8** 879 bis 888. — Winter, Mitunterzeichnung eines Mietvertrags durch die Ehefrau des verstorbenen oder versetzten Mieters, R. **07** 817—819. — Wolff, Kann der Ersteher die Wirkung der Pfändung von Mietzinsen durch den Abschluß neuer Mietverträge beseitigen? BayRpflZ. **07** 377—379. — Wörner, Feuerversicherungstechnik und Mietrecht, LeipzZ. **07** 641—645.

§ 535. I. 1. Sachmiete und ähnliche Verträge (IDR. **4** Ziff. I). a) Der Schrankfachvertrag (IDR. **2** Ziff. 1 a, **4** Ziff. I 1). *Cohn, ABürgR. **30** 244 ff. Der Kunde, der in die Stahlkammer einer Bank Wertpapiere hineinlegt, geht mit der Bank einen Mietvertrag ein, erlangt aber aus diesem Vertrag einmal ein Recht auf Gebrauchsgewährung eines eigenartig konstruierten Behältnisses (§ 537 Abs. 2) und daneben ein Recht auf jederzeitige Öffnung des Tresors durch die Bank. Diese Dienstleistungspflicht der Bank (§ 611) geht als Nebenleistung in dem Hauptvertrag der Miete auf. b) *Brückner, R. **07** 1106 ff. Die Vorschriften über die Sachmiete sind auch für das Rechtsverhältnis zwischen dem Gastwirte, der gewerbsmäßig Personen zur Beherbergung aufnimmt, und seinem Gaste für maßgebend zu erachten, jedoch nur vorwiegend, nicht durchweg; denn dasselbe stellt sich als ein eigentümlich geartetes Vertragsverhältnis gemischter Natur dar, welches sich auch nach den Vorschriften über den Kauf und die Dienstmiete und,

soweit es sich um die Verwahrung der vom Gaste eingebrachten Sachen handelt, nach den besonderen Vorschriften der §§ 701—704 bestimmt. — Teilweise anders geartet ist das Verhältnis zwischen dem Schank- und Speisewirt (Restaurateur) und seinem Gaste, bei welchem die Beherbergung wegfällt. Auch hier ein Vertragsverhältnis gemischten Inhalts: neben dem Kaufe und der Dienstmiete auch die Verpflichtung des Wirtes zur Gewährung von ordnungsmäßigen Unterkunftsräumen an den Gast für die Dauer der Beköstigung; diese Verpflichtung aber nicht als eine selbständige mietrechtliche, so daß hier die Vorschriften über die Sachenmiete mehr zurücktreten (s. insbes. **RG.** 11. 12. 06 unten Ziff. II 2 a) und §§ 701—704 BGB. außer Anwendung bleiben. **c)** Suppes, ZBlFG. 8 887. Ein auf Substanzübertragung bei regelmäßiger Abwickelung des Vertrags gerichtetes Abkommen ist Kaufvertrag auch dann, wenn alle darauf praktisch anwendbaren Regeln des Mietvertrags ausdrücklich oder durch Benennung des Mietvertrags ausgedehnt sind. Die absoluten Bestimmungen über den Kaufvertrag (wie die Regelung des Kaufvertrags und des Mietvertrags im Konkurse) sind hierdurch nicht außer Kraft gesetzt. Deshalb ist eine Sicherung des Maschinenlieferanten durch Abschluß eines „Mietvertrags" ermöglicht. Vgl. jedoch **RG.** JW. **06** 436.

2. Wörner, LeipzZ. **07** 641 ff. Eine Mehrausgabe an Versicherungsprämie, die dem Mieter durch eine weitere Vermietung seines Vermieters entsteht, kann derselbe nicht auf den Vermieter oder den zweiten Mieter abwälzen. Bei eigener objektiver Verbesserung seines Risikos, die gleichzeitig eine Prämienreduktion für den Vermieter auswirkt, kann der Mieter vom Vermieter keinen Beitrag zu den Kosten der Verbesserung verlangen. Vgl. unten zu § 548.

3. **a)** KGBl. **07** 8 (LG. I Berlin). Der Mieter einer Wohnung haftet seinem Vermieter für die Schäden, die die Leute des von ihm mit dem Umzuge betrauten Fuhrunternehmers bei der Beförderung der Sachen am Miethause anrichten, weil der Mieter sich der Fuhrleute zur Erfüllung einer vertraglichen Verbindlichkeit bedient habe, indem er zur Benutzung der Wohnung und zur Einbringung der Sachen in dieselbe vertraglich verpflichtet sei. **b)** Gegen diese Begründung wendet sich Huth, DJZ. **07** 283. Eine Rechtspflicht zur Benutzung der Mietwohnung und Einbringung der Sachen gibt es nicht. Die Verpflichtung des Mieters beschränkt sich darauf, die Miete zu zahlen und für eine genügende Aufsicht der Mieträume Sorge zu tragen (dies als Folge der Mängelanzeigepflicht aus § 545).

4. Lippmann, ACivPr. **102** 376 f. Der Vermieter, Verpächter, kann ein Anfechtungsrecht für seine Erklärung wegen Irrtums über Eigenschaften der Miet- resp. Pachtsache nicht haben; er muß Gewähr leisten. Irrtum des Mieters oder Pächters über Mängel im Rechte des Vermieters oder Verpächters gibt dem ersteren überhaupt kein Recht auf Anfechtung, weil der Irrtum nicht Eigenschaften einer Sache betrifft. Eine Verkehrswesentlichkeit von Eigenschaften der Miet- oder Pachtsache kann nur für den Zeitpunkt der Überlassung der Sache an den Mieter oder Pächter angenommen werden. Da der Abschluß des Miet- resp. Pachtvertrags dem Akte der Übergabe des Miet- resp. Pachtobjekts meist geraume Zeit vorausgeht, kann ein nach § 119 Abs. 2 beachtlicher Irrtum nicht in Frage kommen. Vgl. u. zu § 554.

II. Aus der Praxis. 1. Begriff der Miete. **RG.** SchlHolstAnz. **07** 65 f. Der Begriff der Miete erfordert neben der Verabredung eines Entgelts für die Gebrauchsüberlassung noch die Übernahme der Verpflichtungen des Vermieters, wie sie in den §§ 536 ff. bestimmt werden.

2. Mietvertrag und ähnliche Verträge (JDR. **2** Ziff. 1 b, **4** Ziff. V 6, **5** Ziff. II 6 und o. Ziff. I 1). **a)** **RG.** 11. 12. 06, **65** 13 lehnt die Auffassung ab, daß der Wirt zu dem Gaste, dessen Bestellung auf Speisen und Getränke er entgegen-

nimmt, in Ansehung der Gebrauchsüberlassung in das Rechtsverhältnis der Sachmiete tritt. **b)** PosMSchr. **07** 89 (Königsberg) über Miete oder Pacht einer Schankwirtschaft.

3. Recht auf Anbringung eines Schildes (JDR. **4** Ziff. V 4 b, **5** Ziff. II 10). BadRpr. **07** 223 (Karlsruhe). Hinsichtlich der Frage, ob ein praktischer Arzt nach Aufgabe seiner Mietwohnung an dieser oder dem Miethaus ein Schild mit Angabe des Wohnungswechsels anbringen darf, hat sich eine Verkehrssitte im Sinne des § 157 noch nicht gebildet.

4. Verpflichtung des Mieters, die Wohnung durch Mietlustige besichtigen zu lassen. RheinARV. **25** 58 (LG. Cöln). Mangels vertraglicher und gesetzlicher Bestimmungen über die Verpflichtung der Mieter, die gekündigte Wohnung anderen Mietlustigen zu zeigen, kann eine solche aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur insoweit anerkannt werden, als Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehre sie fordern. Bei kleineren Wohnungen braucht der Mieter nur während der gesetzlichen Kündigungsfrist die Besichtigung der Wohnung gestatten.

5. Beleuchtungspflicht (JDR. **5** Ziff. 2 a zu § 536). HansGZ. **07** Beibl. 293 (Hamburg) im wesentlichen wie OLG. Darmstadt, JDR. **5** Ziff. II 3 a zu § 535.

6. DJZ. **07** 1148 (KG.). Enthält der Mietvertrag die Klausel, daß der Mieter, im Falle Vermieter wegen Nichterfüllung des Vertrags Räumung fordert, für die Miete während der ganzen Vertragsdauer haftet, so ist stillschweigende Voraussetzung, daß der Vermieter die Wohnung zu demselben Mietpreis ausbietet, den der frühere Vermieter zu zahlen gehabt hat.

7. **RG.** JW. **07** 720 f. Der Mieter eines enteigneten Grundstücks hat nicht nur Anspruch auf den Betrag, um den von der Zeit der Enteignung bis zum Ablaufe des Mietvertrags die zu zahlende Miete hinter dem objektiven Mietwerte der von ihm genutzten Räume zurückblieb, sondern darüber hinaus auf Ersatz aller sonstigen Schäden, die ihm dadurch entstanden sind, daß er die Mieträume nicht erst bei Vertragsablauf, sondern schon früher verlassen mußte.

8. SeuffA. **62** 60 (Bamberg) über die Frage, ob die Wasserlieferung stillschweigend einen Teil des Vertragsgegenstandes bildet, wenn beim Abschlusse des Mietvertrags hierüber nichts vereinbart ist. Bei der Miete von Räumlichkeiten mit Maschinen zu Fabrikzwecken wird die Lieferung der Betriebskraft regelmäßig nicht unentgeltlich zu erfolgen haben (62).

9. Über Haftung des Mieters einer Schute für Beschädigung derselben und den Exkulpationsbeweis des Mieters HansGZ. **07** Hptbl. 95 (Hamburg).

§ 536. 1. Beleuchtungspflicht (oben Ziff. II 5 zu § 535 u. JDR. **2** Ziff. 2 a zu § 536). **a)** BayRpflZ. **07** 242 (Nürnberg). Der Vermieter ist im Verhältnisse zum Mieter zur Beleuchtung der zur Wohnung führenden Zugänge nicht schon aus § 536 verpflichtet (aM. Oertmann, Schuldverhältnisse (2) Bem. 1d zu § 536). Jedenfalls kann der Vermieter die etwa gesetzlich anzunehmende Beleuchtungspflicht im Verhältnisse zum Mieter auf diesen abwälzen und dann von jeder Haftung diesem gegenüber frei sein. **b)** Auch WürttJ. **20** 15 (Stuttgart) nimmt an, daß die dem Mieter gegenüber obliegende Beleuchtungspflicht eine solche ist, auf deren Einhaltung der Mieter verzichten kann.

2. **a)** KGBl. **07** 8 ff. (KG.). Auf Grund des § 536 kann der Vermieter für den Schaden verantwortlich gemacht werden, den der Mieter infolge der Schadhaftigkeit einer Treppenstufe des Miethauses erlitten hat. Ebenso HansGZ. **07** Beibl. 295 (Hamburg). **b)** **RG.** R. **07** 1532. Der Vermieter einer Wohnung hat dafür Sorge zu tragen, daß der Zugang zu dem mitvermieteten Trockenboden gefahrlos benutzt werden kann. Dieser Verpflichtung hat er nicht genügt, wenn der von ihm mit der Reparatur der schadhaft gewordenen Treppe beauftragte Schreiner trotz zahlreicher

Aufforderungen den Auftrag nicht ausführt, und er nicht rechtzeitig andere Schritte getan hat, um dem Mangel abzuhelfen. c) Über einen Fall, in dem ein Verschulden des Vermieters bei Erschwerung des Verkehrs im Grundstücke mit Rücksicht auf die ländlichen Verhältnisse verneint wurde, handelt OLG. Dresden, SächsRpflA. **08** 86.

3. HessRspr. 8 37 (LG. Mainz). Läßt der Vermieter die Wohnung neu herrichten — ohne Erlaubnis des Mieters —, so wird der Mieter für diese Zeit nicht von der Zahlung des Mietzinses frei. →→ So auf Grund besonderer tatsächlicher Verhältnisse entschieden, in dieser Allgemeinheit erscheint der Satz jedoch bedenklich. ←←

4. SeuffBl. **07** 848, R. **07** 827 (Hamburg). In der Vermietung von Räumlichkeiten zum Betrieb einer konzessionspflichtigen Wirtschaft liegt nicht ohne weiteres das stillschweigende Übereinkommen, daß der Mietvertrag von der Verleihung der Konzession abhängig sein soll.

5. Für die Verpflichtung des Vermieters, die von der Postverwaltung verlangte Erklärung betreffs Herstellung eines Telephonanschlusses abzugeben (JDR. **3** Ziff. 1), auch Landsberg, DJZ. **07** 477. Vgl. JDR. **1** Ziff. 3, **5** Ziff. 2 c.

6. Über den Einfluß der Veränderung polizeilicher Bestimmungen auf die Pflicht des Vermieters zur Gewährung des zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustandes BreslauAK. **07** 34 (Breslau).

§ 537. 1. **RG.** 21. 12. 06, **65** 29 ff., JW. **07** 101, FrankfRundsch. **41** 1 ff., DJZ. **07** 357. Der Untervermieter haftet dem Untermieter nur für die Unmangelhaftigkeit seines Mietrechts, nicht aber, von besonderen Umständen abgesehen, dafür, daß die Untermiete infolge einer schuldenhalber erfolgenden Zwangsvollstreckung des Grundstücks ein vorzeitiges Ende findet. Vgl. JDR. **5** Ziff. II 3 zu § 571.

2. Fehler der vermieteten Sache. R. **07** 1318 (Braunschweig). Unter Mängeln einer vermieteten Sache sind nicht nur solche zu verstehen, welche ihr körperlich ankleben und die sie an sich trägt, sondern auch Zustände und Verhältnisse, die mit ihr im Zusammenhange stehen und auf ihren durch die Miete gewollten Zweck störend einwirken. Dahin würde z. B. belästigender übermäßiger Lärm zu rechnen sein, der von anderen Mietern im Hause verursacht wird. Vgl. Staudinger I 2 a β zu § 537, Oertmann I zu § 534.

3. R. **07** 1066 (Hamburg). Ist die Benutzung eines gemieteten Grundstücks durch polizeiliche Vorschriften beschränkt, so ist das kein Mangel der Mietsache im Sinne der §§ 537 ff.; vielmehr finden die §§ 306, 307 Anwendung. Vgl. auch Beradt, JDR. **5** Ziff. 2 zu §§ 320 ff.

4. **RG.** JW. **07** 705 f. Ein bestimmtes Maß für die Höhe der Fensterbrüstungen, das der Verkehr als unerläßlich ansähe, gibt es nicht; von einem Fenster mit einer 55 cm hohen Brüstung kann man nicht sagen, es überschreite die verkehrsübliche Gefährlichkeitsgrenze. Für den gewöhnlichen und vorauszusetzenden Gebrauch eines Gastzimmers durch Erwachsene ist ein solches Fenster kein störender oder beeinträchtigender Mangel.

5. Über das Verhältnis des § 537 zu § 119 Abs. 2 s. oben Ziff. I 1 a zu § 119.

§ 538. **RG.** **65** 12, R. **07** 1133. § 538 findet keine Anwendung auf das Vertragsverhältnis, in das der Schank- und Speisewirt durch Aufnahme des einkehrenden Gastes zu diesem tritt. Die Gebrauchsüberlassung bildet keine Vertragsleistung des Schank- und Speisewirts selbständiger Art, welche der Gastwirt gewährt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt. Vgl. o. Ziff. I 1 b zu § 535.

§ 541. a) SächsRpflA. **07** 162 (Dresden). Ein Klagerecht des Mieters gegen den Vermieter auf Unterlassung künftiger Störungen des Mietbesitzes ist durch das BGB. nicht gegeben. b) **RG.** JW. **07** 101. § 541 bezieht sich nicht auf solche Rechtsmängel, die erst nach der Überlassung der Mietsache an den Mieter entstehen.

§ 542. 1. Schadensersatzanspruch neben § 542 (JDR. **1, 2, 3** Ziff. 2 u. **5** Ziff. I 2). **RG. 64** 381 ff., JW. **07** 102, DJZ. **07** 297. Der Mieter verliert dadurch, daß er von seinem Kündigungsrecht aus § 542 wegen nicht rechtzeitiger Gewährung oder Entziehung des vertragsmäßigen Gebrauchs der Mietsache Gebrauch macht, seine Schadensersatzansprüche, die ihm vor der Kündigung erwachsen sind, selbst dann nicht, wenn die den Umfang und Betrag des Schadens bestimmenden Tatsachen sich erst nach der Kündigung verwirklichen. Für die entgegengesetzte Ansicht können auch aus den §§ 325, 326 keine Folgerungen auf das ganz anders geartete Kündigungsrecht des § 542 gezogen werden (385). Vgl. hierzu auch SeuffBl. **07** 980.

2. a) R. **07** 1199 (Stuttgart). Die fristlose Kündigung ist auch beim Fehlen einer vom Vermieter beim Vertragsschluß als bestehend bezeichneten Gasthofgerechtigkeit zulässig, da es sich hierbei um eine zugesicherte Eigenschaft des Mietobjekts handelt. **b)** R. **08** 2. Beil. 84 (Frankfurt). Das Mietverhältnis kann ohne Einhaltung der Kündigungsfrist von dem Mieter gekündigt werden, wenn der Vermieter ihn fortgesetzt beleidigt, so daß ein ruhiges Zusammenleben ausgeschlossen ist. **c)** KGBl. **07** 77 (LG. II Berlin). Hat der Vermieter gegen die Polizeibehörde wegen einer Verfügung der Baupolizei, durch die der Mieter zum Räumen der Wohnung aufgefordert worden ist, das Verwaltungsstreitverfahren anhängig gemacht, so kann der Mieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen und braucht im Falle des Wohnenbleibens — auch wenn praenumerando Zahlung der Miete vereinbart ist — den Mietzins erst postnumerando zahlen. **d)** Über die Voraussetzungen der fristlosen Kündigung gemäß § 542 vgl. OLG. Stuttgart und **RG.** WürttRpflZ. **1** 236 ff.

3. Satz 3. R. **07** 1318 (Stuttgart). Die Notwendigkeit der Fristsetzung entfällt — außer im Falle der Verweigerung der Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes durch den Vermieter — nicht nur, wenn der Mietgegenstand überhaupt nicht in den vertragsmäßigen Zustand versetzt werden kann, sondern auch, wenn die Vornahme einer erforderlich werdenden Reparatur solange Zeit beanspruchen und eine solche Störung des Geschäftsbetriebs mit sich bringen würde, daß dem Mieter nicht zugemutet werden kann, das auf sich zu nehmen.

§ 544. PucheltsZ. **07** 128 (Cöln). Die Gefährdung der Gesundheit kann auch durch Umstände begründet sein, deren Quelle in der Nachbarschaft liegt, so durch von draußen eindringende Gase, durch Rauch, Gerüche, Geräusch. Vgl. **RG.** JDR. **5** Ziff. 2 a, jetzt auch GruchotsBeitr. **51** 937.

§ 545. **RG.** R. **07** 249. Mag der Mieter sich auch zunächst auf die Kenntnisnahme und Abhilfe von seiten des Vermieters betreffend die mangelhafte Beschaffenheit der Treppe im Miethause verlassen dürfen, jedenfalls ist er bei längerer Dauer des schadhaften Zustandes und mit Rücksicht auf § 545 zur Anzeige verpflichtet.

§ 548. Wörner, LeipzZ. **07** 641 ff. Wird durch den vertragsmäßigen Gebrauch des Mietgrundstücks durch den Mieter eine Feuersgefahrerhöhung bedingt, so kann der Vermieter die Mehrausgabe an Prämie, die ihm hierdurch erwächst, von dem Mieter nicht ersetzt verlangen, da sie durch den vertragsmäßigen Gebrauch der Versicherungsräume herbeigeführt wird, abgesehen davon, daß eine Veränderung oder Verschlechterung der vermieteten Sache nicht angenommen werden kann. Vgl. oben zu § 535 Ziff. I 2.

§ 549. I. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 729 f. Die Wirksamkeit der Untermiete hängt von der Erlaubnis des Vermieters nicht ab. Die §§ 182 ff. sind nicht anwendbar. Es handelt sich nicht um „Zustimmung zu einem fremden Rechtsgeschäfte, sondern um die Erteilung einer besonderen Mietbefugnis, von deren Vorhandensein die Gültigkeit der Untermiete inter partes aber nicht abhängt.

2. Klein, Vertragliche Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses 67 f. Die Erlaubnis kann sich allein im Wege des Abänderungsvertrags vollziehen, da eine Ausnahme von der ganz allgemeinen Regelung im § 305 nur bei den zwingendsten Gründen angenommen werden könnte. AM. Örtmann, Recht der Schuldverhältnisse 496. Wie Klein dagegen Eltzbacher, JDR. **2** Ziff. 2.

II. **RG.** 16. 11. 06, **64** 296 ff., JW. **07** 14 ff. Es kommt auf die Umstände des einzelnen Falles an, ob durch die Aufnahme besonderer Bestimmungen wegen des Untervermietens in den Mietvertrag die Anwendung der dispositiven Gesetzesbestimmungen in vollem Umfang ausgeschlossen werden sollte. Es ist rechtsirrig, wenn das Berufungsurteil (OLG. Dresden 31. 1. 06, JDR. **5** Ziff. 3) im Zweifel als Willen der Parteien annimmt, daß der Abs. 1 im vollen Umfang ausgeschlossen sein sollte.

§ 552. KGBl. **07** 34 (KG.). Die Weitervermietung der Mieträume oder eines Teiles vor dem Einzuge des Mieters ohne dessen Zustimmung zu dem neuen Mietvertrage hat den Verlust des Anspruchs auf Mietzins oder Schadensersatz auch dann zur Folge, wenn die Weitervermietung durch die Erklärung des Mieters veranlaßt ist, daß er in die Räume nicht einziehen wolle. Vgl. auch JDR. **2** Ziff. 1 u. OLG. Posen, JDR. **3** Ziff. 1.

§ 553. OLG. Colmar, JDR. **5**, jetzt auch ElsLothJZ. **07** 180.

§ 554. Lippmann, ACivPr. **102** 286 f. Die Bestimmung des § 554 trifft nicht bloß den Fall, daß der Vermieter bei Abschluß des Vertrags begründete Zweifel an der Solvenz des Mieters gehabt oder sogar die Insolvenz des letzteren gekannt haben sollte, sondern auch den Fall, daß der Vermieter bei Abschluß des Vertrags im Irrtum über die Solvenz des Mieters gewesen ist. Irrtum über Zahlungsfähigkeit des Mieters ist im Mietverhältnisse kein verkehrswesentlicher Irrtum. Er kann im einzelnen Falle für den Vermieter die Veranlassung zum Abschlusse des Vertrags gewesen sein, — Irrtum in den Motiven; praktische Bedeutung hat er nicht. Wenn darüber, was verkehrswesentliche Umstände sind, nur die in Frage kommende spezielle Art des Verkehrsverhältnisses entscheidend sein kann, so kann von einer Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2 dahin, daß der Vermieter schon gleich nach Abschluß des Mietvertrags auf Grund eines Irrtums über die Zahlungsfähigkeit des Mieters seine eigene Erklärung im Vertrag anfechten könnte, nicht die Rede sein. Vgl. o. Ziff. I 4 zu § 535.

§ 556. I. 1. *Pagenstecher, Praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft, BuschsZ. **37** 15 ff., begründet folgenden Satz: Steht zwischen dem Vermieter (A.) und dem Mieter (B.) rechtskräftig fest, daß das Mietverhältnis nicht besteht, so kann A. nach § 556 Abs. 3 verlangen, daß der Aftermieter (X.) die Wohnung räume. Der Einwand des X., der Prozeß zwischen A. und B. sei falsch entschieden (vgl. § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB.), ist unbeachtlich. Denn wenn er zutreffend ist, so hat das rechtskräftige Urteil das Erlöschen des Mietverhältnisses zwischen A. und B. herbeigeführt. Und auf diese Tatsache kann sich der A. jedermann gegenüber berufen, also auch dem X. gegenüber, mag X. auch schon vor dem Beginne des Prozesses (zwischen A. und B.) von B. gemietet haben. — Die Stein-Hellwigsche Rechtskraftlehre führt (wie Stein zugibt, Hellwig aber bestreitet) zu einem abweichenden praktischen Resultate. S. auch unten zu § 322 ZPO.

2. *Siber, Passivlegitimation bei der rei vindicatio 240 Anm. 2. Der Anspruch aus Abs. 3 ist ein singulärer ex lege; jeder andere Erklärungsversuch operiert mit Fiktionen (vgl. u. zu § 986 Ziff. 1).

II. 1. **RG.** R. **07** 1318. Gibt der Mieter oder Entleiher die gemietete oder entliehene Sache an den zum Empfange bestellten Verteter des Vermieters oder Verleihers zurück, so erhält damit der Vertretene die Sache zurück, ohne daß er von der erfolgten Übergabe Kenntnis erlangt haben muß.

2. BayRpflZ. **07** 51 (LG. Nürnberg) über eine analoge Anwendung des Abs. 2.

§ 557. R. **07** 1199 (Stuttgart). Bei Auszug aus der Mietwohnung muß dem Mieter zur Erfüllung seiner Vertragspflicht nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die ortsübliche Verkehrssitte eine billige Frist gewährt werden. Eine Anrechnung von Mietzins für diese Zeit ist unzulässig.

§ 558. 1. Tragweite des Abs. 1 (JDR. **2**, **3** Ziff. 4, **4** u. **5** Ziff. 2). a) **RG.** 8. 10. 07, **66** 363, JW. **07** 709. § 558 umfaßt ganz allgemein alle Ersatzansprüche des Vermieters wegen Verschlechterung der vermieteten Sache und beschränkt sie nicht auf die Ansprüche aus dem Mietvertrage. Die kurze Verjährung von Ansprüchen des Vermieters gilt daher für alle Ersatzansprüche wegen der durch vertragswidriges Verhalten des Mieters entstandenen Veränderungen und Verschlechterungen, also auch für die auf das Eigentum oder auf eine unerlaubte Handlung gegründeten Ansprüche dieser Art. Entsprechendes gilt für § 606, vgl. u. zu diesem §. **b)** PuchheltsZ. **07** 434, ElsLothJZ. **08** 126 (Colmar). § 558 bezieht sich nicht bloß auf gesetzliche Ersatzansprüche (wie **RG.** JDR. **5** Ziff. 2, vgl. auch JDR. **3** u. **4** Ziff. 2). **c)** OLG. Braunschweig, JDR. **5** Ziff. 2 jetzt auch BraunschwZ. **07** 10.

2. SeuffA. **62** 316, OLG. **14** 25/26 (Hamburg). Unter die Veränderungen und Verschlechterungen der vermieteten Sache fallen nach dem Sinne und Zwecke der Bestimmung nur sachliche Veränderungen und Verschlechterungen, nicht auch Veränderungen im Rechte an der Sache.

3. R. **07** 249 (Frankfurt). Unter Beendigung des Mietverhältnisses im Sinne des § 558 ist nur die rechtliche, nicht die tatsächliche Beendigung zu verstehen.

§ 559. I. 1. *Manigk, Willenserklärung u. Willensgeschäft 226 ff. Das Pfandrecht ist nicht mehr als ein stillschweigend gewolltes und erklärtes, sondern als ein rein gesetzliches Recht zu behandeln. Auf Dissens oder Irrtum einer Partei kommt es daher nicht an. Der Wille der Parteien ist unerheblich.

2. Beweis des Pfandrechts (JDR. **5** Ziff. II 2 a). Francke, GruchotsBeitr. **51** 556 ff. Der Vermieter braucht zur Begründung eines Pfandrechts an einer bestimmten Sache nur zu behaupten und zu beweisen, daß er Vermieter ist und daß der Mieter diese Sache in den gemieteten Raum einbrachte. Ist es aber erheblich, ob der Mieter Eigentümer der Sache ist oder nicht, so kann danach nur Nichteigentum des Mieters, d. h. regelmäßig nur Eigentum eines Dritten Gegenstand einer Einrede sein. Dagegen verlangt Siber, Das gesetzl. Pfandrecht des Vermieters 65, stets Behauptung und Beweis eines dem Mieter zuständigen Eigentums (558). Aber Pfändbarkeit der Sache gehört nicht zur Grundlage dieses Pfandrechts, sondern Unpfändbarkeit der Sache gibt eine Einrede gegen dasselbe.

3. Gegenstand des Pfandrechts. Francke, GruchotsBeitr. **51** 559 ff. § 559 läßt das Pfandrecht nur an Sachen entstehen, also nach § 90 nur an körperlichen Gegenständen und somit an Papieren nur dann, wenn sie weder als Urkunden über bestehende Forderungen noch als Wertträger in Betracht kommen. Das Vermieterpfandrecht erstreckt sich weder auf Inhaberpapiere noch auf indossable Papiere. AM. Brückner, Miete 81, Oertmann § 559 Ziff. 4.

4. a) Riedner, DJZ. **07** 569 ff. Ist das Inventar einer Gastwirtschaft dem Käufer unter der Bedingung überlassen, daß das Eigentum an den Verkäufer zurückfallen solle, wenn der Käufer die Konzession nicht erlange, so geht bei Eintritt der Resolutivbedingung das inzwischen für den Vermieter des Käufers begründete gesetzliche Pfandrecht nicht ohne weiteres unter. **b)** Hiergegen Raape, DJZ. **08** 133, nach dessen Ausführungen das Pfandrecht des Vermieters grundsätzlich mit dem Eintritte der Bedingung erlischt.

5. Über das Verhältnis des Vermieters zu einem Gläubiger des Mieters, der Illaten gepfändet hat, s. unten Pagenstecher zu § 805 ZPO.

II. Aus der Praxis. 1. KGBl. **07** 105 (KG.) darüber, daß der Eigentümer von Leihmöbeln, welcher sein Eigentum nicht nach außen erkennbar macht, unter Umständen sein Eigentum gegenüber dem Pfandrechte des Vermieters der Wohnung, in welche die Möbel eingebracht sind, nicht geltend machen kann, weil er wissen mußte, daß der Wohnungsvermieter nur im Vertrauen auf das Eigentum seines Mieters an der Einrichtung die Wohnung an ihn vermietet haben würde. ➵ Eine solche Feststellung wird selten möglich sein. ⇠ Red.

2. a) SächsRpflA. **07** 568, SächsOLG. **28** 507 (Straff. Dresden). Ein dem Mieter zustehendes Zurückbehaltungsrecht bleibt ohne Einfluß auf den Bestand des Vermieterpfandrechts, denn es beschränkt das letztere auch nicht insoweit, als es auf die Dauer des Bestehens der Berechtigung zur Zurückbehaltung des an sich fälligen und nicht aufrechnungsfähigen Mietzinses nicht geltend gemacht werden könnte. **b)** SächsRpflA. **07** 401 (Straff. Dresden). Das Vermieterpfandrecht wird durch die etwaige Geringwertigkeit der ihm unterliegenden Gegenstände nicht berührt, denn § 803 Abs. 2 ZPO. stellt nicht eine die Pfändung unbedingt ausschließende Norm auf, wie eine solche im § 559 BGB vorausgesetzt ist, sondern enthält nur eine Bestimmung, durch die dem Pfändungsbeamten ein pflichtgemäßes Ermessen eingeräumt wird, unter Umständen von der Pfändung an sich pfändbarer Gegenstände abzusehen.

3. SächsOLG. **29** 88 (Dresden). Das Pfandrecht des Vermieters erstreckt sich auf den Mietzins für das zur Zeit der Geltendmachung (nicht der Entstehung) laufende und das folgende Mietjahr (vgl. JDR. **2** Ziff. II 2, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. I 3).

§ 560. 1. Hülsberg, Pfandrecht des Vermieters, verneint die Fragen, ob die §§ 560 Satz 1 und 561 Abs. 2 Satz 2 auch dann Anwendung finden, wenn der Gerichtsvollzieher eine eingebrachte Sache pfändet. Vgl. hierüber näheres JDR. **1** zu § 560 und Ziff. 4 a zu § 561, **2** Ziff. 1 a zu § 560 u. Ziff. 2 zu § 561, **3** Ziff. 2 zu § 561, **4** Ziff. 1 a zu § 560 u. Ziff. 2 zu § 561, **5** Ziff. I 1 zu § 560.

2. Francke, GruchotsBeitr. **51** 561 ff., nimmt gegenüber Boethke, Gruchots Beitr. **50** 262 ff. (JDR. **5** Ziff. I zu § 560) Stellung und führt 562 aus: Widerspruch aus § 560 gibt es nicht gegen eine kraft öffentlicher Rechtsmacht erfolgende Entfernung von Sachen aus Mieträumen, also z. B. auch nicht, wenn Pferde eines Mieters zu den Zwecken einer Mobilmachung aus dem Mietstalle entfernt werden; sie werden frei vom gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters, ohne daß erst noch die Monatsfrist des § 561 unbenutzt abzulaufen brauchte. Der Widerspruch des Vermieters kann in diesem Falle ebensowenig die Funktion eines rechtserhaltenden Protestes haben (so Boethke), wie in dem gleichermaßen kraft öffentlicher Rechtsmacht vor sich gehenden Falle einer Zwangsvollstreckungspfändung.

3. Über das Verhältnis des § 1231 zu § 560 Satz 2 vgl. Cohn, DJZ. **07** 767.

§ 561. I. 1. Verhältnis des § 805 ZPO. zu § 561 Abs. 2 Satz 2 (JDR. **1** Ziff. 4 a, **2**, **3**, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. I). Lippmann, SeuffBl. **07** 761 ff., hält die Ansicht für die richtige, die die Anwendbarkeit des § 561 BGB. auf den Fall des § 805 ZPO. leugnet. Mit „Entfernung" könne nur eine Entfernung gemeint sein, welche der Mieter selbst bewirkt oder in seinem Interesse bewirken läßt. Aus Satz 2 des § 560 gehe hervor, daß die Ortsveränderung des Pfandstücks als vom Mieter ausgehend gedacht sei. Während Lippmann im übrigen den Schlüssen Metzges ((JDR. **4** Ziff. 2 a) beitritt, wendet er sich 762 ff. dagegen, daß Metzges den Gerichtsvollzieher verpflichtet, falls der Vermieter einer Pfändung in die seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen widerspricht, den Höchstbetrag der gesicherten Mietforderung in Anschlag zu bringen, demnächst festzustellen, durch welche Pfandsachen diese Forderung gedeckt erscheint und erst dann von den übrig bleibenden Sachen soviel für den Gläubiger zu pfänden, als zur Befriedigung desselben erforderlich ist.

2. Gegen Dernburg (BR. 195 § 229) und Planck (Note 2 zu § 561), welche die Klage aus Abs. 2 Satz 1 dem Vermieter auch gegen schlechtgläubige Dritte gewähren, Lippmann, SeuffBl. 07 764. Gegen den bösgläubigen Dritten hat der Vermieter schon den weitergehenden Anspruch auf Herausgabe nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen über Verfolgbarkeit eines Pfandrechts. Die Klage aus § 561 Abs. 2 zielt an sich gar nicht auf Besitzgewährung an den Vermieter. Sie geht, ähnlich wie die Klage aus § 249 BGB., in erster Reihe auf Restitution desjenigen tatsächlichen Zustandes bezüglich der Pfandsache, wie er vor der Entfernung derselben durch den Mieter vorhanden war. Die Pfandsache soll ihren früheren locus (in der Mietwohnung) behalten können, sie muß in die Mietwohnung zurückgeschafft werden. Dem Vermieter soll damit, soweit es irgend geht, die tatsächliche Möglichkeit gewährt werden, einen Verkehr des Mieters mit der mit einem unsichtbaren Pfandrechte belasteten Sache zu verhindern. Nur wenn dies nicht mehr angängig ist, weil der Mieter die Mietwohnung verlassen hat, soll der Vermieter die Sache auch in eigenen Besitz nehmen können. Er vollzieht damit und zu seiner eigenen größeren Sicherheit eine Umwandlung des unsichtbaren Pfandrechts in ein für jeden Dritten sichtbares. Der dritte schlechtgläubige Erwerber der Pfandsache ist verpflichtet, die Sache an den Vermieter selbst und nicht bloß in der Mietwohnung zu Händen des Mieters zurückzugeben.

3. *Lasser, ABürgR. **30** 263 ff. **a)** Der im Abs. 2 dem Vermieter gegebene Anspruch auf „Herausgabe zum Zwecke der Zurückschaffung" ist ein dinglicher Anspruch. Er geht lediglich auf Herausgabe an den Vermieter. Der Zusatz „zum Zwecke der Zurückschaffung" beschränkt nicht den Inhalt des Herausgabeanspruchs, gewährt aber andererseits auch keinen weiteren Anspruch auf Zurückschaffung selbst. **b)** Kennt der Vermieter die einzelnen verschleppten Mietsachen nicht, so kann er nach § 260 Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses über die herauszugebenden Sachen von dem Besitzer verlangen. — Die von Wissenschaft und Praxis für die Anwendbarkeit des § 260 aufgestellten beiden Erfordernisse sind nicht genügend präzise formuliert. — Die in erster Linie geforderte Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses liegt vor, wenn die Pflicht zur Herausgabe mehrerer Sachen aus einem konkreten Tatbestand entspringt — in Ansehung jeder einzelnen Sache auf denselben tatsächlichen Entstehungsgrund zurückzuführen ist. Die in zweiter Linie geforderte Unfähigkeit des Berechtigten zur Bezeichnung der einzelnen Sachen kann nicht sowohl in der „Natur des betr. Rechtsverhältnisses" oder „in dem obwaltenden Verpflichtungsgrund" ihren Grund finden, muß vielmehr mit dem konkreten Tatbestande — mit der tatsächlichen Lage, wie sie in dem den Anspruch erzeugenden Tatbestand in die Erscheinung tritt — gegeben sein. **c)** Die in Wissenschaft und Praxis bestehende Streitfrage über die Bewirkung der Zwangsvollstreckung eines auf Herausgabe lautenden Urteils ist dahin zu entscheiden, daß die Übergabe der herauszugebenden Sachen an den Gläubiger, unter Umständen ihre Verpackung und Transportierung an den Wohnort des Gläubigers, keine Zwangsvollstreckungshandlungen und die dadurch entstehenden Kosten keine Vollstreckungskosten sind.

4. Siméon, JBl. **07** 235, wendet sich gegen die Ansicht Niendorffs, Mietrecht 358, daß der Vermieter einem Pfändungsgläubiger gegenüber sein Vorzugsrecht nicht ausüben dürfe, wenn die nicht gepfändeten Sachen zur Sicherung des Vermieters „offenbar ausreichen". Dem stehe schon der Wortlaut des § 560 entgegen: „er kann der Entfernung nicht widersprechen"; im Falle der Pfändung stehe aber ein Recht des Vermieters, der Wegschaffung zu „widersprechen", gar nicht in Frage (vgl. o. Ziff. 1).

5. Francke, GruchotsBeitr. **51** 563. Die vom Konkursverwalter verfügte Entfernung von Sachen des Schuldners aus den Mieträumen fällt nicht unter § 561. Wie Grünebaum, JDR. **1** Ziff. 4 b zu § 561.

II. 1. RheinA. **104** I 107 (Düsseldorf). Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters wird nach deren Entfernung vom Grundstücke nicht dadurch erhalten, daß er die Sachen für die Mietforderung pfändet, sondern nur dadurch, daß er sie in das Grundstück nach § 561 Abs. 2 zurückschafft. Vgl. KG., JDR. **4** Ziff. 2 b zu § 560.

2. LG. Hamburg, HansGZ. **07** Beibl. 154 wie OLG. Hamburg, JDR. **3** Ziff. 2 b.

§ 564. 1. PosMSchr. **07** 125 (Posen). Ein für die Zeit vom 1. Januar bis zum 1. Januar geschlossener Mietvertrag läuft schon am 31. Dezember ab.

2. Kündigung (JDR. **5** Ziff. 2). HessRspr. **8** 61 (Darmstadt) entscheidet die Frage, ob einer Kündigung, die zu dem angegebenen Termine verspätet ist, Wirksamkeit für den nächstzulässigen Termin zukommt, dahin, daß es auf die Umstände des Falles ankomme. Vgl. hierüber Planck u. Endemann, JDR. **1** Ziff. 1 zu § 565.

§ 565. 1. **RG.** 9. 11. 06, **64** 270 f., JW. **07** 15. Wird die nach dem Jahresbetrage bemessene Miete in Monatsraten bezahlt, so wird dadurch noch nicht die für Monatsmiete bestimmte Kündigungsfrist maßgebend. Vgl. JDR. **2** Ziff. 1.

2. HansGZ. **07** Beibl. 247 (Hamburg). § 565 Abs. 1 Satz 1 bezieht sich nicht auf vertragsmäßige Kündigungsfristen. Vgl. JDR. **1** Ziff. 2.

§ 566. 1. Ist Satz 2 zwingend oder eine Auslegungsregel? (JDR. **3** u. **4** Ziff. 4 b, **5** Ziff. 1). **a)** R. **07** 1257 (Frankfurt). Ein für länger als ein Jahr ohne Wahrung der schriftlichen Form geschlossener Mietvertrag über ein Grundstück ist auch für das eine Jahr nichtig, wenn die Gültigkeit nur für diese Zeit dem Willen der Parteien widerspricht. AM. Niendorff, Mietrecht 54, der § 139 für unanwendbar erachtet, während Siméon, JLBl. **07** 234, sich gegen Niendorff erklärt, weil § 566 den Parteien nicht unter allen Umständen habe ein Vertragsverhältnis aufdrängen wollen, selbst wenn es ihrem Vertragswillen nicht gerecht wird. **b) RG.** 16. 1. 07, R. **07** 308. Satz 2 setzt den § 125 nicht ganz außer Anwendung, sondern schränkt ihn nur ein. Ein eine Mietabrede und eine Kaufabrede umfassender einheitlicher Vertrag, dem die Form des Satz 1 fehlt, ist daher zum Teil nichtig.

2. Mündliche Nebenabreden (JDR. **1** u. **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 4 a). **a)** OLG. **15** 1 (Frankfurt) über mündliche Nebenabreden eines schriftlich abgeschlossenen Mietvertrags, die diesem selbst den Charakter eines schriftlichen Vertrags nehmen. **b)** Über die Bedeutung nicht unterschriebener Vermerke unter oder neben einem Mietvertrage KGBl. **07** 7 (KG.).

3. DJZ. **07** 1092 (Hamburg). § 566 gilt nicht für die stillschweigende Übernahme eines laufenden Mietvertrags.

§ 567. 1. **RG.** 14. 6. 07, **66** 216 ff. Die Vorschrift des § 567 ist zwingenden Rechtes. Vgl. JDR. **1** Ziff. 1.

2. **RG.** 14. 6. 07, **66** 216 ff., JW. **07** 511. § 567 hat keine rückwirkende Kraft, weil ihm ein prohibitiver oder reformatorischer Charakter für die Vergangenheit nicht beigemessen werden kann. Dies wird 219 ff. aus der Entstehungsgeschichte gefolgert. Vgl. JDR. **5**.

§ 568. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 233 ff. Diese relocatio tacita beruht nicht auf einer stillschweigenden Willenserklärung, sondern auf einer reinen Legalwirkung der Frist. Anfechtung wegen Irrtums ist daher ausgeschlossen. Der Mieter, der z. B. auch nur aus Vergeßlichkeit wohnen bleibt, hat damit den Vertrag verlängert und kann nicht anfechten. Es gibt nur ein Mittel, um von der durch Gebrauchsfortsetzung zunächst bewirkten Mietverlängerung loszukommen: der Nachweis, daß man innerhalb zweier Wochen den entgegenstehenden Willen dem anderen Teile gegenüber erklärt hat. — Ähnlich die §§ 625, 724.

§ 569. Winter, R. **07** 817 ff. Nach dem Wortlaute des § 569 kann es keinem Zweifel unterliegen, daß wenn mehrere Personen zusammen gemietet haben, der Tod des einen dem anderen das Kündigungsrecht nicht gibt, dieses vielmehr erst in Geltung tritt, wenn alle gestorben sind. Die Ehefrau, welche als Mieterin den Vertrag mit unterschrieben hat, bleibt trotz Ablebens ihres Ehemanns an den Vertrag gebunden. Das Gesagte gilt nicht, wenn nach dem Vertragswillen beider Teile die Ehefrau trotz Unterschrift nur hinsichtlich einzelner Vertragspflichten, nicht schlechthin als Mieterin verpflichtet sein sollte. Vgl. JDR. **1**.

§ 570. 1. a) Gegen Lippmann u. KG. (JDR. **5** Ziff. 1) Hagen, Bay. RpflZ. **07** 380 ff. Die im § 570 aufgeführten Personen müssen z. Zt. des Vertragsabschlusses Angehörige jener Berufsstände gewesen sein. **b)** Dagegen hat Planck (3) II 498 Note 3 die von dem KG. und von Lippmann vertretene Ansicht angenommen, während Niendorff, Mietrecht 314 und Siméon, JLBl. **07** 235 (in der Anzeige des Niendorffschen Buches) sich gegen diese Ansicht wenden. **c)** Gegen Francke, JDR. **5** Ziff. 1 c, Dennler, BayRpflZ. **07** 127, im wesentlichen unter Hinweis auf die Ausführungen des OLG. Dresden (JDR. **3** Ziff. 3); er erblickt in dem „richtiges Recht" darstellenden Urteile des KG. (JDR. **5** Ziff. 1 b) ein Stück sozialer Praxis.

2. Hagen, BayRpflZ. **07** 380 ff. Als „Militärpersonen" kommen sämtliche Militärpersonen in Betracht, welche ein Gehalt beziehen und der dienstlichen Versetzung unterliegen. Als „Beamte" kommen Personen in Betracht, welche im Dienste des Reichs, oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellt sind, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare. Es gehören hierher auch die Beamten der Kreise und Gemeinden, in Bayern insbesondere auch die Volksschullehrer. Nicht hierher gehören Beamte eines ausländischen Staates, auch nicht, wenn sie im Inlande mit Erlaubnis einer inländischen Staatsbehörde ihren Wohnsitz haben. Nicht unter § 570 fallen ferner Handelsrichter und Privatbeamte, Hofbeamte und Rechtsanwälte. Zu den „Geistlichen" gehören lediglich die Geistlichen der staatlich anerkannten Religionsgesellschaften. „Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten" heißt an Lehranstalten, die im Namen des Staates oder einer öffentlichen Gemeinschaft nach Maßgabe der den öffentlichen Verbänden obliegenden Aufgaben geführt werden. Die Betreffenden müssen aber wirklich Lehrende sein, nicht etwa nur Hilfsdienste leisten, letzterenfalls können sie jedoch wieder als Beamte in Betracht kommen. Auch Hilfslehrer gehören hierher, nicht dagegen Lehrer an Privatschulen.

3. Mietvertrag eines Beamten, der von dessen Ehefrau mit abgeschlossen ist (JDR. **2** Ziff. 1 a, **5** Ziff. 2). **a)** Hagen, BayRpflZ. **07** 383. Nur wenn der Vermieter, um den Nachteil des § 570 für sich zu beseitigen, den Eintritt der Ehefrau des Beamten in den Mietvertrag verlangt, dies zum Ausdrucke gebracht hat, und die Ehefrau daraufhin tatsächlich in den Mietvertrag eingetreten ist, ist der Wille der Parteien dahin gegangen, daß der Mietvertrag zwischen dem Vermieter und der Ehefrau fortbestehen solle, auch wenn der Ehemann das Mietverhältnis auf Grund des § 570 vorzeitig zu lösen berechtigt sein sollte. **b)** Winter, R. **07** 817 ff., ist mit Keyßner, JDR. **2** Ziff. 1 a, gegen Niendorff und Brückner der Ansicht, daß die Ehefrau eines Beamten, die den Mietvertrag mitunterschrieben hat, im Falle der Versetzung des Mannes von dem Kündigungsrechte des § 570 keinen Gebrauch machen könne. Dagegen Francke, SeuffBl. **07** 982, weil auch in solchen Mietfällen der Mann die Hauptperson, die Frau nur eine Nebenperson auf der Mieterseite sei, da die Frau durch Mitabschluß des Mietvertrags stets nur Nebenschuldnerin und zwar selbst-

schuldnerische Bürgin werde, indem die Gewährung und Miete der Wohnung nach § 1360 Angelegenheit des Mannes sei.

4. Begriff der Versetzung (JDR. **2** Ziff. 1 b u. 3 c, **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. 3). Hagen, BayRpflZ. **07** 403 ff. Als Versetzung hat zu gelten ein endgültiges oder doch auf ungewöhnlich lange Zeit erfolgendes Aufgeben des Wohnorts (tätsächlichen Aufenthaltsorts) infolge einer Amtsveränderung. Ausschlaggebend ist nicht der Wechsel des Wohnsitzes, auch nicht der Wechsel des Amtssitzes. § 570 greift auch dann Platz, wenn ein Beamter aus dem Landesdienst in den Reichsdienst, vom Staatsdienst in den Gemeindedienst, vom Militärdienst in den Zivilstaatsdienst tritt und umgekehrt. Nicht als Versetzung kann in Betracht kommen die Pensionierung, die Strafentlassung, der Verzicht auf ein Amt, wozu auch der Übertritt in den Privatdienst gehört. — Als Versetzung kann auch nicht erachtet werden, wenn ein Beamter nur vorübergehend zur Aushilfe abberufen wird und nach Erledigung seiner Aushilfstätigkeit wieder an seinen Wohnort zurückkehrt. — Der Beamte muß infolge der Versetzung einen anderen Ort als Wohnort angewiesen erhalten, als denjenigen, an welchem er bisher seinen Wohnort hatte. Ein Wechsel im Wohnorte liegt nur vor, wenn die beiden Orte zu verschiedenen Gemeindebezirken gehören. — Über einen Beamten, der mit Erlaubnis seiner vorgesetzten Dienstbehörde in einem Vorort außerhalb des Gemeindebezirks der Stadt wohnt, in der Stadt versetzt oder befördert wird s. 405. Kein Kündigungsrecht, wenn ein Beamter am gleichen Orte in ein anderes Amt versetzt wird und er infolgedessen eine Dienstwohnung beziehen muß.

5. Hagen, BayRpflZ. **07** 406. Die vorzeitige Kündigung ist zulässig, wenn die zuständige Behörde die Versetzung angeordnet und dem Beamten amtlich mitgeteilt hat Vgl. Hedemann, JDR. **4** Ziff. 1 b u. **2** Ziff. 3 b. — Ist das Mietverhältnis, das aufgegeben werden soll, z. Zt. des Kündigungstermins zwar vertraglich schon festgelegt, hat aber tatsächlich noch nicht zu laufen begonnen, so ist ein Kündigungsrecht mit Rücksicht auf die Versetzung für den ersten gesetzlichen Kündigungstermin einzuräumen, nachdem der Mietvertrag seinen Anfang genommen hat, und zwar auch dann, wenn die Versetzung mehr als ein Kalendervierteljahr zurückliegen sollte. Vgl. Salinger, JDR. **3** Ziff. 2. — Eine außerhalb des Wohnorts in einem Nachbarorte gemietete Sommerwohnung kann bei Versetzung nicht gekündigt werden (407).

6. Hagen, BayRpflZ. **07** 408. Die Vorschrift des § 570 BGB. ist dispositiver Natur. AM. Keyßner, JDR. **2** Ziff. 1 a. Die Bestimmung des § 570 findet Anwendung auch auf ein Mietverhältnis, das nach dem Inkrafttreten des BGB. nicht für den ersten zulässigen Termin gekündigt worden ist. AM. Habicht (3) 264. Vgl. auch JDR. **2** Ziff. 3 a u. d.

7. a) BreslauAK. **07** 15 (Breslau). Das Mietkündigungsrecht des § 570 steht auch einem Rechtsanwalt und Notar, der seinen Wohnsitz wechselt, zu, wenn der Notar — wie in Preußen — die Stellung eines Beamten hat. Da „Versetzung" der Dienstbefehl ist, das Amt an einem anderen Orte auszuüben, ist auch die Anordnung des Ministers, durch die einem Notar der Amtssitz in X. angewiesen wird, als eine solche anzusehen. **b)** NaumburgAK. **07** 11 (LG. Halberstadt). § 570 findet auch dann Anwendung, wenn die Versetzung erfolgt, bevor die Mieträume dem Mieter übergeben sind.

§ 571. 1. Begriff der Überlassung. **a)** Jacoby, SeuffBl. **07** 813 ff. Zur Überlassung genügt es, wenn der Vermieter der ihm obliegenden Vertragspflicht gemäß den Mietraum dem Mieter zum Gebrauch angewiesen hat; es nicht ist darüber hinaus nötig, daß der Mieter, auf dessen Tätigkeit das Gesetz gar nicht anspielt, von dem Mietraume Besitz ergreift. Der Zweck der Vorschrift des § 571 würde nicht erreicht, sondern vereitelt werden, wollte man den Schutz

des Mieters auf den Zufall verstellen, ob der Mieter vor dem entscheidenden Ereignisse den Mietraum bezogen hatte. **b)** AM. jedoch LG. München, SeuffBl. **07** 1034. „Überlassung" im Sinne von § 571 BGB. und § 57 ZVG. ist nichts anderes als Besitzübergabe. Solange der Mieter die Mietsache nicht in Besitz hat, ist sie ihm nicht überlassen. Mit dem Einzug ist die Überlassung gegeben, bei teilweisem Einzuge nur dann, wenn die Besitzergreifung daraus für den Erwerber erkenntlich ist. **c)** Ein anderes Erkenntnis des LG. München I sagt: In jedem Falle ist die Wohnung dann „überlassen", wenn dem Mieter der Besitz der Mietsache übertragen ist. Bei einer Wohnung ist der Einzug des Mieters und die Gebrauchsfähigkeit der Wohnung zum Begriffe der „Überlassung" nicht erforderlich. — Vgl. hierzu Jacoby, SeuffBl. **07** 1035, der für den von ihm vertretenen Standpunkte, daß „Überlassung" scharf von der Überlassung des Besitzes zu unterscheiden sei, weitere Momente anführt.

2. Jagdpacht (näheres unten Ziff. 3 zu § 581). Frommhold, JagdRZ. **07** 374 ff. § 571 BGB. bezieht sich nur auf die Vermietung von Grundstücken und Wohn- und anderen Räumen (§ 580), nicht aber von anderen Sachen und Rechten; seine Anwendung auf die Jagdpacht ist ausgeschlossen.

3. Gegen das Urteil des KG., JDR. **5** Ziff. II 2 b, wendet sich Mittelstein, SeuffBl. **07** 144. Der Erwerber des Mietgrundstücks trete nicht in den Mietvertrag ein, sondern in die sich aus dem durch Überlassung der Mietsache realisierten Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen. Dem hier realisierten Mietverhältnis am zweiten Stocke Eigentümliches aber sei es nicht, daß der Mieter ein Vormietrecht für den dritten Stock hat.

4. **RG.** 11. 10. 07, R. **07** 1399 f. Hat bei Abschluß des Mietvertrags der Vermieter den Mieter, der lediglich die von dem früheren Mieter gezahlte Miete zahlen zu wollen erklärt, durch unwahre Angaben über die von dem früheren Mieter bezogene Miete zur Bewilligung einer höheren Miete, als der frühere Mieter gezahlt hatte, bestimmt, so bleibt er, auch wenn er später das Haus verkauft, und infolgedessen der Käufer an seine Stelle in den Mietvertrag eintritt, dem Mieter gegenüber zum Ersatze des diesem aus der arglistigen Täuschung entstandenen Schadens und zwar des vollen Erfüllungsinteresses verpflichtet.

§ 573. 1. Samer, SeuffBl. **07** 232, folgert aus § 832 ZPO., daß die Pfändung nicht fälliger Mietzinsen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen und in den seltensten Fällen das Bezugsrecht als Ganzes ergreife. Unhaltbar sei deshalb die von Aron, BayRpflZ. **06** 134 ff. (JDR. **5** Ziff. 1 b), vertretene Ansicht, daß diese Pfändung ihre Wirksamkeit behalte, wenn der Mieter selbst Erwerber des Mietgegenstandes vor Verfall der Mietzinsen wird. Die Vorausverfügung über Mietzinsen könne sich auch nur auf die aus dem ursprünglichen, zur Zeit der Pfändung bestehenden Vertragsverhältnis entspringenden Forderungen erstrecken, während die eines nach dem Eigentumsübergange vom Erwerber neu abgeschlossenen Mietvertrags ihr entzogen sind.

2. **a)** BayRpflZ. **07** 22 (München). Der Ansteigerer kann die Wirkung der Pfändung von Mietzinsforderungen dadurch beseitigen, daß er nach dem Zuschlage mit den Mietern neue Mietverträge schließt, denn sein berechtigtes Interesse, bald in den Genuß der Nutzungen zu kommen, stößt mit dem Pfandrechte des Gläubigers zusammen und es besteht kein ausreichender Grund für ihn, jenes Interesse diesem Rechte nachzusetzen. **b)** Hiergegen Kretzschmar, BayRpflZ. **07** 185. Die Wirksamkeit einer Abtretung, Verpfändung oder Pfändung einer Mietzinsforderung bleibt durch die zwischen dem Mieter und dem Ersteher des Grundstücks in der Zwangsversteigerung vereinbarte Aufhebung des Miet- oder Pachtverhältnisses unter allen Umständen unberührt. Insbesondere ist es ohne Bedeutung, ob das Absehen der Beteiligten lediglich auf die Außerkraftsetzung der Pfändung usw. gerichtet gewesen

ist oder ob sich aus der Vereinbarung neuer Bedingungen darauf schließen läßt, daß die Beteiligten auch ein sonstiges Interesse an der Aufhebung des bisherigen Vertrags hatten (vgl. näheres zu § 57 ZVG.). c) Auch Wolff, BayRpflZ. **07** 377, wendet sich gegen das OLG. München, weil durch dasselbe die im § 573 vorgeschriebene Wirksamkeit der Verfügung des Vermieters im Verhältnisse zum neuen Erwerber beseitigt würde.

3. **RG.** 5. 12. 06, **64** 418 wie **RG. 58** 181, **59** 177, JDR. **3** Ziff. I 1, **4** Ziff. 1 b.

§ 580. 1. Mittelstein, SeuffBl. **07** 361 ff. „Andere Räume" sind solche Räume, welche zu anderen Zwecken als die Wohnräume, z. B. zu Arbeitszwecken, zum Lagern, zur Unterbringung von Vieh, verwendet werden. — Derartige Räume im Sinne des § 580 sind dagegen nicht die „Behältnisse" des § 758 Abs. 1 ZPO., selbst wenn sie mit einem Grundstücke fest verbunden sind. Für die Miete eines Schrankfachs, eines eingemauerten Bankfachs greifen daher nicht die Sätze über die Miete eines Grundstücks Platz (vgl. Lafrenz, JDR. **3**). § 580 trifft nur Grundstücke und die auf solchen befindlichen Räume, nicht aber die in beweglichen Sachen enthaltenen Räume. Auf Grundstücken befindliche Räume sind vor allem die in auf Grundstücken errichteten Baulichkeiten befindlichen Räume. Daß die Baulichkeiten Bestandteile des Grundstücks im Sinne des § 95 BGB. sein müßten, ist nicht erforderlich (vgl. §§ 23 Nr. 2, 202 Nr. 4 GVG. u. §§ 709 Nr. 1, 257 ZPO.). Vgl. auch OLG. Kiel, JDR. **5**.

2. *W. Kiefe, R. **06** 1427 f. Unter „Wohnräumen und anderen Räumen" sind nicht nur unbewegliche Räume verstanden. Vgl. JDR. **1** u. **2** zu § 580.

II. Pacht.

§ 581. 1. R. **08** 2. Beil. 9, PosMSchr. **07** 102 (Königsberg). Der Verpächter hat Gewähr wegen Nichterfüllung zu leisten, wenn dem Pächter durch das Recht eines Dritten der vertragsmäßige Gebrauch entzogen ist. Ein Anspruch auf Schadensersatz ist gemäß § 538 in diesem Falle dann gegeben, wenn das gebrauchstörende Recht des Dritten schon bei Abschluß des Vertrags vorhanden gewesen ist, unabhängig von einem Verschulden des Verpächters; falls dieses Recht jedoch erst später eintritt, nur dann, wenn der Verpächter den dadurch entstehenden Mangel im Rechte des Pächters zu vertreten hat. Dies ist nicht der Fall, wenn eine verpachtete Fischereigerechtigkeit vor Ablauf des Pachtvertrags auf Antrag des Seeeigentümers gemäß dem preuß. Gesetze vom 2. März 1850 unter Zahlung einer Abfindungssumme an den Verpächter abgelöst wird. Der Fischereipächter hat in einem solchen Falle keinen Schadensersatzanspruch.

2. R. **07** 570 (Cassel). Die in dem Pachtvertrag über ein Landgut von dem Verpächter übernommene Verpflichtung, das beim Abgange des Pächters auf dem Gute vorhandene Inventar des Pächters unter gewissen Bedingungen zu übernehmen, ist keine aus dem Pachtverhältnisse sich ergebende Verpflichtung, denn es liegt ein selbständiger Nebenvertrag vor. Vgl. JDR. **5** Ziff. II 2 zu § 571.

3. Jagdpachtvertrag (JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1, **5** Ziff. 2 u. oben § 571 Ziff. 2). **a**) Die Anwendbarkeit des § 571 wird verneint JagdRZ. **07** 22 ff., weil das Interesse an der Jagdpacht weniger schutzbedürftig sei, als das Interesse des gesetzlich jagdberechtigten Grundeigentümers, ausschließlicher Herr auf seinem Boden zu sein und die Jagd nach den Bedürfnissen des Landwirtschaftsbetriebs einrichten zu können. Verneint auch vom OLG. Stettin, JagdRZ. **07** 72 = JDR. **5** Ziff. 2 c. Dagegen erachtet LG. II Berlin, JagdRZ. **07** 72, den § 571 für anwendbar, weil der Jagdpachtvertrag ein regulärer Pachtvertrag über einen Grundstücksteil sei. **b**) R. **07** 1257 (Frankfurt). Jagdpachtverträge der Jagdgenossenschaften bedürfen in den hessen-nassauischen Gemeinden der Schriftform.

4. Pacht- und ähnliche Verträge (JDR. **1** u. **3** Ziff. 3, **4** Ziff. 2, **5** Ziff. 4). a) Über einen Pachtvertrag, der überwiegend Elemente des Dienstvertrags ist sich schließt, handelt LG. Mannheim, BadRpr. **07** 155. b) SächsRpflA. **07** 344 ff. (Dresden). Erpachtung des Inseratenteils einer Zeitung kein eigentlicher Pachtvertrag, da es an einem verpachteten Gegenstande fehlt.

§ 588. KGBl. **07** 47 (LG. II Berlin) über analoge Anwendung des § 588 Abs. 2.

Vierter Titel. Leihe.

§ 599. **RG. 65** 17 ff., insbes. 20, berührt, ohne sie zu entscheiden, die Frage, ob, trotz der Wortfassung des § 276 Abs. 1, eine einschränkende Bestimmung wie die des § 599 nicht entsprechende Anwendung finden müsse auf ähnliche Fälle unentgeltlich und ohne eigenes Interesse übernommener Verbindlichkeiten.

§ 601. Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen vgl. zu § 604.

§ 604. **RG. 65** 270 ff., insbes. 276, JW. **07** 244 Ziff. 5. Dem Entleiher steht, auch wenn der Gegenstand der Leihe ein Grundstück ist, ein Zurückbehaltungsrecht wegen derjenigen Verwendungen, welche ihm gemäß § 601 Abs. 2 zu ersetzen sind, nach Maßgabe des § 273 zu.

§ 606. **RG. 66** 364, JW. **07** 709 Ziff. 14, R. **07** 1318 Ziff. 3294. Die kurze Verjährung des § 606 ist nicht auf die Ersatzansprüche aus dem Leihvertrage beschränkt, sondern gilt auch für die auf eine unerlaubte Handlung (fahrlässige oder vorsätzliche Beschädigung) gestützten Ansprüche. Entsprechendes gilt für § 558, vgl. o. Ziff. 1a.

Fünfter Titel. Darlehen.

Vorbemerkung: Die Grundlagen des Darlehnsrechts haben im Berichtsjahr eine so reichhaltige Erörterung erfahren, wie schon seit vielen Jahren nicht. In JDR. **2** finden sich eigentlich die letzten theoretischen Betrachtungen. Die Arbeiten von Hohenstein, Lübbert und Regelsberger haben diesmal eine besondere Vorgruppe als zweckmäßig erscheinen lassen. Auch die Arbeit du Chesnes (§ 607 Ziff. I 1) behandelt die Sonderfrage der Pfändbarkeit des Anspruchs auf Darlehnsgewährung von grundsätzlichen Gesichtspunkten. Die Rechtsprechung steht aber nicht zurück. Eine Reihe bisher noch nicht veröffentlichter typischer Tatbestände (revolvierender Kredit, Wechseldiskontierung und Darlehnsrecht) kommen neben den alten Fragen über die Beweislast bei Schuldscheinen und die Beziehungen des nach § 607 Abs. 2 normierten Verhältnisses zur früheren Schuld zur Sprache. Besonderer Beachtung empfehlen sich auch die praktisch erheblichen Entscheidungen zum § 610.

Literatur: Hohenstein, Zur Darlehnslehre nach BGB. (Cöln 1907). — Lübbert, Der Kreditvertrag, JheringsJ. **52** 313—410. — Regelsberger, Der Kreditvertrag, JheringsJ. **52** 410—427.

Zu §§ 607 ff. 1. *Hohenstein. Das BGB. kennt den Begriff des Realgeschäfts nicht, dieser ist vielmehr ein wissenschaftlicher (13). — Die res ist nicht einheitlich für alle Rechtsgeschäfte, in denen neben der Willenserklärung ein corpus gefordert wird, als Herstellung eines Besitzverhältnisses zu bezeichnen (so Manigk), sie besteht vielmehr beim Darlehen in Eigentumsverschaffung (14). Die Gleichstellung des Besitzes mit dem Eigentume, die wirtschaftlich gerechtfertigt ist, in rechtlicher Beziehung beruht auf einer Verkennung des Zweckverhältnisses zwischen Wille und nackter Tatsache. Die res beim Darlehen insbesondere ergibt sich aus der wirtschaftlichen Struktur des Darlehens als Vermögensgeschäfts, d. h. eines Geschäfts, welches eine Veränderung in den Aktivbestandteilen des Vermögens herbeiführt, im Gegensatze zu den übrigen Realkontrakten, welche lediglich Sachgeschäfte sind, d. h. bei denen die res zwar eine Besitzänderung, aber keine Vermögensverschiebung bewirkt (16). — Die Bezeichnung des Dar-

lehens als Vermögensgeschäfts erklärt nur den Gegensatz des Darlehens zu den übrigen Realkontrakten, sie bildet aber kein Unterscheidungsmerkmal zwischen Real- und Konsensualvertrag (17). — Der Vermögenserwerb kann entsprechend den drei Grundarten der Güter des rechtswirtschaftlichen Verkehrs sich äußern als Erwerb (Berolzheimer) a) eines Sachguts, dessen formal-juristisches Korrelat das Eigentum an körperlichen Sachen, b) eines Gebrauchsguts, dessen formaljuristisches Korrelat das dingliche Recht an fremder Sache, c) eines Leistungsguts, dessen formaljuristisches Korrelat das obligatorische Recht ist (19—20). — So-Sonach umfaßt die Bezeichnung der res beim Darlehen als materieller Vermögenserwerb auch den Erwerb mittels eines Leistungsguts, dessen formaljuristisches Korrelat das obligatorische Recht ist, m. a. W., man darf nicht lediglich von einer materiellen Überführung eines Wertquantums reden, ohne die Art des Gutes zu bezeichnen, wenn man die Vermögensvermehrung zu einem Realkontraktsbegriff in Beziehung setzen will. Die Bezeichnung der res lediglich als Vermögensvermehrung läßt die Konstruktion des Darlehns als Konsensualvertrag zu (23). — Die Valutaregulierung durch Gutschrift ist mit dem Wesen des Realvertrags nicht in Einklang zu bringen, wenn man die Entstehungszeit des Darlehens auf den Zeitpunkt der Gutschrift, nicht aber auf den Zeitpunkt des Einganges des Erlöses verlegt (26). — Das Gesetz nimmt zu der Frage Real- oder Konsensualvertrag? keine Stellung. § 607 Abs. 1, dessen strenge Wortauslegung das Darlehen als Realvertrag erweist, erschöpft den Darlehnsbegriff einerseits nicht, andererseits darf § 607 Abs. 2 bei der Prüfung der Realnatur des Darlehens nicht mitberücksichtigt werden (28—31). — Der Umwandelungsvertrag nach § 607 Abs. 2 ist echte Novation; der Gesamtvertrag zerfällt in zwei Bestandteile: einen liberatorischen und einen obligatorischen. Dieser einheitliche Vorgang ist Konsensualvertrag. Der Darlehnskonsensualvertrag kommt durch die Einigung, ein Darlehen zu geben und zu nehmen, zustande (33). — Beim Darlehnskonsensualvertrag ist die Annahme eines besonderen Vorvertrags zum Darlehnsvertrag überflüssig; dessen Funktion übernimmt die bindende Offerte (34). — Das Darlehen kann auch als Realdarlehen gewollt sein. In diesem Falle kann es konsensuale Elemente enthalten, die über den Umfang des für die sogenannten Realkontrakte essentiellen Inhalts hinausgehen (35—37). — Beim Konsensualdarlehen gehört zum fundamentum actionis neben der Behauptung des Vertragsabschlusses die Behauptung der Auszahlung der Valuta (38), der Makellohn ist bereits im Augenblicke der Darlehnszusage verdient, und (39) der Anspruch des Kreditnehmers ist regelmäßig abtretbar — Ausnahme beim Baugelderdarlehn — (40), indessen ist Aufrechnung seitens des Darlehnsgläubigers vor Auszahlung der Valuta mit einer anderen Forderung gegen den Anspruch des Kreditnehmers unzulässig (41). — Gegenstand des Darlehens sind nur bewegliche Sachen, nicht jeder beliebige Vermögensgegenstand; auch unverbrauchbare Sachen können Darlehnsgegenstand sein, dagegen nicht Rechte und Forderungen (72/73). — Beim Konsensualvertrag ist der Geber verpflichtet (79 ff.) a) zur Hingabe der zugesagten Quantität von Fungibilien und zur Rechtsverschaffung. Diese Pflicht ist beim unverzinslichen Darlehen nur ausnahmsweise einklagbar. Die Hingabe geschieht credendi causa. Der Rechtserwerb des Kreditnehmers ist ein translativer, daher reicht die bloße Einigung, daß die bereits aus irgendeinem Grunde im Besitze des Darlehnsnehmers befindlichen Fungibilien als Darlehen geschuldet werden sollen, zur Darlehnsbegründung nicht aus (anders Manigk); b) den Empfänger während einer gewissen Zeit im Genusse des gegebenen Kapitals zu belassen. In dieser Pflicht in Verbindung mit der ersten tritt der assoziative Charakter des Darlehens zutage. — Bei Verzug des Kreditgebers mit der Hingabe greifen zunächst die allgemeinen Bestimmungen des BGB. über Verzug und Unmöglichkeit Platz (§§ 280 ff. BGB.). Die Haftung für Nichtverschaffung des Eigentums regelt sich nicht nach der wirt-

schaftlichen Struktur des Darlehens als Kapitalleihe bzw. -miete — so Kohler —, sondern nach seinem formaljuristischen Aufbau als Eigentumsübergang entsprechend dem Kaufvertrage. § 440 Ziff. 2—4 und § 480 BGB. sind analog anzuwenden (87 bis 89). — Pflichten des Kreditnehmers (93 ff.). a) Zur Annahme des Kapitals. Die Annahme ist Mitwirkungshandlung des Gläubigers bei der Erfüllung, sie ist niemals Schuldnerleistung. Der Annahmeverzug hat eine doppelte Wirkung: α. Übergang der Gefahr des Darlehnsgegenstandes auf den Kreditnehmer. β. Trotz mangelnden Empfanges ist der Kreditnehmer zur Zinszahlung bzw. zur Entrichtung eines etwaigen anderen Äquivalents verpflichtet. b) Pflicht zur Rückgabe des Kapitals. Ihre Voraussetzungen sind: α. Empfang des Kapitals (mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen infolge des Annahmeverzugs die Hingabe des Darlehnsgegenstandes ohne Verschulden des Darlehnsgebers unmöglich wurde). β. Zeitablauf. — Ausschluß der Kündbarkeit auf beiden Seiten widerspricht dem Wesen des Darlehens. Das Kündigungsrecht auf Seiten des Gläubigers ist vollständig, dasjenige auf Seiten des Schuldners auf höchstens 30 Jahre ausschließbar (100). — Nach Ablauf der vereinbarten Nutzungsfrist kann das Darlehen stillschweigend verlängert werden, doch ist die unmittelbar analoge Anwendung des § 568 BGB. abzulehnen (101). — In den Fällen mit ungenau bestimmter Rückgabezeit erfährt die Parteiabsicht durch richterliche Bestimmung eine authentische Interpretation. Diese richterliche Bestimmung hat konstitutive Wirkung (103). — Inhalt des Rückgabeanspruchs (105 ff.). Rechtliche Natur des damno: Er ist eine Gebühr für effektive bzw. fingierte Abnutzung des Kapitals. — Contractus mohatrae (115 ff.). Der c. m. ist ein contractus sui generis mit darlehnsähnlichem Aufbau Die Gefahr der zum Verkaufe hingegebenen Sache geht bereits mit der Hingabe über, wenn der Kreditgeber dem Darlehnssucher lediglich einen Gefallen erweist; geschieht hingegen die Hingabe aus geschäftlichen Gründen, so geht die Gefahr erst mit dem Eingange des Erlöses beim Kreditnehmer über. — Das unverzinsliche Darlehen ist nicht synallagmatischer Vertrag. Hingabe und Rückgabe stehen nicht in dem Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung (122). — Wohl aber ist das verzinsliche Darlehen synallagmatischer Vertrag. Hingabe und Zinszahlung sind Äquivalentsleistungen (124). — Die Nichtzahlung der Zinsen ist Kündigungsgrund; allerdings kann § 326 Abs. 1 (s. oben Affolter) nicht direkt angewandt werden, sondern höchstens § 326 Abs. 1 Satz 1 analog, weil nicht die einzelne Zinsrate, sondern die Zinsen in ihrer Totalität die Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung seitens des Kreditgebers bilden. Vorzuziehen ist die analoge Anwendung des § 554, welcher als lex specialis die lex generalis § 326 BGB. derogiert (126).

2. *Lübbert. Der römische Realkontrakt beruht historisch auf der mangelhaften Willenswirkung des sog. pactum nudum. Heute wird deshalb von einem Darlehnrealkontrakte geredet, weil die Wiedergabepflicht erst mit der Hingabe materiell perfekt wird. Diese Tatsache ist aber allen gegenseitigen Verträgen mit Vorleistungspflicht eigentümlich. Jedenfalls liegt kein Anlaß vor, beim Darlehen zwei einseitige Schuldverhältnisse, eins vor der Vorleistung, eins nach der Vorleistung anzunehmen, anstatt das ganze Schuldverhältnis als einen einheitlichen gegenseitigen Vertrag mit Vorleistungspflicht des Darlehnsgebers zu behandeln; als Bezeichnung ist für diesen Vertrag der Name „Kreditvertrag" zu empfehlen. Der heutige „Realkontrakt", sofern man diesen Begriff aufrechterhalten will, beruht ganz anders als der römische Realkontrakt auf dem Willensinhalte der Parteien, die eben ein Geschäft wollen, bei dem erst der eine vorzuleisten — alsdann der andere zurückzuleisten hat. Die Frage, ob es sich heute noch empfiehlt, den Begriff „Realkontrakt" weiter zu verwenden, hat nichts mit der Frage zu tun, ob die Konstruktion zweier einseitiger Verträge oder die eines gegenseitigen Ver-

trags beim Darlehen vorzuziehen ist. Der Gegenseitigkeitskonstruktion gebührt der Vorzug, weil sie einfacher und konsequenter durchgeführt werden kann als die Einseitigkeitskonstruktion und weil sie zu ansprechenderen Resultaten führt.

3. *Regelsberger. Das Darlehnsgeschäft kann in zwei Erscheinungen zur Entstehung kommen, als Realvertrag (§ 607) und als Konsensualvertrag (vertragsmäßiges Darlehnsversprechen, § 610). Das Schuldverhältnis, das durch die bloße Darlehnsverabredung begründet wird, hat einen anderen Inhalt als das auf realer Grundlage ruhende Darlehnsverhältnis. Wird die Verabredung in beiderseits verpflichtender Weise getroffen, wie regelmäßig, so entspringt daraus für den Entleiher der Anspruch auf Geben, für den Verleiher auf Nehmen des Darlehens. Diese Ansprüche tragen eine Reihe von Eigentümlichkeiten an sich: die Zusendung der Darlehnssumme geschieht auf Gefahr und Kosten des Entleihers, Widerruf (§ 610), Beschränkung der Zwangsaufrechnung, der Forderungsabtretung, der Geltendmachung im Konkurse sowie der Zwangsvollstreckung. Durch den Vollzug des Darlehnsversprechens wird ein reales Darlehnsverhältnis im Sinne von § 607 begründet. Der Streit, ob das heutige Darlehen reale oder konsensuale Natur habe, ist müßig.

§ 607. I. Von Darlehen und Darlehnsversprechen.

1. Zur Frage der Pfändbarkeit des Anspruchs auf Gewährung eines Darlehens. a) du Chesne, KGBl. **07** 49 ff., hält zur Lösung eine Untersuchung der Grundlage der Frage für erforderlich. Die Rückzahlungspflicht beim Darlehen entsteht aus dem Empfange des Geldes ex lege contractus. Die Willenseinigung als Verpflichtungsgrund kann vom Empfange getrennt werden, vor ihm liegen, falls sie nur beim Empfange noch wirkt. Das ist der Fall des Darlehnsvorvertrags. Er begründet jedoch nur eine einseitige Leistungspflicht mit vertragsmäßig festgesetzter Wirkung. Der Darlehnsgeber kann aus ihm nicht auf Eingehung der Darlehnsverbindlichkeit klagen, wohl aber der Darlehnsnehmer gegen den Geber auf Zahlung der Valuta dergestalt, daß durch sie die Rückzahlungsverpflichtung begründet wird, der Darlehnsvorvertrag ist demnach ein vorausgenommener Bestandteil des Hauptvertrags. Durch das Hinzutreten des Empfanges wird die Hauptverbindlichkeit in der Art begründet, wie ein bedingter Vertrag durch Erfüllung der Bedingung vollwirksam wird. Diese einzige aus dem Vorvertrage folgende Leistung würde in ihrer Natur nicht verändert werden und dem Interesse des Leistenden nach wie vor genügen, wenn sie an einen anderen als den Vorvertragsgegner geschähe, vorausgesetzt, daß durch sie in der Person des Vorvertragsgegners die Rückzahlungsverpflichtung zur Entstehung gelangte. Es kann vertragsmäßig die Person, an die die Valuta zu zahlen ist, getrennt werden von demjenigen, in dessen Person die Rückzahlungspflicht entsteht. Weiter muß auch der Schuldner nach der einseitigen Bestimmung des Gläubigers auch zu Händen eines Dritten zahlen, sofern dadurch seine Verpflichtung nicht erschwert wird. Eine solche Trennung in der Person des Empfängers und Verpflichteten vorzunehmen, ist auch im Wege der Pfändung und Überweisung möglich. Deshalb sind auch die Baugelder pfändbar. b) Über Abtretbarkeit, Unabtretbarkeit des Darlehnsversprechens, des Anspruchs auf Auszahlung des Darlehnsbetrags, Vereinbarung der Abtretbarkeit des Anspruchs aus einem Darlehnsvorvertrag s. o. zu § 399 Ziff. 3.

2. Erfüllungsort. a) *F. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort 59. Wenn die Darlehnssumme bei der Hinsendung verloren geht, so braucht der Entleiher sie nicht zu bezahlen. b) Entscheidungen über den Erfüllungsort für Rückzahlung eines Darlehens s. oben zu § 269 Ziff. 4 b.

3. Darlehen zu Spielzwecken. BayRpflZ. **07** 198 (München). Wenn auch nicht jeder Vertrag über Hingabe eines Darlehens zum Zwecke des Spieles

ein vom Gesetze verpöntes Rechtsgeschäft ist, so ist dies doch bei dem für das Spiel bei einer Spielbank gegebenen Darlehen der Fall im Hinblick auf das Reichsges. vom 1. Juli 1868/12. Mai 1871 betr. das Verbot öffentlicher Spielbanken in Deutschland (vgl. Art. 30 EGBGB.).

4. Wechseldiskontierung und Darlehen. a) **RG.** R. **07** 1462 Ziff. 3631. Wird die Diskontierung eines Wechsels zur Verschleierung eines Darlehens benutzt oder mit einem Darlehen zur Sicherung des Darlehnsgläubigers verbunden, so liegt im ersteren Falle überhaupt kein Wechselkauf, sondern lediglich ein Darlehen, im letzteren Falle neben dem Wechselkauf ein Darlehen vor. Der Wechselinhaber, der sich z. B., um dem dem Wechselanspruch entgegenstehenden Verjährungseinwande zu begegnen, auf ein solches Darlehen beruft, ist hierfür beweispflichtig. **b)** **RG.** R. **07** 1530 Ziff. 3783. Die Diskontierung eines Wechsels enthält regelmäßig einen Wechselkauf, kann aber nach Lage des einzelnen Falles auch ein Darlehen bedeuten.

5. Revolvierender Kredit. **RG.** R. **07** 509. Wer einem anderen einen sog. revolvierenden, d. h. bei Deckung sich jeweilig erneuernden Akzeptkredit zu gewisser Höhe auf Widerruf eröffnet, darf unter normalen Umständen von der Rücktrittsbefugnis in dem Zeitraume zwischen Ziehung einer Tratte und Akzeptation derselben nicht mit der Wirkung Gebrauch machen, daß er sich dieser Akzeptation entzieht. Dies folgt notwendig aus dem Zwecke des Vertrags, wonach der Kreditnehmer in der Lage sein muß, sich dem Käufer der Tratte gegenüber auf die Akzeptzusage als eine wirkliche Zusage zu berufen. Die nach dem Vertrage zwar jederzeit zulässige Kündigung kann deshalb, wenn nach vertragsmäßiger Ziehung einer neuen Tratte ausgesprochen, das Vertragsverhältnis erst zu Verfall derselben lösen, so daß die Verpflichtung zur Akzeptierung dieser Tratte noch bestehen bleibt.

6. Zusage eines auf längere Zeit unkündbaren Darlehens. R. **07** 56 (Zweibrücken). Die Zusage eines auf „längere Zeit unkündbaren" Darlehens hat einen genügend bestimmten rechtlichen Inhalt. Wenn die Parteien übereinkommen, daß ein Darlehen auf längere, angemessene Zeit gegen hypothekarische Sicherheit gewährt werden soll, besteht kein Bedenken gegen Annahme einer bindenden Darlehnszusage, deren rechtlicher Inhalt eben darin besteht, daß das Kündigungsrecht während eines nach billigem Ermessen festzusetzenden Zeitraums ausgeschlossen sein soll. Ob einem der Vertragsteile und welchem, oder einem Dritten das billige Ermessen zustehen soll, ist eine von der Rechtswirksamkeit des Abkommens unabhängige, besondere Frage.

II. Abs. 2. 1. Verhältnis zum abstrakten Schuldversprechen. Zulässigkeit von Einwendungen aus dem alten Schuldgrunde (s. JDR. **5** Ziff. II). a) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 941, R. **07** 827. Wenn die vorausgesetzte frühere Schuld nicht bestand, kann auch ein Darlehen nach § 607 nicht zustande gekommen sein. Die Schuldumwandlung hat an sich nicht die Rechtswirkung, dem Schuldner die Einwendungen aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse zu verschließen und ihn auf die Geltendmachung der Rechte aus einer ungerechtfertigten Bereicherung zu beschränken; hierfür würde die Schaffung einer neuen abstrakten Schuldverbindlichkeit erforderlich sein. Vgl. unten zu § 780 Ziff. 2. **b)** Die in JDR. **5** zu § 607 Ziff. II 1 b zit. Entsch. des **RG.** s. jetzt auch SächsRpflA. **07** 58 Ziff. 6.

2. Beweislast bei Schuldscheinen (s. JDR. **4** Ziff. 2, **3** Ziff. III). a) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 941. Der Kläger hat weiter nichts zu behaupten und zu beweisen, als daß eine Schuldumwandlung gemäß § 607 Abs. 2 getroffen worden ist. Dieser Beweis ist geführt durch die Anerkennung des Schuldscheins seitens des Beklagten; dessen Sache ist es nun, zunächst darzulegen und zu beweisen, welche Forderung in eine Darlehnsforderung umgewandelt worden ist. Gegen diese

umgewandelte Forderung kann der Beklagte dann Einwendungen erheben. b) **RG.** R. **07** 571. Der auf Löschung einer Darlehnshypothek auf Grund der Behauptung mangelnder Darlehnsvaluta klagende Grundstückseigentümer hat gegenüber seinem Schuldbekenntnisse grundsätzlich die Beweislast dafür, welchen Inhalt das wirkliche Schuldverhältnis gehabt hat.

3. Künftige Forderungen (s. JDR. 5 Ziff. II 3). a) Die im JDR. **5** zu Ziff. II 3 zit. Entsch. des **RG.** s. jetzt auch in GruchotsBeitr. **51** 378, SächsRpflA. **07** 82, SeuffBl. **07** 63. b) **RG.** BayRpflZ. **07** 414/415, R. **07** 971. Es ist zulässig, Forderungen aus anderen Rechtsgründen, auch wenn sie noch nicht entstanden sind, in Darlehen umzuwandeln.

4. **RG.** JW. **07** 363 Ziff. 10. Durch die Umwandlung einer aus Vorschüssen entstandenen Forderung in eine Darlehnsforderung wird die auf deren Rückzahlung gerichtete Klage dem Schiedsgerichte, dem sich die Parteien in allen in bezug auf den Engagementsvertrag oder aus demselben entstehenden Streitfragen unterworfen haben, nicht entzogen.

§ 608. *Lübbert 370. Die Auffassung Cosacks, das Versprechen, ein unverzinsliches Darlehen zu geben, sei ein Schenkungsversprechen, ist, wiewohl manches dafür spricht, doch abzulehnen. S. auch JDR. **4** Ziff. 1.

§ 609. 1. *Lübbert 394 ff. Kommt der Kreditnehmer mit der Leistung der Zinsen in Verzug, so kann der Kreditgeber das Darlehen in Analogie des § 554 BGB. vor Ablauf der ursprünglich verabredeten Darlehnszeit kündigen.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 926 ff. Ist festgestellt, daß das Darlehen auf eine nach billigem Ermessen eines der Vertragsteile zu bestimmende Reihe von Jahren (vgl. oben zu §§ 315—319) unkündbar sein und daß die nähere Bestimmung der Kündigungsfrist nach Eintritt der Kündbarkeit als ein nebensächlicher, für den Abschluß des Vertrags unwesentlicher Umstand angesehen werden sollte, so bleibt für die Anwendung des § 609 nur insofern Raum, als die Dauer der Kündigungsfrist nach vertragsmäßigem Eintritte der Kündbarkeit in Frage kommt.

§ 610. 1. *Lübbert 381 ff. Geht die Darlehnsvaluta unter, während der Kreditnehmer im Annahmeverzug ist, so hat er sowohl Zinsen zu zahlen als das Darlehen wieder zu leisten.

2. *Lübbert 375 ff. Der Anspruch auf Hingabe des Darlehens ist der Aufrechnung, Abtretung und Pfändung fähig.

3. Danz, Zum Widerrufe bankmäßiger Kreditzusagen wegen veränderter Umstände, BankA. **6** 97 ff. § 610 BGB. ist zwar direkt nur für das Versprechen eines Darlehens aufgestellt, also für Hinausgabe von Geld aus dem Vermögen des Kreditgebers an den Kreditsuchenden, mit der Verpflichtung, Geld wiederzugeben; man wird aber wegen Gleichheit der wirtschaftlichen Sachlage diese Vorschrift auch im Zweifel — also wenn nach dem Inhalte des konkreten Vertrags nichts anderes anzunehmen ist — auf alle diejenigen Fälle ausdehnen müssen, wo der Kreditgeber bares Geld im Interesse des Kreditsuchenden aufzuwenden sich verpflichtet hat, welches ihm später von diesem zurückzugeben ist, wie z. B. beim Versprechen der Einlösung von Wechseln des Kreditsuchenden; denn für den Kreditgeber macht es keinen Unterschied, ob er sein Geld dem Kreditsuchenden direkt in die Hand gibt, oder ob er es dem Vermögen des Kreditsuchenden dadurch zuwendet, daß er eine Schuld desselben auf sein Ansuchen bezahlt. —Ist der Kredit gegen Sicherheit gewährt worden, so kann der Kredit nicht nach § 610 gekündigt werden, weil eine Gefährdung des Rückerstattungsanspruchs durch die gewährte Sicherheit ausgeschlossen ist. — Bei Gewährung des Kredits wegen Hinterlegung von Wertpapieren und Vereinbarung, bis zu welcher Höhe Kredit gegeben werden solle, ist das Regelmäßige, daß der Bankier für solche Fälle ausdrücklich vereinbart, es müsse beim Sinken des Kurswerts der Papiere sofort für entsprechende Erhöhung der Sicherheit gesorgt werden.

sonst solle er das Recht haben, die Sicherheit zu verkaufen und den durch den Verkauf nicht gedeckten Teil seiner Forderungen sofort einzuziehen. Auf diese Weise hat sich eine Verkehrsübung dahin entwickelt, daß in solchen Fällen sofortige Zahlung der bereits gewährten Summen gefordert werden kann, soweit sie nicht durch den Verkaufserlös der Wertpapiere gedeckt sind oder eine Erhöhung der Sicherheit erfolgt; hieraus folgt, daß auch, wenn eine solche ausdrückliche Vereinbarung nicht stattgefunden hat, in solchen Fällen von einer Verpflichtung zur Weitergewährung von Darlehen keine Rede sein kann, sondern dem Kreditgeber ein sofortiges Widerrufsrecht zusteht, und zwar auch, wenn die Vermögensverhältnisse des Kreditsuchenden sich nicht verschlechtert haben.

4. R. **07** 249 (Frankfurt). Lagen zur Zeit des Widerrufs die Voraussetzungen des § 610 vor, so ist durch den Widerruf der Anspruch auf Gewährung des Darlehens erloschen und lebt nicht wieder dadurch auf, daß nachträglich die Gefährdung des Anspruchs auf die Rückerstattung des Darlehens wieder in Wegfall gekommen ist.

5. Einzelne Fälle. a) **RG.** R. **07** 1319. Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht, kann das Versprechen nicht widerrufen, wenn der andere Teil nur eben um deswillen in Zahlungsschwierigkeiten geraten ist, weil ihm das versprochene Darlehen vertragswidrig vorenthalten worden ist. In einem solchen Falle würde der Widerruf vielmehr selbst eine Vertragsverletzung darstellen und für den anderen Teil jedenfalls den Einwand der Arglist begründen. b) **RG.** R. **07** 1400. Die Voraussetzungen des § 610 sind gegeben, wenn nach Abgabe eines Darlehnsversprechens der Versprechensempfänger sein Gut, auf das für das Darlehen eine Hypothek hinter den bereits bestehenden eingetragen werden soll, dadurch erheblich entwertet, daß er unter völliger Devastierung des Waldes Holz hat schlagen und verkaufen lassen und dadurch den Wald auf Jahrzehnte der Ertragsfähigkeit beraubt. Dies gilt auch dann, wenn für das Widerrufsrecht nicht die Verringerung einzelner Vermögensbestandteile an sich, sondern eine Verschlechterung der Gesamtvermögenslage des Versprechensempfängers als Voraussetzung aufzustellen wäre. (Vgl. Oertmann (2) § 610 Abs. 2 b, d, Staudinger § 610 Bem. II 3 a.)

Sechster Titel. Dienstvertrag.

Vorbemerkung: Abgesehen von der Literatur über die besonderen Fragen des Tarifvertragsrechts, für die diesmal die Vorgruppe bestimmt ist, fehlt es auch in diesem Berichtsjahr, entsprechend dem vorigen, an umfassenden Arbeiten. Nur einer ganzen Reihe wichtiger kleinerer Einzelfragen hat sich die Literatur, meist im Anschluß oder Zusammenhange mit Rechtssprüchen, angenommen. Als sehr fruchtbarer Schriftsteller auf unserem Gebiet erweist sich immer von neuem Hilse, der viele dieser kleinen Probleme aus der Jurisprudenz des täglichen Lebens erörtert hat (§§ 611 Ziff. 4b, § 615 zu a, § 617 Ziff. 2a). Obwohl im wesentlichen de lege ferenda gehalten, ist der Arbeiten von Wertheimer und Siemens über die so wichtige und schwierige Frage des Rechtes an den Erfindungen der Angestellten (zu § 611 Ziff. 4c) gedacht; denn diese Gedankengänge sind auch für die Auslegung des geltenden Rechtes in manchen Beziehungen wertvoll und anregend. Eine erhebliche Polemik hervorgerufen hat die Frage der Honorierung der Spezialärzte (§ 612 Ziff. 2). Ist die allgemeine oder eine besondere erhöhte Taxe üblich und angemessen? Gegen Bejahung und Verneinung sprechen fast gleich schwer wiegende Bedenken. Sollte es nicht auf den Einzelfall ankommen (Vermögensverhältnisse, Bildung, Stand des Patienten, Angesehenheit des Arztes usw.)? Im übrigen sind die alten Fragen zum größten Teile von neuem erwogen worden. Immer wieder wird die Frage zwischen privatem und öffentlichem (Beamten)-Dienstvertragsrecht untersucht (§ 611 Ziff. 3). Auch die Pflicht zum Einkleben von Versicherungsmarken (§ 611 Ziff. 4b) wird weiter

erörtert und festgestellt. Die wichtigen und zahlreichen Einzelfälle zu § 611 Ziff. 5, § 618 und § 626 Ziff. 4 interessieren vornehmlich den Praktiker. Über die Frage, ob es Rechts- oder Tatfrage ist, wann ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliege, hat sich jetzt das RG. geäußert (§ 626 Ziff. 1). Ebenso darüber, daß ein solcher auch in einem vor der Anstellung liegenden Umstand oder Ereignisse gefunden werden kann (§ 626 Ziff. 2). Erfreulich ist, daß die Ansicht von dem Rechte des Angestellten auf ein materiell richtiges Dienstzeugnis immer mehr zur herrschenden wird (§ 630 Ziff. 1 a).

Literatur (zur Vorgruppe): Geßler: Das Recht des gewerblichen Akkordvertrags, BayRpflZ. **07** 140 ff. — Imle, Die Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Deutschland. Jena 1907. — Schall, Das Privatrecht der Arbeitstarifverträge, auch in IheringsJ. **52** 17 ff. — Wimpfheimer, Zur Lehre vom Tarifvertrage, LeipzZ. **07** 567 ff.

Zu §§ 611 ff. 1. Dienst- und Werkvertrag. **a)** Geßler wendet sich gegen die herrschende Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag, je nachdem die Vergütung für die Arbeit als solche oder für das Arbeitsprodukt versprochen werde. Diese Abgrenzung sieht von der sozialen Stellung der Vertragsteile im Produktionsprozesse völlig ab und geht von dem sachlichen Inhalte der Vertragsberedungen völlig aus; dann aber enthält sie innerhalb dieses Rahmens nur ein formalistisches Kriterium für deren Scheidung. In Wahrheit ist nicht der Gegenstand des Vertrags, sondern der Wille der Vertragsteile maßgebend. Praktisch kommt dieser Wille dadurch zum Ausdruck, daß beim Werkvertrag die Arbeit auf die eigene Gefahr des Arbeiters geht, beim Dienstvertrag dagegen auf die Gefahr des Dienstberechtigten. Grundsätzlich ist demnach die Wahl der Vertragsteile allein maßgebend, welches Recht angewendet werden soll. Diese Regelung wird vor allem bedeutsam für die rechtliche Beurteilung des sog. Akkordvertrags oder Gedinges. Bezüglich des gewerblichen Akkordvertrags ist — entgegen der herrschenden Meinung, nach der er nur Dienstvertrag sein kann — anzunehmen, daß er sowohl Dienstvertrag als Werkvertrag sein kann; maßgebend ist die Übernahme der Gefahr. Andere reichsgesetzliche Sondervorschriften stehen nicht entgegen (Näheres 141). **b)** *Mez, ABürgR. **30** 47 ff. Im Privatrechte läßt sich die persönliche Selbständigkeit des Dienstverpflichteten kaum als Unterscheidungsmerkmal zwischen Werk- und Dienstvertrag auffassen (57).

2. Tarifvertrag. **a)** *Schall. Der Arbeitstarifvertrag ist ein gegenseitiger obligatorischer Vertrag. Sind die an ihm beteiligten Arbeiter oder Arbeitgeber nicht individuell bestimmt (unbegrenzter Tarifvertrag), so ist der Tarifvertrag rechtsunwirksam. Im übrigen ist der Tarifvertrag rechtswirksam und die rechtliche Verpflichtung aus ihm, deren Ziel die Durchsetzung der Tarifvertragsnormen in den einzelnen Arbeitsverhältnissen ist, richtet sich danach, ob die Arbeiter und Arbeitgeber als einzelne oder in rechtlicher Vereinigung (Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, vgl. zu § 152 GewO.) Vertragspartei sind. Schließt eine rechtliche Vereinigung ab, so kann Recht und Pflicht aus dem Tarifvertrage dieser oder ihren Mitgliedern oder beiden kumulativ zustehen; das Gewöhnliche ist die Verbandsberechtigung und -verpflichtung; eine bessere Sicherung ist erreichbar durch die Kumulierung, deren (von Sinzheimer neuerdings betonte) Schwierigkeiten vermieden werden können, besonders durch entsprechende Gestaltung der dem Vereine von seinen Mitgliedern kraft Statuts zu erteilenden Vollmacht, vgl. § 168 BGB. (141). Die zwingende Einwirkung des Tarifvertrags auf den einzelnen (tarifwidrigen) Arbeitsvertrag im Sinne Lotmars und Rundsteins ist aus dem geltenden Rechte nicht zu begründen; der Tarifvertrag hat nur obligatorische Rechtswirkung. Außer durch die Form des gegenseitigen obligatorischen Vertrags ist der Tarifgedanke rechtlicher Durchsetzung auch fähig durch Arbeiter und Arbeitgeber gemeinsam umfassende vereinsmäßige Organisation nach dem Vorbilde der — aus grundsätzlich

unerheblichen Gründen nicht rechtsverbindlichen — Buchdruckertarifgemeinschaft (der sog. „Separatvertrag" ist ein gegenseitiger obligatorischer Vertrag). b) Wimpfheimer. Der Tarifvertrag ist eine Abrede darüber, wie die einzelnen Arbeitsverträge, wenn sie abgeschlossen werden, beschaffen sein sollen. Er gibt die generelle Basis ab, auf der erst jeder einzelne Arbeiter mit seinem Arbeitgeber bezüglich der Überlassung seiner Dienste übereinkommt. Er bindet nur diejenigen, welche an seinem Abschlusse teilnehmen (570, gegen Lotmar). — Bezüglich des Firmen- oder Werkstättenvertrags: die vertragliche Einführung des Tarifs in einer Fabrik kann auch als schöpferischer Gesamtakt, als Konstitutierung eines Vereins aufgefaßt werden (572). c) Imle (s. o. Literatur). ➼ Eine Arbeit fast ausschließlich volkswirtschaftlichen und sozialpolitischen Inhalts, ohne wesentliche juristische Ergebnisse. — Red. ⟵

§ 611. 1. Begriffliches s. oben zu §§ 611 ff., dort auch insbes. über Dienst- und Werkvertrag (Ziff. 1).

2. Vertrag mit gewerblichem Arbeiter. Geßler. Weder die Bestimmungen des BGB. über den Dienst- und Werkvertrag noch die Vorschriften der Gewerbeordnung und des Lohnbeschlagnahmegesetzes nehmen dem gewerblichen Arbeiter die rechtliche Möglichkeit, durch die Übernahme der Gefahr die volle Haftung für den Erfolg seiner Arbeit zu übernehmen und dadurch seine Arbeitsleistung durch Vertrag mit dem Arbeitgeber unter das Recht des Werkvertrags zu stellen. Die einzige Möglichkeit die Freiheit der Wahl zwischen Dienst- und Werkvertrag für die hierher gehörigen Fälle auszuschließen, dürfte nur die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. gewähren. Ein Verstoß gegen die guten Sitten dürfte darin zu erblicken sein, daß der Unternehmer im wirtschaftlichen Sinne den Arbeiter zum Unternehmer im Sinne der §§ 631 ff. durch die Auferlegung der Gefahr macht.

3. Beamtendienstvertrag (s. IDR. **5** Ziff. 4 b, **4** Ziff. 2 b, **3** Ziff. 5 Abs. 2). a) Piloty, SeuffBl. **07** 803 ff. Die Normen des BGB. über Dienstvertrag §§ 611 ff. finden auf öffentliche Staatsdiener keine Anwendung. Art. 80 EGBGB. umfaßt alle vermögensrechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten des Beamten. — Anders, wenn ein Entschädigungsanspruch des Beamten gegen den Fiskus aus einem Rechtsgrunde geltend gemacht wird, welcher nicht dem öffentlichen Dienstverhältnisse selbst angehört (808 ff.). b) SchlHolstAnz. **07** 115 ff. (Kiel). Das Verhältnis oder der Vertrag zwischen dem Staate und seinen Beamten kann, so sehr es sich auch um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis oder um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt, auch privatrechtliche Wirkungen äußern und für beide Parteien privatrechtliche Verpflichtungen nach sich ziehen. Insoweit finden dann die Vorschriften über den Dienstvertrag analoge Anwendung. Vgl. über die hieraus folgende Fürsorgepflicht des Staates unten zu § 618 Ziff. 3. c) SchlHolstAnz. **07** 115 (Kiel). Für rein privatrechtliche Vermögensansprüche, die einem Staatsbeamten bei Gelegenheit und aus Anlaß seiner Diensttätigkeit gegen den Staat erwachsen, ist der Rechtsweg zulässig. Unter § 1 des PrGes. v. 24. Mai 1891 über die Zulässigkeit des Rechtswegs fallen dem Worlaute nach zwar auch „sonstige vermögensrechtliche Ansprüche" aus dem Dienstverhältnis. Indessen können dem Sinne nach nur darunter verstanden werden die ihrem wesentlichen Charakter nach dem öffentlichen Rechte angehörigen Ansprüche der Staatsbeamten auf die mit ihrem Amte als solchen verbundenen, durch die Anstellung begründeten Bezüge. S. a. u. § 618 Ziff. 3 a. d) R. **07** 764 (Colmar). Durch die Anstellung eines Lehrers an einer öffentlichen Schule wird zwar nicht ein privatrechtlicher Dienstvertrag abgeschlossen. Nach Analogie desselben sind jedoch die Wirkungen der Anstellung zu beurteilen, insbesondere die Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten. Vgl. unten zu § 618 Ziff. 3 b. e) SchlHolstAnz. **07** Beibl. 107 (Hamburg). Das Dienstverhältnis des Beamten zum Staate hört, auch wenn er berechtigt ist, jederzeit seine Entlassung zu nehmen, sofern er auf Titel, Ge-

halt und Pension verzichten will, nicht bereits mit der Einreichung des Gesuchs, sondern frühestens mit der Annahme der Entlassung auf. Das eingereichte Gesuch kann bis zur Annahme der Entlassung durch die Behörde vom Beamten widerrufen werden. f) RG. JDR. **5** Ziff. 4 b β s. jetzt auch RheinA. **104** 227 ff., EisenbE. **23** 266.

4. Vertragsrechte und -Pflichten (s. JDR. **5** Ziff. 5 u. die dortigen Verweisungen). a) Nach der Entlassung. RG. R. **07** 1133. Für diejenigen, welche als Angestellte, Arbeiter u. dgl. in einem gewerblichen Betriebe tätig gewesen sind, besteht mangels gegenteiliger Abmachungen nicht die Rechtspflicht, das, was sie aus Anlaß ihrer Tätigkeit über die Einrichtungen dieses Betriebs und das dort angewendete Verfahren kennen gelernt haben, auch nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses geheim zu halten und insbesondere nicht in eigenem Nutzen zu verwerten, auch nicht, soweit es sich um Dinge handelt, an deren Geheimhaltung der Betriebsinhaber offenbar oder ausgesprochenermaßen ein großes Interesse hat. b) Pflicht zum Einkleben von Beitragsmarken (Versicherungsgesetz). S. JDR. **5** Ziff. 5 d u. die dortigen Verweisungen. α. Hilse, DJZ. **07** 1018 f. Der Dienstberechtigte, welcher seinen Dienstverpflichteten zur Übergabe der Quittungskarte für die Invalidenversicherung bestimmt, ist verpflichtet, für den letzteren alle diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche zum Erwerb und zum Erhalten der Anwartschaft auf Rente gesetzlich vorgeschrieben sind. Wenn er, hiergegen fehlend, dem Dienstverpflichteten einen Schaden zufügt, so hat er diesen zu ersetzen. Verstoß gegen § 141 InvVG. verpflichtet den Arbeitgeber, dem Versicherten aus eigenen Mitteln einzustehen. Fraglich bleibt, ob aus dem Umstande, daß der Dienstverpflichtete es unterließ, bei der jedesmaligen Lohnzahlung sich die Quittungskarte vorlegen zu lassen, um die gehörige Markenverwendung zu überwachen und den Dienstberechtigten an Erfüllung der Klebepflicht zu erinnern, ein Mitverschulden feststellbar ist: höchstens eine Verteilung des Schadens (RG. **58** 102). β. Hilse, SeuffBl. **07** 580 ff., schildert den interessanten Umschwung, der sich in der Wertung der Invaliditätsversicherung durch die Versicherungspflichtigen vollzogen hat. Während anfänglich die Versicherung für fast wertlos gehalten wurde, erschien sie allmählich desto begehrenswerter, da besonders die gemäß §§ 18, 22, 25 InvVG. häufig angeordnete Verschickung in Kurorte einen Reiz ausübte. Infolgedessen wurden nun zahlreiche Anträge auf Zubilligung der Rente gestellt, die aber überwiegend den erwarteten Erfolg nicht haben konnten, da die erforderliche Anzahl der Beitragsmarken zur Erfüllung der Wartezeit fehlte und auch nachträglich nicht mehr beigebracht werden durfte (§ 146 InvVG.). Hierfür machte man dann den Arbeitgeber verantwortlich. Das RG., das hierzu in mehreren Entscheidungen Stellung genommen hat, hat den Anspruch nach dem Rechte des BGB. zugebilligt. (Vgl. JDR. **5** § 611 Ziff. 5 d.) γ. RG. JDR. **5** zu § 611 Ziff. 4 d β s. jetzt auch EisenbE. **23** 140 Ziff. 97. c) Anspruch auf Erfindungen des Dienstverpflichteten (s. JDR. **5** Ziff. 5 f u. die dortigen Verweisungen). α. *Wertheimer, HoldheimsMSchr. **07** 53/63. A. Erstreckt sich die Dienstverpflichtung eines Angestellten darauf, daß er auf Neuerungen zu sinnen hat, mit der Lösung eines technischen Problems beauftragt ist, 2c., so gehört das Resultat dieser Tätigkeit dem Geschäftsherrn als die nach dem Dienstvertrage von dem Angestellten geschuldete Leistung. Alle anderen Erfindungen des Angestellten fallen, falls keine vertragliche Abmachung dem entgegensteht, diesem zu. Erfindungen, welche innerhalb eines Betriebs durch die gemeinschaftliche Arbeit mehrerer Angestellten gemacht werden (Etablissementserfindungen), gehören dem Geschäftsherrn. B. Reformvorschläge zur Angestelltenerfindung. I. Regelmäßig gehört die von dem Angestellten gemachte Erfindung diesem, ausgenommen, wenn: 1. der dem Angestellten vertraglich obliegende Pflichtkreis sich auf Erfindungen oder auf Verbesserungen, Neugestaltung 2c. von Betriebseinrichtungen, Verfahren, Maschinen,

sei es allgemein oder infolge eines ihm vom Geschäftsherrn erteilten und von ihm — ausdrücklich oder stillschweigend — angenommenen Auftrags, erstreckt; 2. der Angestellte sich durch einen besonderen neben dem Dienstvertrage herlaufenden Vertrag verpflichtet hat, seine Erfindungen dem Geschäftsherrn zu überlassen; 3. es sich um Etablissementserfindungen handelt. In diesen drei Fällen hat der Geschäftsherr einen Anspruch auf die Erfindungen des Angestellten. — Empfehlenswert erscheint es, eine besondere Bestimmung dahin zu treffen, daß dem Prinzipale für eine Angestellten-Erfindung, auf die er einen Anspruch nicht machen kann, insbesondere wenn sie einen seiner Geschäftszweige berührt, ein Anspruch auf Erteilung einer Lizenz zur gewerblichen Verwertung der Erfindung in Deutschland, eventuell nur für einen von ihm zu bestimmenden Teil von Deutschland gewährt wird. Eine andere Ausnutzung der Erfindung als durch eigene gewerbliche Verwertung soll ihm nicht zustehen. Für das Ausland ist der Angestellte in der Ausnutzung seiner Erfindung vollkommen frei. II. Grundsätzlich sind Verträge, denen zufolge der Geschäftsherr einen Anspruch auf die Erfindung seines Angestellten erhält, gültig. Die Vertragsfreiheit ist nur insofern einzuschränken, als Verträge, nach denen die Angestellten-Erfindungen dem Geschäftsherrn zufallen, dann für nichtig erklärt werden, wenn dem Angestellten ein angemessener Nutzen aus denselben nicht gewährt wird. — III. Die Erfinderehre ist dadurch zu schützen, daß dem Anmelder, der nicht selbst Erfinder ist, die Verpflichtung auferlegt wird, den Erfinder bei der Anmeldung des Patents anzugeben. Das Patentamt hat den Namen des Erfinders mitzuveröffentlichen. Hierdurch würde dem Erfinder der Schutz des § 823 Abs. 2 BGB. sowie gegebenenfalls der des § 824 Abs. 1 BGB. und des § 4 UnlWG. gewährt werden (Alexander Katz). Im Falle der Verletzung der Erfinderehre ist dem Verletzten auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Geldentschädigung zuzubilligen. Der Erfinder könnte dann von dem Anmelder des Patents die Abgabe einer Erklärung gegenüber dem Patentamte des Inhalts verlangen, daß er der Erfinder des patentierten Gegenstandes sei (Erfinderklage). Im Interesse der Rechtssicherheit dürfte es sich empfehlen, für diesen Anspruch des Erfinders eine Verjährungsfrist von längstens einem Jahre, gerechnet von dem Tage der über die Erteilung des Patents erfolgten Bekanntmachung (§ 27 Abs. 1 PatG.), einzuführen. β. *Siemens, Das Recht der Angestellten an den Erfindungen, GewRSchutz **07** 213 ff. Der Verfasser verweist darauf, daß manche Kreise aus überwiegend theoretischen Gründen für die Angestellten ein gesetzliches Recht an ihren Erfindungspatenten verlangen. Demgegenüber betont er die Tatsachen der Praxis. Vor allem legt er Wert darauf, daß die Firmen Organismen sind, deren Gesamtinteresse auch für ihre einzelnen Mitglieder von größerer Bedeutung ist als das Interesse des einzelnen. Die Firmen geben ihren Angestellten tatsächlich Äquivalente für tüchtige Leistungen; aber da Patente gar keinen Maßstab für erfinderische Leistungen abgeben, wäre es sowohl gegen die Firmen wie gegen die Gesamtheit der Angestellten ein Unrecht, wenn man gerade diejenigen Leistungen, die zufällig in ein Patent auslaufen, besonders honorieren wollte. Dadurch würden auch die Firmen gelähmt, und die Patente würden nicht mehr das sein, was sie jetzt sind, ein Mittel zur Förderung der Firmen, sondern ein Hindernis. Nach der Ansicht des Verfassers ist nicht zu beweisen, daß der gegenwärtige Zustand krankhaft sei; die technische Vorwärtsbewegung hat vielmehr bei den gegenwärtigen Verhältnissen geblüht, und es wäre gefährlich, sie gesetzgeberischen Experimenten zu unterwerfen, die aus mangelhafter Kenntnis der Tatsachen hervorgehen. γ. SächsRpflA. **07** 182 (Dresden) versagt dem Werkmeister einer Fabrik die Vergütung für eine von ihm im Fabrikbetriebe gemachte, dem Betriebsunternehmer patentierte Erfindung, weil es zu seiner Vertragspflicht gehört hat, auch seine Erfindungsgabe auf dem betreffenden Gebiet in den Dienst des Unternehmers zu stellen und er die Erfindung während der Dauer

des Dienstvertrags gemacht hat. δ. Klage auf Unterlassung der Dienste bei einem Dritten. **RG.** JW. **07** 672 Ziff. 6, DJZ. **07** 1321. Der Dienstverpflichtete ist innerhalb der Vertragsdauer verbunden, seine Arbeitskraft während der Geschäftszeit zur Verfügung des Prinzipals zu halten. Er darf daher, solange er aus irgendeinem Grunde diesem die versprochenen Dienste nicht wirksam leistet, insbesondere, wenn er sie infolge unbefugten Verlassens seiner Stellung zu leisten unterläßt, nicht einem anderen Dienste leisten. Auf ein der Pflicht des letzteren entsprechendes Verhalten kann der Dienstberechtigte Klage erheben. Die gegenteilige Ansicht Staubs (HGB. (8) Anm. 15 zu § 70) und des OLG. Dresden (SächsA. **13** 377) ist unbegründet. Wenn auch die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urteile nicht unmittelbar statthaft ist (ZPO. § 890), so ist doch darum nicht auch eine Verurteilung zur Unterlassung ausgeschlossen, gerade § 890 ergibt, daß auch Klagen und Verurteilungen auf Unterlassung einer Handlung statthaft sind. — Über Unzulässigkeit prozessualischen Zwanges s. JDR. **2** Ziff. 11.

5. Anwendungsfälle (s. JDR. **5** Ziff. 6, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 6). a) Anwalts- und Notarsvertrag (s. JDR. **5** Ziff. 6 b u. die dortigen Verweisungen). α. Fuhrmann, R. **07** 48/9, erörtert die Frage, ob der Anwalt verpflichtet ist, sich vorher durch Einsicht in die öffentlichen Bücher und Register zu überzeugen, ob die von ihm behaupteten betreffenden Tatsachen richtig sind. Die Frage ist in jedem einzelnen Falle besonders zu prüfen, unter gewissen Umständen zu bejahen, öfters zu verneinen (s. aaO. Einzelheiten). β. SchlHolstAnz. **07** 139 (Kiel) verneint bei folgendem Tatbestande die Haftung des Anwalts und Notars. Einem Mandanten, der von seiner Ehefrau auf Unterhaltsgelder verklagt und zum Notar gegangen war, um von diesem eine seine Zahlungsverpflichtung anerkennende Erklärung aufnehmen zu lassen, riet hiervon der Notar mit den Worten ab, er habe nicht nötig, diese Akte zu vollziehen, er könne den Prozeß auf keinen Fall verlieren. Da diese Erklärung des Notars nicht ein Vertragsantrag an den anderen auf Abschluß eines Dienstvertrags zur Führung des Prozesses durch ihn war, jener vielmehr erst im Anschluß an die Erklärung dem Anwalt einen dahingehenden Vertragsantrag gemacht hat, kann die Erklärung auch noch nicht von den Grundsätzen des auf den Antrag des Mandanten hin zustande gekommenen Dienstvertrags getroffen werden. Der Tatbestand stellt sich auch nicht als Abschluß eines besonderen Dienstvertrags dar, nämlich eines Vertrags über Auskunfterteilung des Anwalts gegen Entgelt. Denn die Auslegung, daß seine Erklärung den Antrag auf Schließung eines solchen Dienstvertrags bilde, wird dem Sinne der Erklärung nicht gerecht. Auch § 839 und der Gesichtspunkt der Garantie begründen keine Haftung. b) Vertrag mit Gerichtsvollzieher. α. **RG.** JW. **07** 192, RheinARV. **25** 1. Der Inhalt des von dem Gläubiger mit einem Gerichtsvollzieher geschlossenen Dienstvertrags wird insofern modifiziert, als der Gerichtsvollzieher Beamter ist, der auch bei Ausführung der Zwangsvollstreckungen keineswegs lediglich gemäß dem Interesse des Gläubigers zu verfahren hat, sondern so, wie ihm durch Gesetz und die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vorgeschrieben ist. Letztere enthalten keine Vorschrift, daß im Falle eines geringen den Taxwert nicht erreichenden Meistgebots das weitere Verfahren einzustellen und zunächst die Weisung des Gläubigers einzuholen ist. Der Zuschlag zu solchem Meistgebote begründet daher keine Haftung des Gerichtsvollziehers für den dem Gläubiger entstandenen Schaden. (LG. und OLG. Cöln [RheinARV. **24** 166, RheinA. **103** 196] hatten die Haftung bejaht, letzteres mit folgender Begründung: Der Gerichtsvollzieher, welcher zum beauftragenden Gläubiger in einem auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrage steht, ist nach den hierfür gegebenen Vorschriften des BGB. und unter Berücksichtigung der Vorschriften der ZPO. und der Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom

1. Dezember 1899 verpflichtet, den Vollstreckungsauftrag mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt so auszuführen, wie es unter den obwaltenden Umständen nach vernünftigem Ermessen dem Interesse des Gläubigers entspricht. Der Gerichtsvollzieher hat fahrlässig gehandelt, indem er, als für die auf 600 M. abgeschätzten Pfandstücke ein Meistgebot von nur 111 M. erfolgte, es unterließ, die Versteigerung vorläufig einzustellen, dem Gläubiger den Sachverhalt mitzuteilen und dessen Weisung über die Durchführung der Vollstreckung abzuwarten.) β. SchlHolstAnz. **07** 314 (Kiel). Der Gerichtsvollzieher ist, als Beamter, zur Erfüllung der durch den Dienstvertrag übernommenen Verpflichtungen nur nach Maßgabe seiner Dienstvorschriften, insbesondere der GVollzO. und der GeschAnw. für GVollz., verpflichtet. **c)** Schiedsvertrag (s. JDR. **4** Ziff. 4 f). HansGZ. **07** Beibl. 290, R. **07** 1066 (Hamburg). Der Schiedsvertrag ist als Dienstvertrag anzusehen, auf Grund dessen auf Leistung der schiedsrichterlichen Tätigkeit (vgl. für das Gemeine Recht l. 3 § 1, l. 15 Dig. h. t. (4, 8) und **RG. 41** 251), wie auf Zahlung einer ausdrücklich oder stillschweigend zugesagten Vergütung geklagt werden kann. Für den Honoraranspruch ist die Bestimmung des Schiedsvertrags, daß die Kosten des Verfahrens von der unterliegenden Partei zu tragen sind, bedeutungslos. Denn hierdurch wird die Kostenpflicht nur im Verhältnisse der beiden Schiedsparteien zueinander geregelt. Der Honoraranspruch ist ferner nicht in dem sonst statthaften Umfange von der vollständigen Erfüllung der Gegenleistung — Abgabe des Schiedsspruchs — abhängig. Insbesondere muß — vom Falle des Ausscheidens infolge der Ablehnung gemäß § 1032 ZPO. abgesehen — dem Schiedsrichter das Recht des Rücktritts aus besonderen Gründen zuerkannt werden (vgl. l. 9 §§ 4 und 5, l. 15, l. 16 pr. D. h. t.). Ob er in allen solchen Fällen stets Anspruch auf das ihm zugesagte Honorar hat, ist zweifelhaft und wird außer von etwaigen besonderen Abmachungen wesentlich von dem Umfange seiner bis zum Rücktritt entfalteten Wirksamkeit und von der Art der zum Rücktritte führenden Gründe abhängen. **d)** Agenturvertrag (s. JDR. **4** Ziff. 2 c). BadRpr. **07** 156 (Hamburg). Das Agenturverhältnis stellt ein Dienstverhältnis im Sinne der §§ 611 ff. dar. **e)** Girovertrag. *Mez, ABürgR. **30** 47 ff. Das Rechtsverhältnis, welches im Giroverkehre der Bank die Verpflichtung zur Vermittelung der Ein- und Auszahlungen für den Kontoinhaber auferlegt, ist als ein dem § 675 BGB. unterstehender Dienstvertrag, nicht als Werkvertrag zu betrachten (57 ff.). **f)** Partiarischer Vertrag mit Angestellten. **RG.** R. **07** 829. Das Dienstverhältnis eines Handlungs- oder Gewerbegehilfen wird nicht zum Gesellschaftsverhältnisse, weil ihm neben dem festen Gehalt als Entgelt für die zu leistenden Dienste auch ein Anteil aus dem Reingewinne des Handels- oder Gewerbeunternehmens zugesichert wird. **g)** Vertrag mit Amme. *Hilse, R. **07** 502, vertritt die Rechtsüberzeugung, es sei der mit einer Amme abgeschlossene Vertrag als Dienstmiete, aber nicht als Werkverdingung zu beurteilen. Demungeachtet gesteht er der Amme nicht die Kündigungsfristen des § 621 BGB. und die Ansprüche aus §§ 616, 628 BGB. zu, findet vielmehr in dem Versagen der Milch bzw. der Ablehnung ihrer Annahme seitens des Säuglings einen ausreichenden Grund zur kündigungslosen Lösung und Wegfall der Ansprüche aus §§ 616, 626 BGB. **h)** Vertrag mit Krankenpflegerin. R. **07** 697 (Stuttgart). Die von dem Vorstand eines Krankenpflegerinnenvereins verfügte Entlassung einer Pflegeschwester „wegen Mangels der erforderlichen Charaktereigenschaften" kann im Rechtswege nicht als sachlich ungerechtfertigt angefochten werden, wenn in den Aufnahmebedingungen die Entlassung aus dem genannten Grunde dem Vorstande vorbehalten war. Der höhere Zweck der Krankenpflege unter möglichst vollständiger Hingabe der eigenen Persönlichkeit aus Beweggründen des christlichen Glaubens erzeugt ein grundsätzlich dauerndes besonderes Vertrauens- und Hingebungsverhältnis und erfordert ein

Recht des Vereins, nach eigener endgültiger Entschließung die Ungeeigneten zu entfernen und einen Verzicht, insbesondere auch von seiten des Dienstverpflichteten auf richterliche Nachprüfung. Der nach § 133 ermittelte Inhalt des Vertrags ergibt, daß von beiden Seiten in diesem Sinne das Verhältnis eingegangen ist. i) Vertrag mit Hausknecht. Josef, R. **07** 116 ff. Zwischen dem Gaste, der seine Kleider abends vor seine Zimmertür aufhängt, und dem Hausknechte, der sie reinigt, kommt kein selbständiger Dienstvertrag zustande, aus dem der Hausknecht gegen den Gast den Anspruch auf Vergütung erwirbt. Der Hausknecht leistet dem Gaste die Dienste nicht als dessen Selbstkontrahent, sondern als Gehilfe des Gastwirts. Die für die Reinigung der Kleider und die Besorgung von Ausgängen angemessene Vergütung zieht er als Selbstgläubiger ein, da der Gastwirt durch Anstellung des Hausknechts diesem stillschweigend alle Forderungen, die ihm durch die bezeichneten Dienstleistungen des Hausknechts gegen die Gäste jeweils entstehen werden, zum voraus und allgemein überträgt. — Der Hausknecht hat einen Rechtsanspruch gegen den Gast auf Vergütung, deren Höhe sich natürlich beschränkt auf das, was ein Hausknecht angemessen für seine Dienstleistungen beanspruchen kann.

§ 612. 1. Begriffliches (s. JDR. 2 Ziff. 1). a) *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 229 ff. Der Abs. 1 enthält ebensowenig wie die gleichlautenden Bestimmungen der §§ 632, 653, 689 eine stillschweigende Willenserklärung. S. über letzteren Begriff oben vor §§ 116 ff. Ziff. I 1. Der etwa gemäß § 133 zu erforschende Wille der Partei ist in den obigen Fällen unerheblich. Daher wäre hier auch keine Anfechtung wegen Irrtums über den Vergütungspunkt möglich, wenn die Umstände dem Verpflichteten eine Vergütung auferlegen. Ein Dissens über diesen Punkt ist unerheblich. b) Marcus, R. **07** 114 f. Die von Gesetzes wegen eintretende Vergütungspflicht setzt außer der Tatsache, daß die Leistung im Rahmen des Gewerbes dessen, der sie gewährt, liegt, voraus, daß sie nach dem Sinne der Abrede und wirtschaftlich für den Empfänger eine selbständige Bedeutung haben kann und im Erfolge hat. Dies ist zunächst nichst der Fall, wo nach dem Willen der Kontrahenten die Herstellung der Leistung vorerst lediglich im Hinblick auf einen künftig abzuschließenden Vertrag angeboten wird. Kommt es dazu nicht, so wird die Leistung nur vergütungspflichtig, wenn der Empfänger sie sich angeeignet hat, z. B. den Anschlag benutzt, um danach anderweitig das Werk zu vergeben. Dann greift der Gesichtspunkt der in rem versio Platz zugunsten des Leistenden, insoweit durch seine Tätigkeit das demnächst anderweitig hergestellte Werk sich billiger gestellt hat. c) Bendix, R. **07** 1055 ff. Die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung, kann nur dann begehrt werden, wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist. Eine solche Bestimmung liegt aber nicht bloß dann vor, wenn die Vertragsteile die Höhe der Vergütung, sei es ausdrücklich, sei es durch konkludente Handlungen, ziffernmäßig vereinbart haben. Sie ist auch vorhanden, wenn sie sich über einen Maßstab für die Berechnung geeinigt haben, mag dieser auch mit den am Wohnorte des Unternehmers oder am Leistungsort üblichen Sätzen in Gegensatz stehen. — Eine die taxmäßige oder übliche Vergütung ausschließende Bestimmung ist auch in der Willenseinigung der Beteiligten zu finden, wonach die Höhe der Vergütung durch einen Vertragsteil bestimmt werden soll (§§ 315 ff.). Diese Willenseinigung erfordert Ausdrücklichkeit nicht, sie kann auch stillschweigend vor sich gehen.

2. Honorar der Spezialärzte. Über ärztliche Dienste s. JDR. 2 Ziff. 2 c u. 4 c. a) Delius, DJZ. **07** 286 ff., bekämpft die Entscheidung des LG. Berlin, KGBl. **06** 103, die ohne Rücksicht auf den Charakter des Arztes als eines Spezialarztes dem klagenden Arzte auf Grund der Gebührenordnung die billigsten Sätze zuspricht. Die Annahme eines Arztes charakterisiert sich rechtlich als Dienstvertrag. Die Höhe der Vergütung ist „bestimmt", wenn der Patient sich vorher

bei dem Arzte nach seinen Preisen erkundigt und nunmehr, ohne etwas zu sagen, sich behandeln läßt. Die Honorarvereinbarung kann auch stillschweigend durch konkludente Handlungen getroffen werden; ein stillschweigender Vertrag liegt vor, wenn jemand sich von einem Spezialarzt in Kenntnis seiner Eigenschaft behandeln läßt. Daß aber ein Spezialarzt höhere Gebühren nimmt als ein gewöhnlicher Arzt, ist ein allgemein bekannter Satz. Die Höhe des Honorars ist eventuell unter Zuhilfenahme der §§ 315 ff. zu ermitteln. **b)** „G." KGBl. **07** 54 ff. verneint im Gegensatze zu Delius, daß die Höhe der Vergütung bei dem stillschweigenden Vertrage bestimmt sei. Deshalb ist die taxmäßige als vereinbart anzusehen; denn Außertaxmäßiges kann nicht als vereinbart gelten. Der § 315 kommt auch nicht in Betracht, da die Leistung des Arztes nicht unbestimmt ist, und die Anwendung des § 316 ist durch §§ 612, 632 Abs. 2 ausgeschlossen. Bei Inanspruchnahme von Ärzten (einschl. Spezialärzten und Autoritäten) ist von der Rechtsvermutung auszugehen, daß die Gebührenordnung maßgebend ist. Eine stillschweigende Vereinbarung einer außertaxmäßigen Honorierung ist z. B. anzunehmen, wenn der Kranke einen Arzt in Anspruch nimmt, welcher ihn zuvor irgendwie auf die anderweite Höhe seines Honoraranspruchs oder auf die Ausschaltung der Taxe hingewiesen hat, dann ist die „übliche Vergütung" zu zahlen. **c)** Goldmann, DJZ. **07** 536. Wenn sich jemand von einem Spezialarzt in Kenntnis dieser Eigenschaft behandeln läßt, ohne die Höhe des Honorars zu vereinbaren, so will er nicht die Bemessung des Honorars in das freie Belieben des Spezialarztes stellen; aus dem Schweigen des Patienten über die Honorarfrage ist vielmehr zu folgern, daß die taxmäßige Vergütung als vereinbart gelten soll. **d)** Lubowski, R. **07** 628 f. Macht der Spezialarzt den Patienten auf eine zifferlose, besonders hohe, die Gebührenordnung übersteigende Forderung oder auf einen entsprechenden Anschlag im Wartezimmer aufmerksam (der bloße Anschlag ohne ausdrücklichen Hinweis genügt nicht), ohne daß der Patient widerspricht, so liegt hierin eine genügende Bestimmung der Vergütung im Sinne des § 612 BGB. Es liegt darin eine Vereinbarung, daß der Arzt gemäß § 315 BGB. den Umfang der Vergütung bestimmen solle. Wird aber von der Vergütung überhaupt nicht gesprochen, so darf der Arzt die Gebührenordnung niemals überschreiten.

3. Einzelne Fälle. **a)** Vergütung der hamburgischen Notare für beratende Tätigkeit und Anfertigung von Vertragsentwürfen. HansGZ. **07** Beibl. 29 ff. (LG. Hamburg). Den Umständen nach zu erwarten ist eine Vergütung dann nicht, wenn ein — auch ein landesrechtliches — Gesetz in zulässiger Weise festsetzt, daß der Anspruch auf eine solche Vergütung in einem bestimmten Falle ausgeschlossen sei. (Dies tut die Hamburger Gebührenordnung für Notare, indem sie im § 24 Abs. 2 vorschreibt, daß für eine beratende Tätigkeit, sowie für die Anfertigung von Entwürfen zu Verträgen und anderen rechtsgeschäftlichen Erklärungen [§ 6 G. betr. das Notariat] eine besondere Vergütung nur auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung gefordert werden kann. Hieraus folgt, daß der Gesetzgeber die in der Gebührenordnung vorgesehenen Sätze an sich als Vergütung nicht nur für die formelle Beurkundung der von dem Auftraggeber bereits formulierten Erklärungen, sondern auch für die richtige, den Anforderungen der Gesetze in formeller und materieller Beziehung genügende schriftliche Formulierung der von den Parteien mündlich abgegebenen Willenserklärungen, also für den schriftlichen Entwurf des Vertrags ansieht. — Hiergegen eine aaO. abgedruckte Zuschrift, wonach der Notar berechtigt sein soll, mangels ausdrücklicher Vereinbarung für den Entwurf und die beratende Tätigkeit eine angemessene Vergütung zu fordern.) **b)** Gratifikationen. Plutus **07** 946 (KfmG. Berlin). Hat der Dienstberechtigte in Verpflichtungsabsicht eine Gratifikation zugesichert, so ist der Betrag nach billigem Ermessen festzusetzen (unter Berücksichtigung der Zu-

friedenheit des Dienstherrn mit dem Angestellten und des Betrags der an die anderen Angestellten gezahlten Gratifikationen). **c)** Über die Vergütung des Hausknechts s. JDR. **4** Ziff. 2 u. oben zu § 611 Ziff. 5 i.

§ 613. Über Zession der Konkurrenzklausel vgl. oben zu § 399 Ziff. 6.

§ 614. Kleinberger, BayRpflZ. **07** 253 ff., bekämpft eine Entscheidung des LG. München, wonach der Arzt nicht verpflichtet sein soll, auf Verlangen seine Deservitenrechnung zu spezifizieren. Dem Dienstberechtigten, meint der Verf., muß das Recht der Nachprüfung zugestanden werden. Die Verpflichtung zur Spezifikation der Rechnung ist eine Vorleistungspflicht des Arztes nach §. 320. Dies ergibt sich auch aus § 614.

§ 615. **a)** Hilse, R. **07** 50/1, behandelt die Frage: „Ist die erst am zweiten Tage des begonnenen Monats zum Schlusse desselben erklärte Aufkündigung rechtswirksam"? Er erklärt das Verlangen der Angestellten, die auf eine derartige Kündigung hin am letzten Tage des Monats ihre Tätigkeit einstellen, aber gleichwohl den Dienstlohn für den kommenden auf Grund des § 615 beanspruchen, für unberechtigt. Der Umstand, daß am Schlusse des Monats die Dienstleistungen tatsächlich eingestellt werden, unterstützt die Annahme, daß der aufgekündigte Handlungsgehilfe oder Betriebsbeamte mit Lösung des Dienstverhältnisses an diesem Tage einverstanden sein wollte. Glaubte er seine Entlassung zum Monatsschlusse nicht annehmen zu brauchen, so mußte er sich zur weiteren Dienstleistung dem Berechtigten zur Verfügung halten. **b)** Semler, R. **07** 304 f. Eine erst am zweiten Tage des begonnenen Monats zum Schlusse desselben erklärte Aufkündigung kann das Dienstverhältnis zu dem beabsichtigten Termine nicht zur einseitigen Lösung bringen, sie wird aber in der Regel als Kündigung zum nächsten zulässigen Termin anzusehen sein.

§ 616. 1. Anwendungsgebiet. PrVerwBl. **28** Beil. 479/480. § 616 findet auf Privatgehilfen eines Landrats Anwendung. Ob sie ihre Besoldung aus den Dienstunkosten des Landrats oder als Beamte aus der Kreiskommunalkasse erhalten, ist hierbei gleichgültig; vgl. SeuffA. **57** 133.

2. Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit, insbes. bei militärischen Übungen (s. JDR. **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 4, 5). Plutus **07** 187 (KfmG. Berlin). Eine militärische Übung von 8 Wochen ist nicht als nicht erhebliche Zeit im Sinne des § 616 anzusehen.

§ 617. 1. *Wiedemann, Ideale Vereine 459. Die häusliche Gemeinschaft kann auch die einer juristischen Person sein für den Fall, daß diese als Arbeitgeber in Frage steht. So auch Lotmar, Arbeitsvertrag 661/62. Dagegen kann die juristische Person als Arbeitnehmer nicht in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen werden.

2. Fürsorge- und Versicherungspflicht betr. das Hausgesinde usw. der Rechtsanwälte usw. **a)** *Hilse, KGBl. **07** 37. Die Fürsorgepflicht des Dienstberechtigten für das erkrankte Gesinde tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung Vorsorge getroffen ist. Die gerichtliche Spruchübung hält daran fest, daß bei gleichzeitiger versicherungspflichtiger und versicherungsfreier Beschäftigung letztere die erstere nach sich zieht, also Versicherungspflicht des Beschäftigten besteht. Nun unterwirft § 1 Ziff. 2 a KrankVG. die im Geschäftsbetriebe der Anwälte, Notare ꝛc. gegen Lohn oder Gehalt beschäftigten Personen der Versicherungspflicht gegen Krankheit. Auch die untergeordnete Tätigkeit des Reinigens bzw. Instandhaltens der Geschäftsräume und Geräte ist zum Aufrechterhalten des Betriebs unentbehrlich. Infolgedessen sind sowohl die in der Nebenbeschäftigung mit diesen Verrichtungen betrauten Dienstboten, als auch die besonders hierfür angenommenen Reinemachefrauen der Rechtsanwälte ꝛc. von ihrem Dienst- bzw. Arbeitgeber bei der Krankenkasse anzumelden.

Vgl. auch Hilse, JuAVersDR. **07** 91, VolkstZtschrfpraktArbVers. **07** 145. **b)** KGBl. **07** 59 (BadVerwGerH.). Wo die Arbeitsleistung eines Beschäftigten aus Tätigkeiten sich zusammensetzt, durch welche mehrere Wirtschaftsbedürfnisse eines Arbeitgebers nebeneinander befriedigt werden, ist für die Beurteilung der Versicherungspflicht nicht etwa der aus dem Dienst- oder Arbeitsvertrag oder aus dem Überwiegen einer der Beschäftigungstatsachen abzuleitende Gesamtcharakter der Arbeitsleistung ausschlaggebend, es sind vielmehr die einzelnen Tätigkeiten für sich ins Auge zu fassen und kann in solchen Fällen sehr wohl der eine Teil der Gesamtbeschäftigung versicherungspflichtig sein, der andere nicht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der versicherungspflichtige Teil die Haupt- oder eine Nebenbeschäftigung darstellt, wenn nur die Nebenbeschäftigung nicht eine bloß gelegentliche oder nach Leistung und Lohn nur ganz geringfügige ist. (Danach ist die Putzfrau eines Rechtsanwalts, welche in der Hauptsache in dessen Hauswirtschaft beschäftigt ist, aber auch für die Reinigung der Bureauräume zu sorgen hat, krankenversicherungspflichtig, da ihre Arbeiten im Interesse der Instandhaltung der Geschäftsräume weder an sich noch im Verhältnisse zur Gesamtleistung als geringfügige zu bezeichnen sind.)

3. Welcher Zeitpunkt ist für die Pflicht aus § 617 bei Krankheit maßgebend? (s. JDR. **4** Ziff. 2 u. die dortigen Verweisungen). PosMSchr. **07** 25 (LG. Königsberg) hält im Gegensatze zu OLG. Frankfurt (vgl. JDR. **2** Ziff. 5 a) den Begriff der Erkrankung nur in dem Falle für gegeben, wo das Gesinde während des Dienstes erkrankt, nicht wo es bereits vor dem Dienstantritte krank war.

§ 618. 1. Inhalt der Fürsorgepflicht im allgemeinen. Maß des Verschuldens. **a)** PosMSchr. **07** 156 (Königsberg). Der Dienstherr soll einerseits nicht in unbilliger Weise belastet werden (§ 242), soll sich aber andererseits auch nicht darauf berufen können, daß ein Mißstand hergebracht und allgemein verbreitet oder daß seine Schutzmaßregeln die üblichen seien. Regelmäßig werden die polizeilichen Vorschriften zur Verhütung von Unfällen einen Anhalt dafür gewähren, was dem Dienstherrn zugesonnen werden kann oder nicht. **b)** **RG.** R. **07** 827. Auch für die hier aufgestellten Verpflichtungen gilt der allgemeine Grundsatz, daß der Schuldner nur Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu vertreten hat. **c)** **RG.** R. **07** 1532. Mit dem Einwande, daß er die mangelhafte Beschaffenheit des Arbeitsraums nicht gekannt habe, kann der Dienstberechtigte nicht gehört werden. Es ist seine Sache, bevor er die Dienste des Verpflichteten in Anspruch nimmt, die dieser ohne Gesundheitsgefährdung in dem ihm angewiesenen Arbeitsraume nicht leisten kann, die erforderlichen Schutzvorrichtungen zu treffen.

2. Anwendungsgebiet (sachlich und persönlich). **a)** R. **07** 1532 Ziff. 3795 Nr. 1 (Naumburg). § 618 findet auch auf Arbeitsverhältnisse in weiterem Sinne und Werkverträge Anwendung, sofern bei solchen Verträgen die tatsächlichen Verhältnisse denen des Dienstvertrags ähnlich gestaltet sind. **b)** PosMSchr. **07** 156 (Königsberg). Die Fürsorgepflicht erstreckt sich auch auf die Gehilfen des Dienstverpflichteten. Es wäre eine unzulässige Umgehung dieser zwingenden Bestimmungen, wenn der Dienstherr die von ihm benötigten Arbeitskräfte durch einen seiner Angestellten als alleinigen Gegenkontrahenten beschaffen ließe und sich seiner Pflicht dadurch zu entledigen suchte, daß er einen Dritten zwischen sich und jene stellt. **c)** BadRpr. **07** 74 (Karlsruhe). § 618 findet keine Anwendung auf einen Arbeiter, der nicht im Dienste des Dienstberechtigten gestanden, sondern nur zufällig und nicht einmal von dem Monteur des Dienstberechtigten herbeigerufen, bei einer einzelnen Verrichtung Hilfe geleistet hat.

3. Anwendung des § 618 auf den Beamtendienstvertrag (s. JDR. **5** Ziff. 1, **3** Ziff. 2). **a)** SchlHolstAnz. **07** 115 ff (Kiel). In entsprechender Anwendung der Vorschriften über den Dienstvertrag auf das Beamtendienstver-

hältnis (vgl. oben zu § 611 Ziff. 3 c) hat der Staat in ähnlicher Weise, wie der Dienstherr, durch seine Willensorgane Fürsorge dafür zu treffen, daß die für die Ausführung der den Beamten übertragenen Geschäfte erforderlichen Einrichtungen, soweit die Natur des Dienstes es gestattet, derartig beschaffen sind, daß dadurch keine Gefahr für die Gesundheit der Beamten entsteht, und weiter, daß an die Beamten nicht Ansprüche gestellt werden, welche ihre Gesundheit zu beschädigen geeignet sind. Jedoch fällt dem Dienstherrn ein schuldhaftes Verhalten nur dann zur Last, wenn er wußte oder doch wissen mußte, daß sein Verhalten die Gesundheit des Beamten gefährden würde. Es muß also die verantwortlichen Willensorgane des Staates ein Verschulden treffen, für welches dieser haftet. **b)** R. **07** 764 (Colmar). Auch bei dem an sich öffentlich-rechtlichen Verhältnis einer öffentlichen Schule zu dem angestellten Lehrer (vgl. oben zu § 611 Ziff. 3 d) liegt demjenigen, welchem die öffentlichen Dienste zu leisten sind, die Pflicht ob, für die körperliche Sicherheit des Lehrers bei seiner Dienstleistung zu sorgen. Schuldhafte Vernachlässigung dieser Pflicht begründet einen privatrechtlichen Schadensersatzanspruch.

4. Verhältnis zu §§ 823 ff. (847). S. JDR. **5** Ziff. 2, **2** Ziff. 2. **a)** **RG.** JW. **07** 830 Ziff. 5. Die Anwendbarkeit des § 847 ist ausgeschlossen, wenn lediglich aus dem Vertragsverhältnisse die Schadensersatzpflicht begründet ist (**RG.** 26. 2. 07, III 338/06), nicht aber, wenn daneben die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung nach den §§ 823, 831 vorliegen. S. a. u. Ziff. 7 f. **b)** Ebenso HansGZ. **07** Beibl. 252 (Hamburg). Der Umstand, daß der Beklagte mit dem Verletzten auch in einem Vertragsverhältnisse steht, kann nicht dahin führen, daß seine Haftung dem Verletzten gegenüber eine mindere ist, wie gegenüber einem beliebigen Dritten. **c)** PosMSchr. **07** 156 (Königsberg). Verletzung der Fürsorgepflicht macht den Dienstherrn nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen haftbar.

5. Verhältnis zu § 254. **a)** **RG.** JW. **07** 249 (s. auch unten Ziff. 7 d). Die Anwendbarkeit des § 254 ist zulässig, da der dort aufgestellte Grundsatz durch die im § 618 getroffene Vorschrift nicht durchbrochen ist. **b)** R. **07** 764 (Colmar). Die Fürsorgepflicht findet ihre Beschränkung und Ergänzung in der Verpflichtung des Dienstpflichtigen, durch eigene Aufmerksamkeit sich vor Schaden zu schützen.

6. Zuständigkeit. OLG. **15** 39/40 (KG.). Die Verpflichtung des Geschäftsherrn zur Einrichtung und Unterhaltung von Gerätschaften entspringt nicht unmittelbar aus dem Dienstvertrage, sondern aus der für den Dienstverpflichteten und für Dritte, im allgemeinen Wohlfahrtsinteresse und durch den Dienstvertrag nicht abänderlichen Vorschrift des § 62 HGB. (§ 618 BGB.). Daher ist für Schadensersatzansprüche das ordentliche Gericht zuständig.

7. Einzelfälle (s. JDR. **5** Ziff. 5 u. die dortigen Verweisungen). **a)** Unfall beim Fensterputzen (s. JDR. **4** Ziff. 3 a u. die dortigen Verweisungen). SchlHolstAnz. **07** 118 (Kiel). Die Anwendung besonderer Sicherheitsmaßregeln ist nur nötig, wenn sie durch die im Verkehr erforderliche Sorgfalt geboten, z. B. weil die dem Dienstboten übertragene Arbeit mit besonderer Gefahr verknüpft ist. (Verneint für das Putzen eines Fensters, obwohl es nach außen aufschlägt und im ersten Stockwerke liegt.) **b)** Zugang zum Aborte. **RG.** JW. **07** 673 Ziff. 7, ZVers. Wes. **07** 517, R. **07** 1400. Der als Zugang zum Aborte bestimmte Weg ist zu den nach § 618 zu schützenden Räumen zu rechnen. Zur Unterhaltung dieses Weges gehört auch die Sicherung gegen Gefahren, die durch vom Dache herabstürzende Sache drohen (z. B. weil auf dem Dache Maurer mit Arbeiten am Schornsteine beschäftigt sind). Kein genügendes Warnungszeichen ist eine in der Mitte des Hauses aufgestellte Leiter mit Warnungstafel, vielmehr müssen, da nicht nur der vertikal unter der Arbeitsstelle liegende Raum gefährdet ist, sondern etwa herabfallende Sachen eine bedeutend seitlich abweichende Richtung annehmen können, Anfang

und Ende des gefährdeten Raumes an der Front des Gebäudes ausreichend bezeichnet sein. **c)** Näharbeit gegen freie Station. R. **07** 1258 (Frankfurt). Die Bestimmungen des § 618 finden auf ein Arbeitsverhältnis des Inhalts Anwendung, daß der eine Teil Näh- und sonstige häusliche Arbeiten leistet, der andere als Gegenleistung freie Wohnung und Verpflegung gewährt. **d)** Zulassung eines sicheren und eines gefährlichen Verfahrens. **RG.** JW. **07** 249, ZVersWes. **07** 296, R. **07** 376, DJZ. **07** 538. Der Fürsorgepflicht genügt diejenige Dienstherrschaft nicht, die bei Regelung der dem Dienstboten obliegenden Dienstleistungen neben einem Verfahren, das tunlichste Sicherheit gegen Gefahr bietet, ein zweites Verfahren, das solcher Sicherheit unverkennbar ermangelt, als statthaft und ihrer Zustimmung entsprechend zuläßt. Jedoch hat auch der Dienstpflichtige die erforderliche Sorgfalt zu betätigen. Der im § 254 aufgestellte Grundsatz ist durch die Vorschrift des § 618 nicht durchbrochen. **e)** Gemeinde als Dienstberechtigte. SchlHolstAnz. **07** 223 (Kiel). Der den verfassungsmäßigen Vertretern einer Gemeinde nach § 618 obliegenden Pflicht, für die Unversehrtheit der den Dienstverpflichteten zur Verfügung gestellten Gerätschaften Sorge zu tragen, wird dadurch genügt, daß von Zeit zu Zeit die Tauglichkeit und Unversehrtheit dieser Gerätschaften untersucht und für die Abstellung der dabei gefundenen Mängel Sorge getragen wird. **f)** **RG.** JW. **07** 830 Ziff. 5, R. **07** 1532. Der Dienstherr haftet, weil der von ihm mit der Bedienung des Aufzugs beauftragte Knecht M. den Unfall des Dienstberechtigten durch unrichtiges Handeln fahrlässig verursacht, und er bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet hat. (Denn der Dienstherr war mit der Handhabung des Aufzugs nicht genügend bekannt und hat an Stelle des Metzgers, der sonst regelmäßig den Bieraufzug bediente, dem Knechte M., die Dienstleistung übertragen, ohne sich über dessen Befähigung zu vergewissern. Er ist daher gemäß §§ 823 II, 831 in Verbindung mit § 618 BGB., § 120 a RGewO. und auf Grund des Dienstvertrags nach §§ 618, 276, 278 BGB. zum Schadensersatze verpflichtet. Vgl. oben Ziff. 4 a.) **g)** R. **07** 1532 Ziff. 3795 Nr. 2 (Naumburg). Wenn der Käufer einer Ware mit dem Verkäufer vereinbart, daß durch dessen Leute die Ware angefahren und im Speicher des Käufers aufgestapelt werde, so ist der Käufer auch diesen Leuten als denjenigen Personen, deren der Verkäufer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit sich bedient, zur Beobachtung der Schutzvorschriften des § 618 verpflichtet. **h)** BadRpr. **07** 233, R. **07** 1258 (Karlsruhe). Was der Dienstberechtigte auf Grund des § 618 zum Schutze des Dienstverpflichteten zu leisten hat, bestimmt sich in Anwendung des § 242 nach der Verkehrssitte. Diese geht in der Regel nicht dahin, daß nur mit Rücksicht auf den (alten und gebrechlichen) Dienstverpflichteten an ordnungsmäßig hergestellten Räumen besondere bauliche Anordnungen vorgenommen werden.

§ 620. Verspätete Kündigung. HessRspr. 8 61 (Darmstadt). Ob an Stelle der gesetzten unrichtigen Kündigungsfrist die richtige (gesetzliche, vertragliche oder angemessene) Frist tritt, ob also in einer verspäteten Kündigung die Kündigung zum nächsten Termine liegt, ist bei Dienst- (und Miet-) verhältnissen Tatfrage. (Bejaht, weil der Kündigende kein Interesse daran hatte, daß das Rechtsverhältnis gerade zu dem von ihm bestimmten Termine gelöst werde, sondern weil es ihm genügte, wenn es so rasch, als es die Rechtslage gestattete, gelöst wurde.)

§ 621. 1. **RG.** R. **07** 635. Um die dispositiven Vorschriften über die bei der Kündigung zu beobachtenden Fristen auszuschließen, ist es nicht erforderlich, daß die abweichende Kündigungsfrist in einem bestimmten Zeitmaß ausgedrückt wird. Es genügt, diejenigen Eigenschaften und Merkmale zu vereinbaren, die die Kündigungsfrist nach den Absichten der Parteien haben soll, z. B. die dem Parteiwillen zu entnehmende Vereinbarung einer solchen Kündigungsfrist, die es dem Dienstverpflichteten ermöglicht, sich wieder eine entsprechende Stellung zu verschaffen.

Die zahlenmäßige Ausmessung der Frist hat dann die kündigende Partei, event. der Richter zugrunde zu legen. (Angenommen in dem Falle eines Anstaltsarztes, der eine sog. „Lebensstellung", d. h. zwar keine lebenslängliche, wohl aber eine auf längere Dauer berechnete Anstellung inne hatte.)

2. Über die Frage der Rechtswirksamkeit einer am zweiten Tage des Monats ausgesprochenen Kündigung s. oben zu § 615 a.

3. Kündigung bei Nebenbeschäftigung. Plutus **07** 335 (KfmG. Berlin). Wer neben seiner Haupttätigkeit als Angestellter einer Versicherungsgesellschaft einem anderen die Korrespondenz führt, und zwar hieran abends alle 1 bis 2 Tage gegen Monatsgehalt von 20 M. arbeitet, hat für diese Nebenbeschäftigung weder Anspruch auf die gesetzliche Kündigungsfrist, noch kann er ein Zeugnis verlangen. (Entschieden zu §§ 59, 66, 73 HGB.)

§ 622. Über den Unterschied zwischen monatlicher Zahlung und Bemessung der Vergütung nach Monaten in Ansehung der Kündigung vgl. **RG.** III 9. 11. 06, JW. **07** 15.

§ 625. HansGZ. **07** Beibl. 156 (Hamburg). Wird ein auf bestimmte Zeit geschlossener Dienstvertrag nach deren Ablauf fortgesetzt, so versteht es sich von selbst, daß jetzt lediglich die gesetzlichen Bestimmungen über Kündigungsfristen und Kündigungstermin Platz greifen. Das gleiche muß gelten bei der Fortsetzung eines auf unbestimmte Zeit geschlossenen und durch vertragsmäßige Kündigung beendeten Verhältnisses.

§ 626. 1. Rechts- oder Tatfrage? (s. JDR. **5** Ziff. 3). **RG.** R. **07** 635. Die Frage, ob im einzelnen Falle ein wichtiger Grund vorgelegen hat, liegt auf tatsächlichem Gebiete; das Revisionsgericht kann nur die Frage nachprüfen, ob in abstracto ein bestimmtes Handeln oder eine bestimmte Eigenschaft oder ein bestimmtes Ereignis einen wichtigen Grund abgeben kann.

2. Gründe, die sich vor der Anstellung ereignen (s. auch JDR. **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 2). **RG.** JW. **07** 543 Ziff. 4, DJZ. **07** 1201. Zur Kündigung wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes wird nichts weiter verlangt, als daß während der Dauer des Dienstvertrags eine Störung des normalen, durch den Dienstvertrag geschlossenen Verhältnisses zwischen Prinzipal und Gehilfen eintritt. Diese Störung kann auch in einem Ereignis ihren Grund haben, das schon vor der Anstellung liegt, sofern nur seine Wirkungen sich in die Zeit der Vertragsdauer hineinerstrecken und derartige sind, daß dem anderen Teile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht weiter zuzumuten ist (z. B. eine vorher erlittene zweijährige Zuchthausstrafe wegen Bandendiebstahls, die dem Prinzipale nachträglich bekannt wird). (Entschieden zu § 70 HGB.)

3. Einwirkung der unberechtigten Kündigung auf das Fortbestehen des Dienstverhältnisses, insbesondere mit Rücksicht auf die Naturalleistungen (s. JDR. **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 1 a). **a)** Lohmeyer, DJZ. **07** 593 ff. Der Dienstherr kann den von ihm entlassenen Dienstpflichtigen eigenmächtig aus der Dienstwohnung heraussetzen, wenn jener sie trotz der Entlassung nicht räumt. Setzt der Dienstherr den entlassenen Dienstpflichtigen aus der Wohnung, so handelt er nicht widerrechtlich, es liegt keine verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB.) vor. Überschreitung der durch das Recht und die guten Sitten gezogenen Grenzen macht den Dienstherrn schadensersatzpflichtig. Will der Dienstherr aber den Dienstpflichtigen nicht aus der Wohnung entsetzen, so muß er auf Räumung klagen. In dem Räumungsprozeß ist nicht zu entscheiden, ob dieser zu Recht oder zu Unrecht entlassen ist. Die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des Dienstverhältnisses kann aber natürlich mit der Räumungsklage verbunden werden. **b)** Josef, BayRpflZ. **07** 325. Der Dienstherr hat gegen

den Deputanten nur die Vertragsklage auf Räumung der Wohnung, d. h. er muß nachweisen, daß ein wichtiger Entlassungsgrund vorliegt. — Noch mehr gilt dies, wenn der Angestellte ein Anstaltsarzt, Fabrikdirektor usw. ist. — Da der Dienstherr jedoch zur Annahme der Dienste des Entlassenen nicht verpflichtet ist, so verliert der Dienstpflichtige mit der Entlassung den Anspruch auf Benutzung solcher Räume, die lediglich zur Leistung der übernommenen Dienste bestimmt sind, und ist auf die Vertragsklage des Dienstherrn zur Räumung solcher Geschäftsräume schlechthin zu verurteilen. **c)** Staege, DJZ. **07** 1082 f. Der dem Dienstpflichtigen gewährte Anspruch ist seiner rechtlichen Natur nach der vertragsmäßige Lohnanspruch selbst, in Richtung sowohl auf Geld- wie auf Naturalentlohnung, und nicht etwa ein Ersatzanspruch auf das Erfüllungsinteresse. — Steht die Innehabung einer Dienstwohnung mit der Ausübung der Dienste in untrennbarem Zusammenhange derart, daß diese überhaupt oder wenigstens in vollem Umfang und mit der nach dem Dienstvertrage vorausgesetzten Sorgfalt nur von dem Inhaber der Wohnung versehen werden können, dagegen nicht von einem anderswo Wohnenden, so ist dem vorzeitig entlassenen Dienstpflichtigen der Anspruch auf weitere Überlassung der Dienstwohnung nicht zuzuerkennen, selbst dann nicht, wenn sich der Grund der Entlassung als ein nichtiger herausstellt. Unter diesen Umständen hat sich der Anspruch aus § 615 auf den Ersatz des Wohnungswerts zu richten.

4. Wichtige Gründe. Einzelne Fälle (s. JDR. **5** Ziff. 5 u. die dortigen Verweisungen). **a)** Agenturähnliches Verhältnis. **RG.** R. **07** 1066. Auf den Vertrag, durch welchen ein Kaufmann einem anderen Kaufmanne für einen bestimmten Bezirk und eine bestimmte Zeit die „Alleinvertretung" seiner Waren, d. h. hier die Berechtigung sowohl wie die Verpflichtung des Tätigseins überträgt und dieser von jenem sofort eine bestimmte Menge jener Waren für eigene Rechnung und zum Weiterverkaufe für eigene Rechnung übernimmt, finden die §§ 626 ff. Anwendung. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn der Vertreter entgegen der ihm bekannten Intention des anderen die Vertretung einem Dritten überträgt und sich selbst jeder Tätigkeit als Vertreter enthält. **b)** Zweistündige Dienstantrittsverspätung. LeipzZ. **07** 302 (LG. Hamburg). Ein Angestellter, der gleich am ersten Tage ohne stichhaltigen Grund um etwa 2 Stunden zu spät erscheint, begeht einen schweren Verstoß und zeigt eine so große Nachlässigkeit, daß dem Geschäftsherrn nicht zugemutet werden kann, ihn zu behalten. Das KfmG. hatte die entgegengesetzte Ansicht vertreten, auch der Einsender macht auf die schweren Bedenken aufmerksam, die gegen die „Wichtigkeit" des Entlassungsgrundes obwalten. ➞ Es kommt wohl auf den einzelnen Fall an. — Red. ⟵ **c)** Wechselseitige Beleidigungen. Plutus **07** 335 (KfmG. Berlin). Keine Kündigung seitens des Angestellten aus wichtigem Grunde, wenn der Prinzipal eine Beleidigung des Angestellten mit einer Beleidigung erwidert, so daß sich beide kompensieren. (Entschieden zu § 71 [4] HGB.) **d)** Unsittlicher Lebenswandel. Plutus **07** 187 (KfmG. Berlin). An sich kann ein unsittlicher Lebenswandel der Angestellten ein wichtiger Grund sein. Dies aber ist nicht der Fall, wenn die Angestellte von dem Dienstberechtigten selbst in eine Falle zur Erprobung ihrer Charakterfestigkeit gelockt wird. (Entschieden zu § 70 HGB.)

§ 627. Dienste höherer Art. BadRpr. **07** 166, R. **07** 827 (Karlsruhe). Maßgebend ist gemäß der sozialen Anschauung die sachliche Beschaffenheit der Dienste, die Notwendigkeit einer gewissen, nicht aber notwendig wissenschaftlichen Vorbildung und das Vorhandensein eines besonderen Vertrauensverhältnisses. (Dienstleistungen, durch die ein Kaufmann seine Kenntnisse in einem bestimmten Geschäftszweig einem anderen zur Errichtung eines Geschäfts zur Verfügung stellt, sind Dienste höherer Art.)

§ 628. *Hilse, ABürgR. **30** 283. Das Hineinziehen der Baubetriebe in die anmeldepflichtigen Gewerbe des § 35 GewO. durch Ges. v. 7. Januar 1907 verpflichtet die Verwaltungsbehörden, die Ausführung und Leitung von Bauten Personen zu untersagen, welche wegen persönlich-technischer oder persönlich-moralischer Unzuverlässigkeit hierzu ungeeignet sind. Hieraus folgert er die Befugnis des Bauherrn, den Werkvertrag mit dem Bauwerkmeister bzw. den Dienstvertrag mit dem Bauleiter rückgängig zu machen, ohne dieselben auf Grund § 649 bzw. § 628 BGB. entschädigen zu brauchen, weil nicht durch ihn, vielmehr durch diese der Anlaß zum Rücktritte gegeben wird.

§ 630. 1. Recht auf materiell richtiges Zeugnis. Nachprüfung durch das Prozeßgericht. Form und Inhalt (s. JDR. **5** Ziff. 3 u. die dortigen Verweisungen). **a)** Allgemeines. Lunglmayr, DJZ. **07** 758 ff., führt im Anschluß an Brückmann (vgl. JDR. **3** Ziff. 3 a α) aus: Der Aussteller des Dienstzeugnisses hat nicht nur Arglist und grobe Fahrlässigkeit, sondern auch einen geringeren Grad des Leichtsinns zu vertreten. Das Zeugnis muß nicht nur wahr und mit Aufmerksamkeit ausgestellt, es muß auch richtig sein, d. h. eine der objektiven Wirklichkeit entsprechende Auskunft gewähren. Ein Zeugnis, das nicht nur Daten und Tatsachen bringt, sondern die Tatsachen in Form von Urteilen zusammenfaßt, ist nur dann objektiv richtig, wenn diese Zusammenfassung nach allgemein gültigen Grundsätzen vermittels normalen Denkens geschieht und in ihrem Ergebnisse nicht einem willkürlichen, sondern einem Maßstab entspricht, wie er vernünftigerweise an das Dienstverhältnis angelegt werden kann. Verstößt das Zeugnis gegen den objektiven Maßstab und damit gegen das Erfordernis der Richtigkeit, so hat der Dienstverpflichtete ein Recht auf die sachliche Berichtigung und dem Gericht erwächst die Pflicht der Nachprüfung. **b)** Angabe der Erfindungen. *Wertheimer. Der Geschäftsherr ist verpflichtet, in dem einem technischen Angestellten zu erteilenden Zeugnis auch die von diesem während des Dienstverhältnisses für ihn gemachten Erfindungen oder die Etablissementserfindungen, bei denen dieser in erheblichem Maße mitgewirkt hat, zu erwähnen. **c)** Ausschluß außerdienstlichen Verhaltens. α. OLG. **28** 182, SächsRpflA. **07** 65, R. **07** 127 (Dresden) s. bereits JDR. **5** Ziff. 3 a. β. In BauersZ. **14** 99 wird ausgeführt, daß die Bestimmung des § 630 auch für die Vorstandsmitglieder einer AktGes. und für die Geschäftsführer einer GmbH. gilt; ferner, daß außerdienstliche, besonders das Privatleben betreffende Umstände und Ereignisse nicht in das Dienstzeugnis gehören, auch wenn sie die Entlassung rechtfertigen. **d)** Bezeichnung als „Architekt" oder Bautechniker. R. **07** 127 (KG.) s. bereits JDR. **5** Ziff. 3 e α. **e)** Über Anspruch auf Zeugnisausstellung bei Nebenbeschäftigung s. Plutus **07** 335 (KfmG. Berlin).

Siebenter Titel. Werkvertrag.

Vorbemerkung: Die Literatur hat sich nur mit wenigen Fragen beschäftigt. In sehr beachtenswerter Weise macht Bucerius (§ 638 Ziff. 1a) gegenüber der herrschenden, etwas formalistisch vorgehenden Rechtsprechung darauf aufmerksam, daß es bei der Auslegung des Garantieabkommens durchaus in erster Linie auf den Parteiwillen ankommt und genau in jedem einzelnen Falle untersucht werden muß, welche gesetzlichen Vorschriften die Beteiligten überhaupt haben abändern wollen. Mit der schematischen Hinausschiebung der Verjährungsfrist scheint man in der Tat nicht auszukommen. Hopmann und Güthe behandeln den sehr wichtigen und schwierigen § 648 in seiner jetzigen Fassung im allgemeinen (§ 648 Ziff. 1, 2), während auf die Literatur über den viel angefochtenen Gesetzentwurf über die Bauhandwerker nur kurz hingewiesen ist (Ziff. 8). Bei weitem reichhaltiger und umfangreicher ist natürlich wieder das

von der Rechtsprechung beigesteuerte Material. Aus den zahlreichen Einzelfällen hervorgehoben zu werden verdient der zu § 631 Ziff. 5 d und § 635 Ziff. 5 a behandelte Vertrag mit dem Operateur, der als Werkvertrag gekennzeichnet wird. Dies dürfte so allgemein, wie dort entschieden, gewiß über das Ziel hinausschießen. Es gibt Operationsverträge, die wegen der Geringfügigkeit und mehr technischen Tätigkeit, die zu entfalten ist, Werkvertragsnatur haben; aber dies muß im einzelnen regelmäßig erst festgestellt werden. Grundlegende Fragen erörtert das RG. zu § 633 Ziff. 3, wo es sich über die Möglichkeit der Rentabilität als zugesicherter Eigenschaft verhält, zu § 634 Ziff. 2, wo es das Bestreiten der Mängel erst im Laufe des Prozesses als genügend erachtet, zu § 634 Ziff. 3a, wo die Anwendung des § 634 Abs. 3 ausgeschlossen wird, wenn das Wandelungsbegehren auf das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften gestützt wird. In der Frage der Anwendbarkeit des § 638 auf immaterielle Werke hat der VI. Senat jetzt seine Ansicht zugunsten derjenigen des VII. in einer bemerkenswerten Entscheidung geändert (§ 638 Ziff. 3), im einschränkenden Sinne. Sehr beachtenswert erscheinen schließlich noch die zahlreichen Urteile über den schillernden Begriffe der „Abnahme" und „Annahme" (§§ 638 Ziff. 4, 640 Ziff. 1) und des Bauwerkes (zu §§ 638 Ziff. 5, 648 Ziff. 4).

§ 631. 1. Anspruch des Bauherrn auf Rechnungslegung. SächsOLG. **28** 185 (Dresden). Eine klagbare Verpflichtung des Unternehmers zur Anfertigung einer Rechnung über die geleisteten Arbeiten, wie sie im Verkehre zwischen Bauherrn und Baumeister üblich sein mag, ist weder aus den Bestimmungen des Werkvertrags noch aus der erwähnten tatsächlichen Übung herzuleiten. Vielmehr kann nur in Frage kommen, ob etwa die Aufstellung einer derartigen Rechnung unter Umständen zur Begründung des Anspruchs des Baumeisters gehört und ob deshalb der Bauherr die Bezahlung bis zur Empfangnahme einer solchen zurückhalten kann.

2. Verjährung (s. JDR. **5** Ziff. 6). **a) RG. 66** 6, JW. **07** 325, R. **07** 1130 Ziff. 2682. In den Fällen, wo Bauarbeiten Gegenstand eines Werkvertrags sind, macht es keinen Unterschied, ob die Arbeiten dem eigenen Handwerke des Unternehmers angehören oder auf dessen Bestellung für ihn von anderen Handwerkern ausgeführt werden. Es kommt immer nur darauf an, ob die übernommene Leistung die eines Handwerkers ist. Ist dies der Fall, so unterliegt der Anspruch der kurzen Verjährung des § 196 Ziff. 1. **b) RG. 66** 50, R. **07** 1130 Ziff. 2683. Der sogen. „Entreprisevertrag" fällt unter die kurze Verjährung des § 196 (vgl. PrOTr. 14. 3. 72 in StriethA. **84** 275, **RG. 28** 232).

3. Berechnung der Vergütung nach den einzelnen Leistungen (s. JDR. **5** Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 2). **RG.** GruchotsBeitr. **51** 945 ff., JW. **07** 362. Das Wesen des Werkvertrags wird dadurch nicht berührt, daß der Preis nicht in einer Pauschsumme, sondern nach Maßgabe der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Einzelleistungen bestimmt ist (Planck (3) Anm. 2 b zu § 632).

4. Einheitlicher Werkvertrag trotz allmählicher Entwickelung und Erweiterung des Vertragsverhältnisses. R. **07** 127 Ziff. 162 (Karlsruhe) s. bereits JDR. **5** Ziff. 4.

5. Einzelne Vertragstatbestände (s. JDR. **5** Ziff. 4 u. die dortigen Verweisungen). a) Rezensionsvertrag. Kohler, ABürgR. **30** 133 ff. Der Vertrag, wonach eine Verlagsbuchhandlung an eine auf Buchrezensionen angelegte Zeitschrift Bücher schickt, in der Art, daß für die übersandten Bücher eine Besprechung verlangt wird, ist ein Werkvertrag, bei welchem das „Werk" in der Besprechung und die Vergütung in dem Verzicht auf den Preis des Buches besteht. — Für den Lieferungstermin kommt die Zeit in Betracht, welche für eine gründliche Durcharbeituug nnd Besprechung des Werkes nötig ist, und der Umfang

der Zeitschrift, welche einer Fülle von Werken gerecht werden muß und daher nur allmählich in der Lage ist, die Besprechungen zu bringen. Eine Erfüllung ist so lange nicht unmöglich, als überhaupt die vom Verfasser des Werkes angeregten Fragen in der Wissenschaft diskutiert werden können und die Wissenschaft nicht soweit fortgeschritten ist, daß das Werk der Vergangenheit angehört. Davon, daß der Verleger nach Ablauf einiger Zeit ohne Fristsetzung vom Vertrage zurücktreten dürfe, kann keine Rede sein. **b**) Lieferung von Gegenständen mit Verpflichtung zur Montage (s. JDR. **2** Ziff. 5 c bei γ). α. **RG.** R. **07** 1398 Ziff. 3472. Die Lieferung von Herden gewöhnlicher Art, wenn auch mit besonders festgesetzten Eigenschaften (erhöhten Bratöfen), wird nicht Werkvertrag, sondern bleibt Kauf über vertretbare Sache, wenn auch die liefernde Firma nebenbei die Aufstellung und Installation der Herde in einem Neubau übernimmt. β. **RG.** R. **07** 1066. Hat beim Verkauf eines Motors der Verkäufer es übernommen, dem Käufer einen Monteur zum Aufstellen des Motors zu senden und dies billigst zu berechnen, so ist neben dem Kaufvertrag ein selbständiger, nicht als Dienstvertrag, sondern als Werkvertrag anzusehender Vertrag geschlossen. Nach der Absicht beider Teile kann jedoch die Leistungspflicht des Käufers aus dem Werkvertrage von einer Leistungspflicht aus dem Kaufvertrag abhängig sein, so daß, wenn der Käufer, weil die Gegenseite den Kaufvertrag nicht ordnungsmäßig erfüllt hat, den Kaufpreis nicht zu zahlen braucht, er auch die Leistung der Vergütung aus dem Werkvertrage zurückhalten kann. **c**) Theatervertrag (s. JDR. **3** Ziff. 6). ÖstAGZ. **07** 46 (BezG. Wien). Der Theaterbesuchsvertrag umfaßt einerseits gleich dem Werkvertrag eine positive Veranstaltung (die Vorstellung), andererseits gleich der Sachmiete ein bloßes Gestatten (Benutzung des Zuschauerraums). Je nachdem man auf das eine oder andere Moment das Hauptgewicht legt, wird man den Vertrag, wie dies die deutsche Rechtswissenschaft tut (Opet, Deutsches Theaterrecht [1897] 219, Biermann, JheringsJ. **32** 307, Dernburg, BGB. II 2 429), als Werkvertrag oder, der französischen Auffassung (Dalloz, Répertoire alphabétique Artikel théatre spectacle) folgend, als Mietvertrag ansehen. Für die Annahme einer Obsorgepflicht über die Kleider des Besuchers bietet die eine Auffassung ebensowenig Raum wie die andere. **d**) Vertrag mit Operateur (s. JDR. **4** Ziff. 1). α. SeuffBl. **07** 501 (Augsburg). In der Regel ist der Vertrag über ärztliche Behandlung ein Dienstvertrag; wenn aber die Vornahme einer bestimmten Operation vereinbart ist, liegt ein Werkvertrag vor (s. JDR. **4** Ziff. 1). Gegenstand eines solchen Werkvertrags ist die vorzunehmende Operation, nicht aber die Heilung an sich. Über die Haftung wegen ungünstigen Erfolges s. unten zu § 635 Ziff. 5 a. β. HessRspr. **8** 37 (LG. Mainz) erwägt, daß Verträge über operae liberales zwar Dienstverträge sind, fragt aber, ob der Vertrag mit dem Arzte wegen einer vorzunehmenden Operation nicht richtiger ein Werkvertrag sei, indem man darin, daß die Krankheit den durch ärztliche Einwirkung zu erzielenden Verlauf nimmt, denjenigen Erfolg sieht, welchen der Verpflichtete übernommen hat. **e**) Personenbeförderung (s. JDR. **5** Ziff. 14 a u. die dortigen Verweisungen). **RG.** R. **07** 1133. Beim Transportvertrag ist der Transportunternehmer verpflichtet, für die körperliche Sicherheit der beförderten Personen zu sorgen und einzustehen, sofern er nicht nachweist, daß der Schaden auf ein Verschulden seinerseits nicht zurückzuführen ist. **f**) Vertrag mit Bauunternehmer (s. auch JDR. **5** Ziff. 14 c, **3** Ziff. 7 b β). α. **RG.** R. **07** 1400. Ein Abkommen zwischen einem Grundstücksbesitzer und einem Bauunternehmer, wonach dieser es übernimmt, Pläne für die Erbauung von Villen auf dem Grundstücke des ersteren anzufertigen und die Bauarbeiten zu leiten, wogegen der aus der Verwertung der Villen zu erzielende Gewinn unter den Parteien geteilt werden soll, ist kein Vertrag, durch den der Grundstückseigentümer sich seinem Vertragsgegner gegenüber verpflichtet, Grund-

eigentum an Dritte zu übertragen (§ 313), sondern ein formlos gültiger Werkvertrag. β. **RG.** BayRpflZ. **07** 256. Nicht zu beanstanden ist die Auslegung, daß in dem Kaufvertrag ein selbständiger Werkvertrag (betreffend die von dem Verkäufer zu leistenden Bauarbeiten), nicht nur das Versprechen eines gewissen Bauzustandes durch ihn, also eine einfache Nebenbestimmung des Kaufvertrags enthalten ist. Insbesondere kann auch die zum Werkvertrag erforderliche Vergütung in den Gesamtgegenleistungen des Käufers um so mehr gefunden werden, als die Höhe des Kaufpreises nach dem Maße der von dem Verkäufer zu leistenden Bauarbeiten festgesetzt oder von ihm doch beeinflußt worden ist. g) Entreprisevertrag. **RG. 66** 50, R. **07** 1130 Ziff. 2683. Kein Entreprisevertrag liegt vor, wenn die zur Erhöhung des Gebäudes erforderliche Aufschüttung von Erdmassen durch einen besonderen Vertrag als selbständige Leistung von der Klägerin übernommen worden war; allerdings waren ihr, durch andere Verträge, noch andere Arbeiten an demselben Gelände übertragen worden, aber die Aufschüttung gehörte nicht zu einem umfassenderen Vertrage, durch den die Klägerin etwa, als Generalunternehmer, die baureife Zurichtung und Herstellung des Geländes dergestalt übernommen hätte, daß sie zu diesem Behufe eine Reihe von Arbeiten und Lieferungen an andere, von ihr gedungene Gewerbetreibende zu vergeben gehabt hätte, diese verschiedenen, ihr zu gewährenden Leistungen aber durch ihre Tätigkeit in ihrer Person zu einer Gesamtleistung verbunden worden und als solche von ihr dem Beklagten geschuldet gewesen wären. **h)** Deckvertrag (Beschälvertrag). S. JDR. **5** Ziff. 14 e. R. **07** 1463 (Colmar). Der Deckvertrag ist Werkvertrag. Vgl. u. zu § 635 Ziff. 5 b. **i)** Erpachtung des Inseratenteils einer Zeitung. SächsRpflA. **07** 344 ff. Ziff. 50 (Dresden). Die sogenannte Erpachtung des Inseratenteils einer Zeitung oder Zeitschrift — der Pächter zahlt einen bestimmten Preis für das Recht, nach seinem Ermessen Ankündigungen der Zeitschrift beizufügen, die der Verpächter zu drucken hat — unterscheidet sich wesentlich von dem Werkvertrage, der den Abdruck eines oder mehrerer bestimmter Inserate zum Gegenstande hat. Der Pächter übernimmt die Gefahr des Unternehmens. Vgl. hierzu unten § 649 Ziff. 5. **k)** Werkvertrag oder Agenturverhältnis? **RG.** JW. **07** 166 Ziff. 2. Kein Werkvertrag liegt vor, wenn der Beklagte für die Klägerin den Alleinvertrieb von Zugmessern in der Weise übernommen hat, daß die Lieferung und Fakturierung an die Abnehmer der Klägerin selbst bewirkt, dem Beklagten aber den erzielten Überschuß über einen festgesetzten Grundpreis vergütet, wogegen Beklagter sich verpflichtet, für einen bestimmten Mindestabsatz zu sorgen und sich einer Vertragsstrafe unterwirft. Es liegt auch kein Kauf, sondern ein Agenturverhältnis vor (HGB. § 84). **l)** Vertrag mit Notar. HessRspr. 8 100 (LG. Mainz). Die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts durch einen Notar ist ein Werkvertrag. Das herzustellende Werk ist aber nicht allein die Aufnahme der Urkunde, sondern auch die Herbeiführung der Rechtsverhältnisse, die dem Willen der Parteien entsprechen und sich als unmittelbare Folgen des beurkundeten Rechtsgeschäfts und der Rechtshandlungen der Parteien ergeben. Wenn der Notar hierbei einer Partei ein bestimmtes Verhalten anrät, so hat er für die Folgen dieser Ratserteilung unter der Voraussetzung aufzukommen, daß der Rat nicht allein als fehlsam, sondern auch als fahrlässigerweise erteilt sich ergibt (vgl. JDR. **5** zu § 676 Ziff. 4). Diese Verantwortlichkeit beruht auf dem Werkvertrage, nicht auf § 839. **m)** Anfertigung eines Anzugs nach Maß. HessRspr. 8 37 (LG. Mainz). Anfertigung eines Anzugs nach Maß ist kein Kauf, sondern Werkvertrag; denn Gegenstand des Vertrags ist ein bestimmtes Arbeitserzeugnis.

§ 632. 1. Vergütung für Kostenanschläge, Vorarbeiten usw. (s. JDR. **5** Ziff. 1, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 9). SeuffBl. **07** 847 (München). Die Einreichung von Kostenvorschlägen zwecks Erlangung der Arbeit enthält regel-

mäßig ein spezialisiertes Angebot, für welches im Zweifel eine Vergütung nicht stattfindet. Die Voraussetzung, daß man auch zur Konkurrenz zugelassen wird, ändert — mangels eines Vertrags — nichts an der Natur des Kostenvoranschlags als eines Angebots, sie bindet den Unternehmer in seiner freien Entschließung nicht.

2. Beweislast. **RG.** JW. **07** 175, R. **07** 376 Ziff. 740. Der klagende Unternehmer, welcher auf Grund des Werkvertrags eine übliche Vergütung fordert, muß dem Einwande des Bestellers gegenüber, daß eine geringere Vergütung vereinbart sei, nachweisen, daß eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden ist (vgl. **RG. 57** 49). Gegenüber diesem Beweise steht dem Besteller der Gegenbeweis frei, dieser aber kann nicht dazu führen, daß dem Unternehmer ein zugeschobener Eid auferlegt wird des Inhalts, die Vereinbarung einer Preisbeschränkung habe nicht stattgefunden. Es kann nur im Falle nicht ausreichenden Beweises die Auferlegung einer richterlichen Eides an die eine oder die andere Partei gemäß § 475 ZPO. in Frage kommen.

3. Unbestimmtheit der Preisabrede. **RG.** R. **07** 1319. Da das gänzliche Fehlen einer Abrede über die Höhe des Preises den Vertrag nicht ungültig macht, sondern sodann § 632 Abs. 2 Platz greift, so kann die bloße Unbestimmtheit der Abrede gleichfalls keinesfalls die Ungültigkeit des Vertrags herbeiführen.

4. Hamburger Norm. a) **RG.** JW. **07** 175, R. **07** 377. Die sog. Hamburger Normen (Gebührenordnung für Architekten und Ingenieure) sind keine amtliche Taxe. Jedoch sind die Normen nach der Feststellung des KG. im geschäftlichen Verkehr allgemein anerkannt und werden auch von Behörden bei Honorarvereinbarungen als Grundlage angenommen. Damit ist „Üblichkeit" des auf Grund der Hamburger Normen ermittelten Preises festgestellt. b) Ebenso mit fast gleicher Begründung R. **07** 828 (Hamburg).

§ 633. 1. Einrede des nicht erfüllten Vertrags (s. JDR. **5** Ziff. 2, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 3 b). DJZ. **07** 1264 (Karlsruhe). Gegenüber der Klage auf Zahlung des Werklohns hat der Besteller, der das mangelhafte Werk nicht endgültig ablehnt, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320. Dem Unternehmer steht dagegen nicht deshalb die Replik der Arglist zu, weil der Besteller in der Schlußverhandlung erster Instanz das Anerbieten des Unternehmers, die erforderlichen Reparaturen vorzunehmen, zurückgewiesen hat. Denn dem Besteller konnte, nachdem der Unternehmer vor Beginn des Rechtsstreits dem Verlangen nach ordnungsmäßiger Reparatur nicht entsprochen hatte, nicht zugemutet werden, durch Beseitigung der Mängel in diesem Zeitpunkte seine Verteidigung zu beschränken; er war berechtigt, das Anerbieten des Unternehmers bis zur Beendigung des Prozesses abzulehnen.

2. Zusicherung und Anpreisung. R. **07** 508 (Oldenburg). Eine Zusicherung liegt nur dann vor, wenn die Vertragsparteien bei Abschluß des Vertrags zum Ausdrucke gebracht haben, daß die betr. Leistung nur dann als eine gehörige Vertragserfüllung gelten solle, wenn das Werk eine bestimmte Eigenschaft habe. Das Einstehen hierfür gehört also zum Inhalte des Vertrags. Im Gegensatze dazu kommt die Anpreisung bei der Bestimmung des Vertragsinhalts nicht in Betracht, sie soll nur den Gegenkontrahenten zum Abschlusse des Vertrags bestimmen. Mit der Vertragsklage können daher aus der Anpreisung keine Ansprüche hergeleitet werden.

3. Rentabilität als zugesicherte Eigenschaft. **RG.** Gruchots Beitr. **51** 942 ff., R. **07** 249. Von allen für die Rentabilität eines Unternehmens wichtigen Faktoren ist lediglich die Leistungsfähigkeit der Anlage eine solche Eigenschaft, die der Hersteller der Anlage zusichern kann, nicht dagegen die Absatzgelegenheit, die Kundschaft. Der Kundenkreis steht mit der Verpflichtung des Unter-

nehmers zur Ausstattung des Werkes mit irgendwelchen Eigenschaften in keiner denkbaren Beziehung. Etwas anderes ist es jedoch, wenn etwa der Besitzer eines seit längerer Zeit bestehenden Elektrizitätswerks einem Kauflustigen erklärt, das Werk liefere an Privatabnehmer elektrische Energie für 500 Lampen zu je 500 Brennstunden. Dann würde es sich um eine zugesicherte Eigenschaft des Werkes handeln, aber um eine Eigenschaft, die dem Werke nicht bei und durch die Errichtung verliehen werden konnte, sondern die erst durch den Betrieb und im Laufe des Betriebs, also durch den Besteller für das Werk erworben werden mußte. Möglich ist auch die Übernahme der Haftung für einen bestimmten Ertrag der Anlage, in dem Sinne, daß der Unternehmer das Fehlende aus eigenen Mitteln zuzuschießen hat, etwa nach Art einer staatlichen Zinsgarantie für Eisenbahnunternehmungen; allein diese Haftung hat mit der Haftung für zugesicherte Eigenschaften nichts zu tun.

4. Unverhältnismäßiger Aufwand. **RG. 66** 168, R. **07** 1400. Unverhältnismäßig ist der vom Unternehmer zu leistende Aufwand unter der Voraussetzung, daß der Vorteil, den die Leistung des Mangels dem Besteller gewährt, gegen den für die Beseitigung erforderlichen Aufwand an Kosten und Arbeit so geringwertig ist, daß Vorteil und Aufwand in offensichtlichem Mißverhältnisse stehen, die Beseitigung solchergestalt sich nicht lohnt. (Dies ist der Fall, wenn der Umbau des Mauerwerks, der erforderlich ist, um die verwendeten, beanstandeten Steine durch die vertragsmäßigen Steine zu ersetzen, einen Kostenaufwand von mehr als 20 000 M. bedingt, während der Vorteil, den die Einbauung der letzteren Steine bietet, sich nur auf 8000 M. beziffert.) Ebenso hatte das OLG. Colmar entschieden (ElsLothJZ. **07** 77).

5. § 633 Abs. 2 Satz 2 u. § 249. WürttRpflZ. **19** 262, SeuffBl. **07** 79 Ziff. 4 (Stuttgart). Die Vorschrift des § 633 Abs. 2 Satz 2 geht als Sondervorschrift der des § 249 vor; unter den im § 633 Abs. 2 Satz 2 genannten Voraussetzungen kann daher der Besteller niemals Schadensersatz durch Naturalherstellung verlangen.

Zu §§ 634 ff. Hilse, Haftung für Schäden durch das einem Straßenbahbetrieb angegliederte Omnibusunternehmen, EisenbE. **24** 86 ff. Auf den Beförderungsvertrag finden nach dem gesetzgeberischen Willen die aus der Vertretung der Werkmängel in den §§ 634, 635 dem Besteller zugestandenen Ansprüche überhaupt nicht oder höchstens nur auf die Vollendung der seitens des Beförderers übernommenen Leistung Anwendung. Hierunter fällt unstreitig nicht eine unbegrenzte Sicherung gegen etwaige, durch andere Ursachen dem Fahrgaste zustoßende Schäden, gegen die sich allein zu schützen er bei gehöriger Vorsicht in der Lage ist.

§ 634. 1. Allgemeines. **a)** Wandelungserklärung oder Verlangen nach Beseitigung? ElsLothJZ. **07** 134 (Colmar). Die Mitteilung des Bestellers „Die zurückgesandten Sachen passen absolut nicht, wie Sie sich selbst überzeugen werden. Ich komme entweder in dieser Woche dorthin oder erst in etwa 10—12 Tagen" enthält keine Wandelung. Vielmehr kann sie nur dahin verstanden werden, daß der Besteller Beseitigung der Mängel verlange und deshalb zum Zwecke persönlicher Anprobe kommen werde. **b)** Schadensersatz oder Minderung? OLG. **14** 19 (KG.). Die Einwendungen des Bestellers, welcher geltend macht, daß der Unternehmer seiner vertraglichen Pflicht zur Herstellung des Bauwerks nicht nachgekommen sei und sich daher die zur vertragsmäßigen Herstellung erforderlichen Beträge abziehen lassen müsse, sind keine Schadensersatz-, sondern Minderungsansprüche, gerichtet auf Herabsetzung der vereinbarten Vergütung. Daher handelt es sich bei ihrer Geltendmachung nicht um Aufrechnung. Vgl. oben § 406 Ziff. 1. **c)** Minderung trotz Beseitigung des Mangels. **RG.** R. **07** 571. Für die nach § 472 erfolgende Minderung ist es gleichgültig, ob der Besteller den Mangel beseitigen läßt oder nicht. **d)** Ausschluß des Garantieversprechens. SächsRpflA. **07** 528 (Dresden).

Durch das Garantieversprechen, wegen aller sich innerhalb eines Jahres zeigenden Mängel zu haften und, falls sie auf einem von dem Unternehmer oder dessen Leuten zu vertretenden Grunde beruhen, eine unentgeltliche Verbesserung vornehmen zu wollen, wird die Anwendung der Vorschriften im § 634 über die Fristsetzung und Androhung nicht ausgeschlossen. — Über das Verhältnis des Garantieversprechens zur Verjährungsfrist s. unten zu § 638 Ziff. 1. e) Geltendmachung des Minderungsanspruchs vor Abnahme des Werkes. Vgl. unten zu § 638 Ziff. 4b.

2. Abs. 2. Bestreiten der Mängel erst im Prozesse. **RG. 64** 294 ff., JW. **07** 16, R. **07** 698. In dem Bestreiten der die Nachbesserungspflicht begründenden Tatsachen (also des Vorhandenseins der Mängel) kann die Erklärung des Unternehmers ➡ nicht Bestellers, wie ein Druckfehler in der JW. besagt — Red. ⬅ gefunden werden, er lehne unter allen Umständen eine nähere Prüfung der Sache und die weitere Entwickelung einer das Werk betreffenden Tätigkeit ab. Dies ist Tatfrage. Daß der Besteller erst im Laufe des Prozesses mit dem Verlangen der Preisminderung unter Berufung auf das Gutachten des Sachverständigen hervorgetreten ist, hat auf die materielle Beurteilung der Sache keinen Einfluß. Es genügt, wenn der Unternehmer die Beseitigung der Mängel auch erst während des Rechtsstreits verweigert hat.

3. Abs. 3. a) Nicht anwendbar, wenn das Wandelungsbegehren auf das Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften gestützt wird. **RG. 66** 168, JW. **07** 479 Ziff. 12, R. **07** 1400. Der Ausschluß der Wandelung bezieht sich lediglich auf diejenigen Mängel, die in der Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit ihren Grund haben, nicht aber auf diejenigen, welche in dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften bestehen. Wenn auch beide Arten, wie im § 633, so auch im § 634 Abs. 1 u. 2 unter dem Ausdrucke „Mangel" zusammengefaßt sind, sprechen doch innere Gründe dagegen, die Wirkung des in dem Nichtvorhandensein der zugesicherten Eigenschaften bestehenden Mangels des Werkes auf den Wandelungsanspruch ausschließlich nach der Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit zu bestimmen und den Wandelungsanspruch trotz Nichtvorhandenseins der zugesicherten Eigenschaften bloß deshalb zu versagen, weil die Vertragswidrigkeit der Leistung auf den objektiven Wert oder die Tauglichkeit keinen oder nur unerheblichen Einfluß hat. Es erscheint nicht gerechtfertigt, dem Besteller diejenige Rechtsbefugnis gegen den Unternehmer, der seine Vertragspflicht durch Nichtachtung der bezüglich der Eigenschaften des Werkes getroffenen Vereinbarungen absichtlich oder unabsichtlich verletzt, die ihm gegen den Unternehmer zusteht, zu versagen, der ein Werk liefert, das mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit nicht unerheblich mindern. Hierdurch abgeändert OLG. Colmar (ElsLothJZ. **07** 79). Dieses hatte sich für seinen entgegengesetzten Standpunkt vornehmlich auf den Wortlaut und die Motive berufen. **RG.** widerlegt beides. — Mit **RG.** übereinstimmend OLG. **7** 477 (KG.). b) **RG.** R. **07** 1532. Bei einem zur Zierde dienenden wertvollen Möbelstück ist ein Fehler in der Konstruktion (windschiefe Tür), zu dessen Beseitigung ein Zeitraum von etwa drei Wochen erforderlich ist, kein unerheblicher Mangel.

§ 635. 1. Wahlweise Geltendmachung (s. JDR. **3** Ziff. 1). SächsRpflA. **07** 528 (Dresden). Der Minderungs- und Schadensersatzanspruch stehen dem Besteller nicht nebeneinander, sondern wahlweise zu. Beide Ansprüche haben die Setzung einer Frist gemäß § 634 zur Voraussetzung. Vgl. **RG. 58** 81, JDR. **3** Ziff. 1.

2. Inhalt und Umfang des Ersatzanspruchs (s. JDR. **5** Ziff. 1, **3** Ziff. 2 u. 4). a) HessRspr. 8 61/62 (Darmstadt). Der Schadensersatzanspruch kann sich auf Herstellung des früheren Zustandes und, insoweit kein voller Ersatz dadurch gewährt wird, weiter auf Geldentschädigung richten. Der Gesichts-

punkt der Wandelung braucht in erster Beziehung nicht herangezogen zu werden, weil auch ohne Aufhebung des Vertrags selbst die Wegnahme des Werkes begehrt werden kann (vgl. **RG. 58** 177, JDR. **3** Ziff. 2). **b)** **RG.** R. **07** 571. Werden beim Schadensersatzanspruch auch die Kosten, welche zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes notwendig, aber noch nicht verwendet sind, als schon jetzt vorhandener und schon jetzt zu ersetzender Schaden angesehen, so darf die als Entschädigung zuzusprechende Summe den Wertunterschied zwischen dem mangelhaften und einem vertragsmäßig hergestellten Werke nicht übersteigen; sonst könnte eine Bereicherung des Bestellers die Folge sein, indem er die zugesprochene Summe zwar erhielte, die Änderung des Werkes aber ganz oder teilweise unterließe.

3. Schadensersatz oder Minderung. Vgl. o. § 634 Ziff. 1 b. (OLG. **14** 19 [KG.]).

4. Gerichtsstand. HessRspr. 8 61/62 (Darmstadt). Bei der Schadensersatzklage ist für die Bestimmung der streitigen Verpflichtung im Sinne des § 297 ZPO. nicht die Schadensersatzverpflichtung selbst, sondern die Vertragspflicht, wegen deren Verletzung der Schaden verlangt wird, maßgebend (vgl. **RG. 40** 408), im vorliegenden Falle die Lieferungsverpflichtung. Gerichtsstand ist also der vereinbarte Erfüllungsort.

5. Einzelfälle. **a)** Vertrag mit Operateur. SeuffBl. **07** 501 (Augsburg). Für den ungünstigen Erfolg einer Operation (vgl. oben zu § 631 Ziff. 5 d α) haftet der Arzt nur, wenn ihn ein Verschulden trifft oder wenn er die Garantie für den günstigen Erfolg der Operation übernommen hat; die Zusicherung allein (wie etwa, Kläger werde das zu operierende Pferd in 5 Tagen wieder einspannen können, die Sehnengalle sei in 4 bis 5, höchstens 8 Tagen weg) begründet keine Haftung. **b)** Deckvertrag. R. **07** 1463 (Colmar). Der Tierhalter als Unternehmer des Deckungsgeschäfts haftet nach den Regeln des Werkvertrags für die Verletzung, die infolge seines unsachgemäßen Vorgehens bei Herbeiführung der Deckung durch seinen Hengst der zu deckenden Stute zugefügt worden ist. S. a. o. zu § 631 Ziff. 5 h.

§ 636. Hilse, R. **07** 1522 f. Der Grundsatz im § 275 BGB. bleibt einflußlos auf die Anwendung aus § 636 BGB. — Die Bezugnahme auf § 275 BGB. muß stets die erhoffte Wirkung versagen, sobald der Bauwerkmeister den Beweis schuldig bleibt, daß der Arbeitskampf eine subjektive Unmöglichkeit zur fristgerechten Herstellung des Bauwerks geschaffen habe.

§ 638. 1. Garantiezeit und Verjährungsfrist (s. JDR. **3** zu § 639 Ziff. 1, 2 Ziff. 1 u. § 477 Ziff. 3). **a)** Bucerius, Garantiezeit und Verjährungsfrist, GruchotsBeitr. **51** 740 ff., tritt der herrschenden Rechtsprechung, inhalts deren der Beginn der Verjährungsfrist als bis zu dem Zeitpunkte hinausgeschoben gilt, wo innerhalb der Garantiezeit der Mangel entdeckt wird, entgegen. Es kommt auf die Absicht der Parteien an, welche gesetzliche Bestimmungen sie abändern wollten. Ganz selten denken sie aber an die Verjährung. Vielmehr wollen Käufer bzw. Besteller die Sicherheit haben, daß Ware bzw. Werk nach ein oder zwei Jahren noch ebenso tauglich sind wie heute; sie wollen solange eine Ausbesserung oder Neuanschaffung nicht nötig haben. Daneben spielt dann auch noch die Erwägung eine gewisse Rolle, daß sich innere Mängel erst nach längerer Zeit zeigen. Nicht den § 477 oder den § 638, sondern den § 459 oder den § 633 wollen die Parteien abändern (743). — Er erörtert an der Hand dieser Leitsätze das Verhältnis zwischen Garantiezeit und Verjährungsfrist (743 ff.). Ein Garantieversprechen wird hauptsächlich dann verlangt, wenn sich die Tauglichkeit eines Gegenstandes erst nach einer gewissen Erfahrung im Gebrauche beurteilen läßt (§ 745). Über garantierte und nicht garantierte Eigenschaften 746 ff. Regelmäßig sollen besonders wichtige Eigenschaften in besonders wirksamer Weise zugesichert werden (746/7). Über die Art der Gewährleistungspflicht 747 ff. Die Frage, ob durch Weiterbenutzung einer

Sache, der eine garantierte Eigenschaft fehlt, das Recht auf Wandelung verloren geht, ist zu verneinen (759). Spätestens mit dem Ablaufe der Garantiezeit muß die Wandelung erklärt und Ware oder Werk zur Verfügung gestellt werden (759). Beweislast (750/1). Untersuchungs- und Rügepflicht (751/2). Über unbefristete Garantie 752/3. Zum Schlusse weist er darauf hin, daß das BGB. selbst bei den Viehmängeln die Gewährleistungspflicht in einer Weise regelt, die in ihrer Technik fast vollkommen dem gleicht, was als die verkehrsübliche Auffassung des Verhältnisses von vereinbarter Garantiezeit und gesetzlicher Verjährungsfrist oben dargestellt wird. — Den Selbstbericht s. oben zu § 459 Ziff. I 1. **b)** PosMSchr. **07** 127 (Posen). Wenn vom Werkmeister ohne nähere Vereinbarungen für die Güte seiner Leistung auf eine gewisse Zeit Garantie geleistet wird, ist dies in der Regel dahin zu verstehen, daß er für die in der bestimmten Zeit seit Abnahme des Werkes sich zeigenden Mängel — auch wenn die sonst platzgreifende Gewährleistungsfrist bereits verstrichen wäre — einzustehen und sie unentgeltlich zu beseitigen sich verpflichtet, sofern nicht höhere Gewalt, Verschulden des Empfängers oder eines Dritten den Schaden verursacht hat, jedoch so, daß von dem Hervortreten der Mängel oder von dem im § 639 Abs. 2 erwähnten Zeitpunkt ab die gesetzliche Verjährung zu laufen beginnt. **c)** S. a. o. zu § 634 Ziff. 1 d.

2. Verjährung nach allgemeinen Grundsätzen neben § 638. **RG.** JDR. **5** zu § 638 Ziff. 1 a s. jetzt auch in **RG. 64** 41.

3. Anwendung des § 638 auf immaterielle Werke (Transportvertrag). (S. JDR. **5** Ziff. 3, **4** Ziff. 3.) **RG.** VI 15. 4. 07, **66** 16, JW. **07** 330 Ziff. 6, EisenbE. **24** 57, R. **07** 1133. Es ist zwar an der Ausdehnung des Geltungsbereichs des § 638 auf Werkverträge jeder Art, auch auf immaterielle Leistungen, grundsätzlich festzuhalten. Der erkennende (6.) Senat, welcher dies in den JDR. **4** Ziff. 3 und **5** Ziff. 3 zu § 638 zit. Entscheidungen ausgesprochen hat, hält dagegen an der konkreten Anwendung der kurzen Verjährung des § 638 auf Schadensersatzansprüche, welche sich auf den Mangel der vertragsmäßigen Sorgfalt in der Ausführung des Werkes stützen, nicht fest. Für diese Fälle, wo es sich um eine „durch positives Zuwiderhandeln gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei der Herstellung des noch nicht vollendeten Werkes begangene Vertragsverletzung" handelt, hält er gemäß den Entscheidungen des 7. Sen. (JDR. **5** Ziff. 1 b zu § 638) den § 638 für unanwendbar. Dieser Fall ist gegeben, wenn ein Fahrgast während der Beförderung durch den Transportunternehmer infolge Außerachtlassung der vertragsmäßigen Sorgfalt seitens des letzteren körperlich verletzt wird. Hier handelt es sich nicht um einen Mangel der Transportleistung (Beförderung von Ort zu Ort), sondern um die daneben laufende Verpflichtung des Unternehmers, die Person, der er zu jener Leistung sich verpflichtet hat, vor Gefahren zu sichern, die ihr auf dem Transporte durch die Transporteinrichtungen und -Maßnahmen begegnen können.

4. Die Abnahme (s. JDR. **5** Ziff. 5, **4** Ziff. 5 u. die dortigen Verweisungen). **a)** **RG.** III 7. 5. 07, BayRpflZ. **07** 369, SeuffBl. **07** 834, R. **07** 764. Abnahme im Sinne der §§ 638, 640 ist nicht gleichbedeutend mit der Abnahme im Sinne des § 433 Abs. 2, sondern ist Annahme als Erfüllung. Sie liegt nur dann vor, wenn der Besteller durch sein Verhalten bei und nach der Hinnahme ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrag entsprechende Erfüllung anerkenne (**RG. 57** 338). Wer einen Motorwagen zum Zwecke der Erprobung entgegennimmt, nimmt ihn nicht als Erfüllung an, sondern behält sich die Entscheidung darüber vor, ob er den Wagen als vertragsmäßig hergestellt anerkennen und annehmen wolle. **b)** **RG.** VII 9. 4. 07, JW. **07** 331 Ziff. 7, R. **07** 635. Ob die Geltendmachung des Minderungsanspruchs auch vor der Abnahme des Werkes zulässig ist, wird grundsätzlich nicht entschieden; dagegen wird der Satz, der Minderungsanspruch könne nicht vor der Abnahme geltend

gemacht werden, für unhaltbar erklärt, wenn unter Abnahme im Sinne des § 640 die Annahme als Hinnahme und Billigung oder richtiger die Annahme als Erfüllung im Sinne von **RG. 57** 339 (JDR. **3** Ziff. 2 b α) verstanden wird. Es enthält einen unlösbaren Widerspruch in sich, daß die Geltendmachung von Mängeln und des hieraus erwachsenden Minderungsanspruchs durch die vorgängige Billigung des Werkes bedingt sein sollte. Ebenso ist die Annahme, daß dieser Anspruch nur dann sollte erhoben werden dürfen, wenn vorher der Besteller anerkannt hätte, daß die Leistung in der Hauptsache dem Vertrag entspreche, nicht gerechtfertigt. Besteht überhaupt ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Minderung und Abnahme, — worauf allerdings § 638 Abs. 1 Satz 2 hinweist —, so erscheint insoweit solches nur dann als möglich, wenn man überhaupt oder wenigstens ➵ „insoweit" ist zu ergänzen — Red. ⇜ den Begriff der Abnahme auf die tatsächliche Hinnahme und Inbesitznahme des Werkes beschränkt. (Diese Voraussetzung liegt vor, wenn der Besteller die fertig gestellte Anlage tatsächlich hingenommen, nicht nur eine Probeheizung vorgenommen, sondern auch das Werk — was aber nicht ausschlaggebend ist — bereits in Benutzung genommen hat. Es steht dann dem Minderungsanspruche hinsichtlich des Restbetrags rechtlich nichts im Wege.)

5. B a u w e r k (s. JDR. **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 3). **a)** T r e s o r - a n l a g e. R. **07** 509 (Stuttgart). Die Herstellung einer Tresoranlage (Panzerkammer mit eisernem Safe-Depositenschranke), wobei der Lieferant zur Beaufsichtigung der Einmauerung und anderer Arbeiten einen Monteur, der Besteller die übrigen hierzu erforderlichen Arbeitskräfte stellt, fällt nicht unter den Begriff des Bauwerks. Der Lieferant stellt nur eine bewegliche Sache her, die erst durch die Arbeitskräfte des Bestellers Bestandteil einer unbeweglichen Sache wird. **b)** D r a i - n a g e. PosMSchr. **07** 127 (Posen). Drainage ist kein Bauwerk, sondern nur eine Arbeit an einem Grundstücke. Bei der Drainageanlage liegt nicht eine unter Anwendung der Regeln der Statik und Mechanik erfolgende Verarbeitung der Materialien zu einem in sich gefestigten, durch innige Verbindung mit dem Erdboden (durch Einfügung vermöge der Schwere) unbeweglichen Werke vor, sondern die bloße Aneinanderlegung von Röhren in dem aufgegrabenen Boden in einer durch die Gefällverhältnisse des zu entwässernden Terrains gebotenen Verzweigung, um das Eindringen des von der Oberfläche sich senkenden Wassers durch die Zwischenräume in die Röhren und dessen Abfluß dauernd zu ermöglichen. Es handelt sich also vielmehr um Herstellung einer besonderen Eigenschaft des Erdreichs durch die Einbettung der in keiner mechanischen Verbindung stehenden Röhren — abgesehen von der übrigens nicht unbedingt nötigen Dichtung der Berührungsstellen zwischen Saug- und Sammeldrains. **c)** S. a. u. § 648 Ziff. 4.

6. A b s. 2. R. **07** 635 (Cöln). Betrifft der Werkvertrag die Anfertigung von Plänen, nach denen ein anderes Werk (Bau) hergestellt werden soll, bei dessen Fertigstellung erst etwaige Mängel der Pläne zu erkennen sind, so muß als stillschweigend vereinbart gelten, daß die Verjährung für die Ansprüche des Bestellers aus etwaigen Mängeln der Pläne erst mit der Fertigstellung des Baues selbst beginnen soll.

§ 639. **RG. 66** 367, JW. **07** 739 Ziff. 3. Bleibt der Antrag auf Sicherung des Beweises bei Gericht liegen, indem weder das Gericht darauf etwas verfügt noch der Kläger nach der Klagerhebung auf ihn zurückkommt, so ist nicht § 212 Abs. 1, sondern § 211 Abs. 2 entsprechend anzuwenden (gemäß § 477 Abs. 2). Denn es handelt sich nicht um Zurücknahme der Klage, sondern um das Nichtbetreiben einer bei Gericht angebrachten Sache, wofür § 211 Abs. 2 Bestimmung trifft. Danach würde mit der Stellung jenes Antrags eine neue fünfjährige Verjährung zu laufen angefangen haben. S. a. o. zu § 477 Ziff. II 8 a.

§ 640. 1. B e g r i f f d e r A b n a h m e (s. JDR. **5** Ziff. 1—3, **4** Ziff. 1 u. die dortigen Verweisungen, sowie insbes. oben zu § 638 Ziff. 4). PosMSchr **07**

26, R. **07** 971 (Posen). Eine Abnahme im Sinne von § 640 ist darin zu finden, daß der Besteller, obwohl ihm als Bauverständigen (Baumeister) die etwa ungenügende Größe der Öfen für die zu beheizenden Räume und insbesondere auch Mängel des Materials nicht entgehen konnten und ihm, wie danach als festgestellt zu erachten, bekannt gewesen sind, die bei Vollendung der Arbeiten fälligen 4/5 des Werklohns dem Unternehmer gezahlt hat, ohne sich wegen der Mängel sein Recht vorzubehalten. Damit stimmt überein, daß der Besteller trotz öfterer Besichtigung der Arbeiten während ihrer Ausführung, abgesehen von der verlangten und alsbald hergestellten Vergrößerung eines Ofens, keinerlei Bemängelung den Leuten des Unternehmers gegenüber erklärt hat. Unerheblich ist es, daß ein anderer, nämlich der Hauseigentümer, sie während der Arbeiten gerügt hat und daß demnächst an der Beseitigung einzelner Fehler, sei es auf Verlangen des Bestellers, sei es aus freien Stücken vom Unternehmer gearbeitet worden ist (vgl. **RG. 57** 339, JDR. **3** Ziff. 1 b α zu § 640).

2. Unbedeutende Mängel. **RG.** JW. **07** 744 Ziff. 13, R. **07** 1532. Abnahmepflicht besteht nur hinsichtlich eines vollständig vertragsmäßig hergestellten Werkes, auch unbedeutende Mängel schließen die Verpflichtung zur Abnahme aus. Die gegensätzliche im ersten Entwurf im § 572 Satz 2 enthaltene Bestimmung ist in den jetzigen § 640 nicht übernommen.

§ 641. Über die Abtretbarkeit der Werkmeisterforderung vor Annahme und Beendigung des Werkes vgl. oben § 398 Ziff. 7 d.

Zu §§ 644—646. a) Schneider, Versicherung von Baumaterialien, LeipzZ. **07** 733—735. §§ 644 Abs. 1 Satz 1 u. 2 und 646 bedeuten für das Tragen der Gefahr und damit für den etwaigen Entschluß, Versicherung dagegen zu nehmen, folgendes: Erst die Abnahme eines Werkes nimmt dem Unternehmer dessen Gefahr ab. Läßt es sich nicht abnehmen, so muß das Werk als solches fertig und vollendet sein, wenn der Unternehmer von dessen Gefahrtragung frei werden soll. Hindert der Besteller die Abnahme oder die Vollendung des Werkes, so trägt er die Gefahr wegen Annahme- oder Gläubigerverzugs (§ 295 Satz 2) ohne Rücksicht auf sein Verschulden dabei (§ 285). Bei regelmäßiger Abwickelung eines Bauunternehmens kommt es für den Gefahrübergang auf den Bauherrn, also auf die Vollendung des betr. Bauwerks an. Auch die einzelnen Baumaterialien werden durch das Einbauen nicht abgenommen, ebensowenig läßt sich von dem fertigen Werke von einer Abnahme sprechen. **b)** R. **07** 509 (Stettin). Eine allgemeine Verkehrssitte, wonach ein Besteller das auf seinem Grund und Boden von dem Unternehmer zu errichtende Gebäude vor der Abnahme zu versichern hat, widrigenfalls ihn der Brandschaden trifft, wenn das Gebäude vor der Abnahme abbrennt, besteht nicht; vielmehr trägt auch in diesem Falle der Unternehmer die Gefahr.

§ 648. Literatur: Güthe, Bedarf es einer Gesetzesänderung, um den Bauhandwerkern genügenden Schutz zu verleihen? DNotVZ. **7** 77—100. — Hopmann, Anspruch des Bauhandwerkers aus § 648 BGB., ABürgR. **30** 224—234.

1. Allgemeines. *Hopmann. Der Anspruch des Bauhandwerkers gegen den Besteller auf Eintragung der Sicherungshypothek ist von der Voraussetzung abhängig, daß der Besteller Eigentümer des Baugrundstücks ist. Der Anspruch geht also unter, sobald der Besteller das Eigentum an dem Baugrundstücke verliert. Dieser Untergang des Anspruchs wird auch nicht dadurch verhindert, daß vorher zur Sicherung des Anspruchs eine Vormerkung eingetragen worden ist. Denn nach der in Literatur und Rechtsprechung herrschenden Auffassung hat die Vormerkung nur den Zweck, die Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs zu sichern, nicht aber den Anspruch selbst in seinem Bestande zu erhalten. Der Bauhandwerker kann also nach Veräußerung des Baugrundstücks durch den Besteller die Eintragung der definitiven Sicherungshypothek auch dann nicht mehr durch-

setzen, wenn vor der Veräußerung eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs eingetragen worden ist.

2. Allgemeines (Fortsetzung). *Güthe. Dem Bauhandwerker kann ein genügender Schutz auch ohne Gesetzesänderung verliehen werden. Dies kann dadurch geschehen, daß der Bauherr die ihm aus dem Baugeldvertrag erwachsenen Forderungen in Teilbeträgen und unter der Bedingung der ordnungsmäßigen Leistung der Arbeit abtritt, und ferner dadurch, daß der Bauherr den nicht valutierten Teil der Baugelderhypothek, der Eigentümerhypothek ist, dem Bauhandwerker verpfändet. Diese Verpfändung bietet allerdings nur dann genügenden Schutz, wenn man entweder die Eigentumshypothek für eine mit der Eintragung der Hypothek entstehende hält oder wenn man sie zwar als eine zukünftige ansieht, aber entgegen dem **RG.** (**61** 374) annimmt, daß die Verfügung über eine künftige Eigentümerhypothek eintragbar ist.

3. Einzelner Teil des Bauwerks. **RG.** R. **07** 1532. Das Recht aus § 648 hat jeder, der infolge eines unmittelbar mit dem Bauherrn geschlossenen Werkvertrags Arbeiten bei Errichtung eines Bauwerks oder eines Teiles eines solchen geleistet hat, auch z. B. der Unternehmer der Schlosserarbeiten. Der Begriff des „einzelnen Teiles eines Bauwerks" erfordert nicht die körperliche kubische Abgegrenztheit des Teiles.

4. Bauwerk (s. JDR. **5** Ziff. 9 und die dortigen Verweisungen, sowie oben zu § 638 Ziff. 5). **a)** Baugrube kein Bauwerk s. schon JDR. **5** Ziff. 9 b β. **b)** Anstreicher- und Tapeziererarbeiten (s. JDR. **5** Ziff. 9 c). RheinA. **104** I 130 (Düsseldorf). Das Recht aus § 648 hat jeder Unternehmer, der eine Arbeit, welcher Art sie auch sei, bei der Errichtung des Gebäudes, d. h. am Gebäude, auf Grund eines unmittelbar mit dem Grundstückseigentümer geschlossenen Werkvertrags leistet (**RG. 63** 317). Dies trifft für den Anstreichermeister wegen der dem Eigentümer geleisteten Anstreicher- und Tapeziererarbeiten zu. Jedoch muß es sich um Herbeiführung eines in sich abgeschlossenen Arbeitserfolges handeln, die Reparatur muß als Leistung eines Arbeitserzeugnisses übernommen sein. Es darf nicht die Arbeitskraft eines Dienstnehmers als solche Gegenstand des Vertrags sein. **c)** Umbau. RheinA. **104** I 130 (Düsseldorf). Bauwerke sind auch Umbauten, bauliche Änderungen und Ausbesserungen.

5. Glaubhaftmachung. ElsLothJZ. **07** 304 (Colmar). § 648 setzt Feststellung der Forderung des Unternehmers und für den Fall der einstweiligen Verfügung Glaubhaftmachung der Forderung voraus.

6. § 648 und § 866 ZPO. R. **07** 446 (Stuttgart). Für die Eintragung der Sicherungshypothek gilt die beschränkende Vorschrift des § 866 Abs. 3 Satz 2 ZPO.

7. Geht das Recht aus § 648 bei Abtretung über? (s. JDR. **5** Ziff. 3 u. die dortigen Verweisungen). **a)** R. **07** 971 (Cöln). Das Recht aus § 648 geht gemäß § 401 (s. oben Ziff. 2) auf den Zessionar der Forderung über. **b)** Rhein. ARV. **25** 59 (LG. Cöln). Das Recht aus § 648 ist ein persönliches, kein der Unternehmerforderung kraft Gesetzes anhaftendes Nebenrecht, es steht nur dem Unternehmer, nicht dessen Zessionar zu. **c)** RheinA. **104** I 131 (Düsseldorf). Das Recht aus § 648 gehört zu den sonstigen im § 401 bezeichneten Nebenrechten. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß der vom § 648 bezweckte wirtschaftliche Schutz des Bauhandwerkers erreicht oder doch nicht mehr erforderlich sei, wenn dieser die Werklohnforderung ohne vorherige dingliche Sicherheit durch Abtretung verwerten konnte (so OLG. Kiel, s. JDR **1** § 648 Ziff. 3 c, § 401 Ziff. 2); denn eine derartige Abtretung gegen ein dem Nennwerte der Forderung entsprechendes Entgelt ist in der Regel nur möglich, wenn der Erwerber der Forderung sich deren fehlende dingliche Sicherheit noch nachträglich selbst verschaffen kann. Gerade der wirtschaftliche Zweck des § 648 verlangt den Übergang des Sicherungsanspruchs.

8. Gesetzentwurf zum Schutze der Bauhandwerker (s. JDR. **5** Ziff. 10). a) *Kaufmann, DWirtschZ. **07** 104 ff., sieht in dem Entwurfe keine geeignete Lösung des schwierigen Problems der wirksamen Sicherung der Bauforderungen und befürchtet, daß seine Erhebung zum Gesetze vom Baugewerbe als schwere Last und von den Baugläubigern, insbesondere den Bauhandwerkern, nicht als Wohltat empfunden werden wird. b) Munk, DJZ. **07** 557 ff., lehnt den Gesetzentwurf ab und empfiehlt seinen „Gegenentwurf eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen". c) Über den Entwurf eines Gesetzes über die Sicherung der Bauforderungen s. Hillig (Vortrag), R. **07** 560—562), ferner d) Scherer, Puchelts Z. **07** 62—93 u. a. m.

§ 649. 1. Kein Schadensersatz. **RG.** JW. **07** 362, GruchotsBeitr. **51** 945 ff., R. **07** 698. Der Unternehmer hat kein Recht auf Schadensersatz, sondern ist nur berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen, d. h. es soll hier, ebenso wie im Falle des § 324, so angesehen werden, als habe der Unternehmer bzw. der Schuldner erfüllt; dadurch, daß ihm der Anspruch auf die Gegenleistung verbleibt, soll er als vollständig entschädigt gelten. — Hierdurch bestätigt R. **07** 56/57 (Braunschweig).

2. Berechnung der Ansprüche des Unternehmers. a) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 945 ff., JW. **07** 362, R. **07** 698. Es ist nicht unzulässig, wenn der Unternehmer, ohne die dem Besteller nach § 649 Satz 2 Halbs. 2 zustehende Einrede abzuwarten, selbst die Gegenleistung, auf die er grundsätzlich und zunächst in vollem Umfang Anspruch hat, mit Rücksicht auf von ihm zugegebene Ersparnisse oder anderweiten Erwerbe kürzt und nur die geringere Summe verlangt, vorbehaltlich des Rechtes des Bestellers, noch weitere Abstriche auf Grund des Gesetzes zu machen. — Hierdurch bestätigt R. **07** 56/57 (Braunschweig. b) R. **07** 1400 (Stuttgart). Verlangt der Unternehmer die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung der Ersparnisse, so kommt es darauf nicht an, ob er mehr erhält, als sein Interesse an der Erfüllung des Vertrags ausmachen würde. Das Gesetz betrachtet die Kündigung als einen vom Besteller zu vertretenden Umstand, so daß das Verhältnis ähnlich liegt wie im Falle nachträglich eintretender Unmöglichkeit der der einen Vertragspartei obliegenden Leistung infolge eines von dem anderen zu vertretenden Umstandes. c) R. **07** 1400 (Stuttgart). Bei Feststellung der ersparten Aufwendungen sind die allgemeinen Geschäftsunkosten (Miete von Geschäftsräumen, Löhne, Auslagen für Maschinen, Reklame, Steuern, Versicherungsbeiträge) nicht zu berücksichtigen. d) R. **07** 57 Ziff. 29 (Braunschweig). Gleichwie das Gesetz nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem böswillig versäumten Erwerbe den wirklich gemachten gleich behandelt, so sind auch die Bestimmungen über die Anrechnung des im Falle der Befreiung Ersparten sinngemäß auf solche Fälle anzuwenden, in denen der Unternehmer Ersparnisse zu machen böswillig unterlassen hat. (Hatte der Unternehmer keine Arbeit für seine Gehilfen, so fehlte ihm jedes Interesse, sie an ihrem Vorhaben, das Arbeitsverhältnis sofort zu lösen und die ihnen anderweit angebotene Arbeit zu verrichten, zu hindern. Wenn er dies doch tat, so kann dies nur geschehen sein in der Absicht, den Besteller dadurch zu schädigen, daß er das Arbeitsverhältnis in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise gegen den Besteller verletzt.)

3. Beweislast. R. **07** 1400 (Stuttgart). Die Beweispflicht für die ersparten Aufwendungen ꝛc. liegt dem Besteller ob.

4. R. **07** 127 (Karlsruhe) s. bereits JDR. **5** Ziff. 1.

5. SächsRpflA. **07** 344 Ziff. 50, R. **07** 1199 (Dresden). Läßt der Pächter des Inseratenteils einer Zeitung (vgl. oben zu § 631 Ziff. 5 i) innerhalb eines gewissen Zeitabschnitts keine Inserate drucken, so erscheint dies nicht als Kündigung des Vertrags nach § 649. Denn das, was der Verpächter zu leisten hatte, nämlich wesentlich

die Gelegenheit, — regelmäßig unter Ausschließung anderer —, Ankündigungen erscheinen zu lassen, hinter denen die Druckarbeit zurücktritt, hat der Verpächter geleistet.

§ 651. 1. **RG.** BayRpflZ. **07** 172. Nur wenn die Herstellung des Werkes nicht Vertragspflicht ist, liegt Kauf vor, sonst Werklieferungsvertrag.

2. § 651 und HGB. § 381 (s. JDR. **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 3, **2** Ziff. 5 a). a) **RG.** BayRpflZ. **07** 172. Die Verjährung des Wandelungsanspruchs beim Werklieferungsvertrag über Herstellung einer nicht vertretbaren Sache richtet sich nach §§ 638, 639, nicht nach den Kaufnormen. Dies gilt auch dann, wenn die Werklieferung Handelsgeschäft ist. Denn § 381 Abs. 2 HGB. schreibt für diesen Fall nur die Anwendung der im 2. Abschn. des 3. Buches des HGB. für den Warenkauf getroffenen Vorschriften vor (unter denen sich keine über die Verjährung des Wandelungsanspruchs befindet), nicht auch die Anwendung der Kaufnormen des HGB. b) LeipzZ. **07** 669 Ziff. 3 (KG.). Die Vorschriften der §§ 651 Abs. 1, 634 Abs. 1 BGB. gelten auch dann, wenn ein beiderseitiges Handelsgeschäft vorliegt. Ihre Anwendbarkeit auf olche Geschäfte folgt nicht aus § 381 HGB., wie dessen Wortlaut und die Denkchrift zum HGB. 228 ergibt.

3. Über Begriff und Bedeutung der Nebensachen und Zutaten s. die gleichlautende Arbeit von Weil (München 1907), insbes. 35 ff. Nach ihm erscheinen als Nebensachen im Sinne des § 651 solche Sachen, welche, ohne einen begrifflichen Bestandteil der Sache auszumachen, entweder durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung vom Unternehmer bei Herstellung eines Werkes mitgeliefert werden, oder welche mit Rücksicht auf ihren geringen Wert, den sie im Vergleiche zu dem vom Besteller gelieferten Stoffe haben, nach der Verkehrsauffassung, wenn sie vom Unternehmer geliefert werden, gegenüber dem vom Besteller gegebenen Stoffe nicht in Betracht kommen (45). Zutaten sind immer Nebensachen. Sachleistungen zu immateriellen Werken sind niemals als Nebensachen oder Zutaten zu betrachten (48). Die wirtschaftliche Unselbständigkeit der Zutaten kann durch den Parteiwillen nicht beseitigt werden (50 ff.).

Achter Titel. Mäklervertrag.

Vorbemerkung: Wie schon seit einer Reihe von Berichtsjahren, bietet auch das im laufenden zusammengestellte Material fast ausschließlich Beiträge aus der Rechtsprechung zu den schon längst bekannten typischen Tatbeständen des Mäklerrechts. Die Fragen werden fast durchgehends auch im Anschluß an eine nahezu feststehende Praxis beantwortet. Nur da und dort bietet ein Einzelfall Gelegenheit, den einen oder anderen Gesichtspunkt etwas stärker zu betonen oder in den Hintergrund zu rücken. Daß der Mäkler sehr wohl auch gelegentlich für beide Teile tätig werden darf, lehren die Fälle zu § 654 (Ziff. 1 u. 2). Immer noch für schlechtweg unsittlich hält die Heiratsvermittelung im Anschluß an Kohler und im Gegensatze zur herrschenden Ansicht Kuhlenbeck (§ 656 Ziff. 1).

§ 652. 1. Agent und Mäkler. *Brahm, Das Recht der Schuldverhältnisse 63. Der Sprachgebrauch unterscheidet — entgegen der Ausdrucksweise des BGB. und des HGB. — nicht zwischen „Agent" und „Mäkler (Makler)". Das HGB. versteht z. B. unter „Agent" eine Person, die ständig damit betraut ist, für den Geschäftsherrn Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Daher ist der „Theateragent" (Vermittler für Engagements am Theater) kein Agent im Rechtssinne, sondern vielmehr ein Mäkler. Der Dienstvertragsvermittler („Gesindevermieter") dagegen ist ein Mäkler (BGB. § 655). — Es liegt im Interesse des Publikums, daß es hierüber belehrt werde.

2. Anspruch auf Vornahme der Mäklertätigkeit (s. JDR. **5** Ziff. 1 a, **4** Ziff. 1 a, b, **2** Ziff. 1, 2). Kuhlenbeck, JW. **07** 34 ff., schließt sich

der von Dernburg und Crome vertretenen Ansicht an, wonach, wenngleich eine Verpflichtung des Mäklers vertraglich (auch stillschweigend) ausgeschlossen werden kann und auch abgesehen davon eine Klage auf Vornahme der Mäklertätigkeit in den seltensten Fällen Ersatz verspricht, doch jedenfalls ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Mäkler begründet ist, wenn er die zugesagte Vermittelung vertragswidrig unterlassen hat. Der Vertrag gehört also zu den gegenseitigen Vertragstypen. — Des weiteren bespricht er die Rechtsprechung des RG. kritisch, im wesentlichen der Kausaltheorie des RG. zustimmend.

3. Allgemeine Fragen (aus der Rechtsprechung). a) Nebenabrede (s. JDR. **5** Ziff. 1 b, **4** Ziff. 2 d). α. OLG. **14** 30 (Celle). § 652 Abs. 1 enthält keine zwingende Vorschrift, vielmehr ist das Versprechen eines Mäklerlohns auch für den Fall des Nichtzustandekommens des vom Auftraggeber begehrten Vertrags zulässig. Daß der Auftraggeber auch für diesen Fall verpflichtet sein solle, muß aber deutlich als Wille der Parteien erhellen. β. BadRpr. **07** 58/59 (Karlsruhe). Das Versprechen einer Vergütung an den Mäkler auch für den Fall des Verkaufsabschlusses ohne seine Vermittelungstätigkeit ist — als Entschädigung für seine Mühen und Auslagen — mit einem Mäklervertrage sehr wohl vereinbar. **b)** Nachträgliches Versprechen des Mäklerlohns. BayRpflZ. **07** 135 (Augsburg). Wenn der Kausalzusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Zustandekommen des Kaufvertrags mangelt, so ist es ohne rechtlichen Belang, wenn der Auftraggeber dem Mäkler nachträglich einen Lohn versprochen hat. Ein solches Schuldversprechen ist nicht selbständig, sondern ist nur unter der Voraussetzung abgegeben, daß die ursprüngliche Schuldverbindlichkeit rechtlichen Bestand haben sollte. **c)** OLG. **14** 28 β, R. **07** 510 (Dresden). Die Zusage der Mäklergebühr für einen Grundstücksverkauf ist formlos gültig. Dem Auftraggeber steht daher auch der im Kaufvertrage verabredete Ausschluß aller mündlichen Abmachungen nicht zur Seite. **d)** **RG.** R. **07** 828 Ziff. 1815 b. In der Zurücknahme der Beschränkung des Mäklerauftrags liegt eine Erweiterung dieses Auftrags und insoweit ein neuer Mäklerauftrag. **e)** Anwendungsgebiet. R. **07** 1463 (Colmar). Die Vorschriften des BGB. über den Mäklervertrag gelten nicht bloß für gewerbsmäßige Mäkler, sondern finden auch auf die von einem Nichtmäkler gelegentlich geschlossenen Mäklerverträge Anwendung.

4. Erfordernis des Aufrechtbleibens des vermittelten Geschäfts (s. JDR. **5** Ziff. 2 u. die dortigen Verweisungen). **a)** Auflösende Bedingung. OLG. **14** 28, R. **07** 509 (Celle). Mit dem Eintritte der auflösenden Bedingung und mit der hierdurch herbeigeführten Wiederaufhebung des Vertrags fällt die früher mit Abschluß des Vertrags existent gewordene Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohns wieder weg, die bereits gezahlte Gebühr kann wegen Bereicherung zurückgefordert werden. Daß eine anderweitige Vereinbarung getroffen worden sei und daß der Mäklerlohn schon durch die Vermittelung eines auflösend bedingten Vertrags endgültig habe verdient sein sollen, hat der den Lohn verlangende Mäkler zu beweisen. **b)** BadRpr. **07** 262, R. **07** 1258 (Karlsruhe). Die nachträgliche, in gegenseitigem Einverständnisse getätigte Wiederaufhebung des gültig zustande gekommenen vermittelten Vertrags kann dem Mäkler den einmal verdienten Lohn nicht entziehen. **c)** SeuffA. **62** 445, HansGZ. **07** (Beibl.) 264, R. **07** 765 (Hamburg). Der Satz, daß die erfolgreiche Anfechtung des vermittelten Geschäfts wegen Irrtums oder Betrugs — nicht auch die spätere Aufhebung des abgeschlossenen Vertrags durch wechselseitige Übereinstimmung der Beteiligten — den Lohnanspruch des Mäklers beseitigt, gilt nicht ausnahmslos. Diejenige Partei, deren Verhalten die Anfechtbarkeit des Vertrags herbeigeführt hat, kann dem Mäkler die Rechtsungültigkeit nicht entgegenhalten. Dies wäre Arglist.

5. Pflichten des Mäklers, insbesondere Vertragstreue

(s. JDR. 5 Ziff. 3 u. die dortigen Verweisungen). a) **RG.** R. **07** 1401 Ziff. 3489. Ein Mäkler, der, um den von ihm zu vermittelnden Vertrag zustande zu bringen, den einen Vertragsteil veranlaßt, über einen für den Entschluß des anderen Teiles wesentlichen Umstand — eine auf dem zu übertragenden Grundstück eingetragene Hypothek war gekündigt — diesem Vertragsteile falsche Angaben zu machen, verstößt damit gegen die ihm obliegende Mäklertreue und verliert hierdurch ohne weiteres jeden Anspruch auf Mäklerlohn, ohne daß es noch auf § 654 ankommt. b) **RG.** R. **07** 250. Ein vertragswidriges, den Verlust des Provisionsanspruchs nach sich ziehendes Verhalten fällt regelmäßig dem Mäkler dann zur Last, wenn er seinen Auftraggeber bei den Verhandlungen und beim Abschlusse des Kaufvertrags über die Person seines Gegenkontrahenten absichtlich im Unklaren gelassen hat, sofern Verkäufer z. B. bei Kenntnis des wahren Sachverhalts mit Umgehung des Mäklers direkt mit dem eigentlichen Käufer (der Ansiedlungskommission) in Verhandlung getreten sein und auf diese Weise die Mäklerprovision erspart haben würde. ⇛ Wenn der Mäkler schon beauftragt war, durfte doch der Auftraggeber ihn nicht mehr ausschalten. — Red. ⇚ c) R. **07** 1319 (Hamburg). Ein Hausmäkler, welcher den Auftrag, für ein zu bebauendes Grundstück feste Gelder zu beschaffen, erhalten und angenommen hat, übernimmt, auch wenn er sich persönlich nicht zur Beschaffung der Gelder verpflichtet hat, vertragsmäßige Verpflichtungen, für deren Erfüllung er haftet. Insbesondere ist dies die Verpflichtung, gewissenhaft um die Ausführung des übernommenen Auftrags bemüht zu sein und nötigenfalls dem Auftraggeber auch rechtzeitig davon Mitteilung zu machen, daß die Ausführung auf Schwierigkeiten stößt.

6. Erfordernis des Kausalzusammenhanges. Kenntnis. Absichtliche Ausschaltung des Mäklers. a) **RG.** JW. **07** 744 Ziff. 14. Nach der Rechtsprechung des RG. (vgl. JDR. **5** zu § 652 Ziff. 4 und außerdem BolzePr. **1** Nr. 974) ist der leitende Gesichtspunkt bezüglich des Erfordernisses der Kenntnis des Auftraggebers von der Mäklertätigkeit der, daß der Auftraggeber in der Lage sein müsse, bei Bestimmung des Kaufpreises die zu zahlende Provision zu berücksichtigen. Hierzu genügt aber die Mitteilung an den Auftraggeber, daß der Mäkler tätig gewesen sei, und das aus dieser Mitteilung folgende Bewußtsein des Auftraggebers, daß die Mittelung richtig sein könne; nicht ist der Nachweis zu fordern, daß der Auftraggeber von der Richtigkeit der Mitteilung oder gar von dem Erfolge der Mäklertätigkeit überzeugt sei. Hat er Zweifel, so muß er bei dem Käufer nähere Erkundigungen einziehen. b) R. **07** 698 (Stuttgart). Beide Vertragsparteien müssen sich bewußt sein, daß der Vermittelungsmäkler behufs Zustandebringens des Vertrags tätig geworden ist, insbesondere muß also der Auftraggeber die Dienste des Mäklers angenommen haben. c) OLG. **14** 29 δ (Hamburg). Keine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges liegt vor, obwohl der nachgewiesene Verkäufer 3 Monate nach dem endgültigen Scheitern der ersten Verhandlungen aus eigenem Antriebe wieder an den Auftraggeber herangetreten ist. Denn der Verkäufer ist immer nur anläßlich der Zuführung des Auftraggebers durch den Mäkler an ersteren wieder herangetreten. Dies war nur eine Wiederaufnahme der alten Verhandlungen. Welche Umstände den Verkäufer dazu bewogen haben, ist unerheblich. d) R. **07** 250 Ziff. 444 (Frankfurt). Der Widerruf des Mäklerauftrags ist wirkungslos, wenn bereits ein genügender ursächlicher Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschlusse des Vertrags mit dem Dritten vorhanden war. e) **RG.** R. **07** 1401. Der Mäklerlohn ist nicht zu entrichten, wenn die infolge der Tätigkeit des Mäklers stattgehabten Verhandlungen endgültig abgebrochen worden sind und der später trotzdem erfolgte Abschluß des Vertrags mit jener Tätigkeit des Mäklers nicht mehr in ursächlichem Zusammenhange steht. Eine etwa bestehende entgegengesetzte Übung ist, soweit

sie mit den §§ 652 ff. BGB. in Widerspruch steht, rechtlich unbeachtlich. f) **RG.** R. **07** 127 s. bereits JDR. **5** Ziff. 4 a.

7. Freiheit der Entschließung für den Auftraggeber. Widerrufsrecht (s. JDR. **5** Ziff. 5 u. die dortigen Verweisungen). R. **07** 828 (Oldenburg). Der § 324 kann beim Mäklervertrage nicht zur Anwendung kommen, weil der Auftraggeber, auch wenn er auf das Recht des Widerspruchs für eine gewisse Zeit verzichtet hat, es ja völlig in der Hand hat, das fertige Geschäft abzulehnen und dadurch den Erfolg der Vermittelung des Mäklers unmöglich zu machen.

8. Begriff der Vermittelung und des Nachweises (s. JDR. **5** Ziff. 8, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 7). a) **RG.** R. **07** 828 Ziff. 1815 a. Die Benennung der nämlichen Person, die dem Auftraggeber des Mäklers als kauflustig bereits bekannt ist, kann u. U. als Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse des Vertrags angesehen werden, namentlich dann, wenn der Mäkler, nachdem die Kauflust erloschen und die Verhandlungen infolgedessen abgebrochen waren, den Auftraggeber auf eine neu entstandene, ihm nicht bekannte Kauflust aufmerksam macht, oder wenn er auf die Beseitigung von Hindernissen, die dem Vertragsschlusse bisher entgegenstanden, hinweist. **b) RG.** R. **07** 972. Hat ein Mäkler, dem für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Kaufvertrags ein Mäklerlohn versprochen ist, seinem Auftraggeber einen Kauflustigen zwar genannt, aber „der Diskretion halber" mit dessen genauer Adresse einstweilen zurückgehalten, so daß der Auftraggeber nicht imstande ist, mit dem Kauflustigen in Verbindung zu treten, so ist die Annahme rechtlich nicht zu beanstanden, daß jene Angabe nicht geeignet und nicht dazu bestimmt gewesen ist, dem Auftraggeber schon eine Verkaufsgelegenheit mitzuteilen, sondern nur den Zweck gehabt hat, den Auftraggeber auf den möglichen Besuch eines den mitgeteilten Namen führenden Kauflustigen vorzubereiten und für den Fall dieses Besuchs darauf aufmerksam zu machen, daß diese Persönlichkeit von ihm, dem Mäkler, zugeführt sei. In einem solchen Falle kann, wenn es später zu einem Vertragsabschlusse mit dem Kauflustigen kommt, der Mäklerlohn nur dann als verdient gelten, wenn jene erste Angabe des Mäklers durch weitere Mitteilungen, sei es des Mäklers selbst oder des Kauflustigen, so vervollständigt worden ist, daß damit der Nachweis einer Verkaufsgelegenheit als gegeben erachtet werden kann. **c) RG.** R. **07** 377. Die Benennung einer Landesbank, die nach Lage der Sache als Darlehnsgeberin in erster Linie in Frage kommt und von dem Darlehnssucher schon früher benutzt worden war, enthält an sich keinen Nachweis der Gelegenheit; sie konnte einen solchen enthalten, wenn der Mäkler mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des Falles, auf die besonderen Bedingungen des in Rede stehenden Darlehnsgeschäfts den Darlehnssucher auf die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses aufmerksam gemacht hätte, welche sich für jenen aus seiner allgemeinen Kenntnis der Beleihungsbedingungen und aus seinen früheren Beziehungen zur Landesbank nicht ergab. **d)** OLG. **14** 29 δ (Hamburg). Der Auftraggeber, der zwar schon vorher gewußt hat, daß K. sein Geschäft verkaufen wollte, ist erst dann in Verhandlungen über den Kauf eingetreten, als ihm der Mäkler detaillierte Angaben über die Verkaufsbedingungen machte, ihm also hierdurch nachwies, daß bei K. schon eine präsente ernstliche Verkaufsabsicht bestand. Damit erst war die Gelegenheit zum Abschluß eines Kaufes gegeben.

9. Einzelne Fälle und Einzelheiten. a) Darlehnsvermittelung (s. JDR. **5** Ziff. 10 a). R. **07** 885 (Stuttgart). Soll die von einem Darlehnssucher dem Vermittler zu zahlende Provision nach erklärter „Bereitwilligkeit" des Kapitalisten zur Geldgewährung fällig sein, so ist Voraussetzung für den Anspruch des Mäklers, daß die Verhandlungen zwischen ihm und dem Darlehnsgeber bis zu einer den letzteren rechtlich bindenden Zusage des Darlehens gediehen sind. b) Überlassung eines Grundstücks zum Verkaufe. BadRpr. **07**

58/59 (Karlsruhe). Als Auftrag, einen Verkauf zu vermitteln, nicht als Eigentumsübertragung zum Zwecke des Verkaufs an Dritte stellt sich folgendes Schriftstück dar: „Frau F. überläßt das ihr eigentümliche Anwesen... zum Verkaufe bis 1. April 1906 dem Sch., Frau F. verpflichtet sich, dem Sch. eine Provision von 2 % des Kaufpreises nach notariellem Abschlusse des Verkaufs zu zahlen." c) Provisionsberechnung beim Tausche (s. JDR. **5** Ziff. 10 e). SeuffBl. **07** 749 (Zweibrücken) tritt der JDR. **5** Ziff. 10 e zit. Entsch. des OLG. Karlsruhe bei, derzufolge für die Vermittlergebühr beim Tausche lediglich das wertvollere Objekt in Anschlag kommt (vgl. auch BayGebG. Artt. 184, 146 Abs. 1 Ziff. 3). **d)** Abtretung von Anteilen einer GmbH. **RG.** R. **07** 828 Ziff. 1816. Der dingliche Abtretungsvertrag über die Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH. steht zu dem obligatorischen Vertrag über die Verpflichtung der Abtretung der Geschäftsanteile hinsichtlich der Mäklertätigkeit und ihrer Entlohnung nicht in dem Verhältnisse der Erfüllung des Vertrags zum Zustandekommen des Vertrags, sondern jeder von ihnen kann von den Vertragschließenden selbständig als das zu vermittelnde Geschäft beabsichtigt sein (ähnliches Verhältnis wie beim pactum de mutuo dando und pactum mutui). Welcher Vertrag im einzelnen Falle gemeint ist, muß der Mäkler nachweisen. **e)** Enteignung. Person des Erwerbers. R. **07** 1463 (Colmar). Auch wenn bereits die Enteignung eines Grundstücks zugunsten der Eisenbahnverwaltung ausgesprochen worden, bleibt Raum für die vermittelnde Tätigkeit des Mäklers. Denn wenn auch die Person des Erwerbers infolge der Enteignung feststeht, so fehlt es doch noch an der Bestimmung des Preises, und diese kann, um ihrer nach elsaß-lothringischem Rechte durch Geschworene zu treffenden Feststellung vorzubeugen, vertragsmäßig von den Beteiligten getroffen werden. Die Vermittelung ihrer Einigung hierüber kann Gegenstand der Tätigkeit des Mäklers sein. **f)** Dienst- und Mäklervertrag. BraunschwZ. **07** 124 (Braunschweig) behandelt einen Vertrag sui generis, auf den teilweise die Bestimmungen über den Dienstvertrag (Gegenstand der Verpflichtung ist der Abschluß und die Ausführung eines Kaufvertrags, Ausschluß des Widerrufs für eine bestimmte Zeit), teilweise die Bestimmungen über den Mäklervertrag (Vergütung nur bei erfolgreicher Tätigkeit) Anwendung finden. Bloßes Annonzieren begründet den Lohnanspruch noch nicht, die Beauftragten müssen mindestens mit dem Kauflustigen verhandelt und über die wesentlichen Geschäftsbedingungen eine Einigung erzielt haben.

10. Abs. 2. Ersatz von Aufwendungen. OLG. **14** 29 ε, R. **07** 509/510 (Celle). § 652 Abs. 2 besagt nicht, daß der Mäkler, wenn ihm überhaupt Ersatz seiner Auslagen versprochen ist, diesen stets, also auch dann beanspruchen könne, wenn ein Vertrag nicht zustande gekommen ist. Die Vorschrift besagt nur, daß dem Mäkler ohne besondere Abrede Aufwendungen weder neben dem Mäklerlohne noch auch dann zu ersetzen sind, wenn ein Mäklerlohn nicht verdient ist. Über die Frage, ob ein Versprechen der Erstattung von Auslagen nur auf den Fall der erfolgreichen Vermittelung oder auch auf den einer erfolglosen Tätigkeit des Mäklers zu beziehen ist, entscheidet lediglich der Inhalt der getroffenen Abrede.

§ 653. 1. SchlHolstAnz. **07** 41 (Kiel). Die Übertragung der Leistung, welche auch stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen kann, ist als gegeben anzunehmen, wenn die Beklagte die Vermittelungstätigkeit des Klägers angenommen hat, in Kenntnis der Tatsache, daß diese in ihrem Interesse erfolgt ist. Diese Voraussetzung würde dann als nicht gegeben erscheinen, wenn die Beklagte bei Entgegennahme der Vermittelungstätigkeit einen stichhaltigen Grund zu der Annahme gehabt hätte, daß der Kläger im Auftrag anderer Personen sie aufgesucht hätte, um ihr die Offerten der Kauflustigen zu überbringen.

2. OLG. **14** 28 α (Marienwerder). Gemäß der Übung des täglichen Lebens be-

rechnet sich die Mäklergebühr nach dem, was der Auftraggeber aufwendet, also bei der Kommanditgesellschaft nach der Höhe der Einlage. Diese Höhe kommt aber der Summe gleich, für die er im Verhältnisse der Gesellschafter zueinander aufkommt, nicht bloß für die er Dritten gegenüber haftet, d. h. Einlage, den Betrag, für den er Schulden übernimmt.

§ 654. 1. **RG.** R. **07** 1532. Auch wenn die Interessen beider Teile teilweise (z. B. in der Frage der Höhe eines Rückkaufpreises) entgegengesetzt sind, so braucht es doch nicht notwendig dem Vertrage zu widersprechen, daß der Mäkler auch für den anderen Teil tätig wird. Liegt dem Geschäftsherrn in erster Linie daran, das Geschäft überhaupt abzuschließen — dieses Interesse ist beiden Teilen gemeinsam — und tritt die Erzielung möglichst günstiger Bedingungen erst in zweite Linie, so wird es seinen Absichten nicht widersprechen, daß der Vermittler auch für den anderen Teil auf die Vereinigung der auseinanderstrebenden Interessen hinarbeitet.

2. BayRpflZ. **07** 135/6 (Augsburg). Wenn jemand, zumal auf dem Lande, einen Unterhändler mit der Vermittelung des Verkaufs eines Anwesens beauftragt, wofür er einen bestimmten Kaufpreis verlangt, und ihm hierfür 1 % des Kaufpreises als Mäklerlohn verspricht, so ist in der Regel seine Absicht die, daß der Beauftragte nur für ihn und in seinem Interesse tätig werden darf.

3. S. auch die früheren Jahrgänge vom JDR. zu § 654.

§ 655. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 948 ff., JW. **07** 512, R. **07** 972. Auch allgemein übliche oder polizeilich genehmigte Provisionssätze können herabgesetzt werden, wenn sie unverhältnismäßig hoch sind.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 948 ff., JW. **07** 512, DJZ. **07** 1027, R. **07** 972. Aus der Bestimmung des Satz 2 ist nicht zu folgern, daß in dem Falle, wenn die Mäklergebühr in Teil- oder Ratenbeträgen zu zahlen ist und die gezahlten Raten bereits eine angemessene oder übermäßige Vergütung darstellen, bezüglich der künftigen Raten nur eine Ermäßigung, nicht der gänzliche Wegfall zuzulassen sei. Vielmehr erfolgt die Herabsetzung auf den angemessenen Betrag nach Satz 1 dadurch, daß der noch nicht gezahlte Teil ganz in Wegfall kommt.

§ 656. 1. Kuhlenbeck, JW. **07** 35, schließt sich — gegen das RG. — Kohlers Ansicht an, wonach das Ehemakellohnversprechen vom Gesetze durchaus als unsittlich reprobiert worden ist. Der § 656 hat deshalb rückwirkende Kraft. Er ist ein Spezialfall des § 138 bzw. § 817. Ebenso ungültig ist auch ein Mäklervertrag für Vermittelung eines Geschäfts auf Annahme an Kindesstatt, für Beschaffung von Anstellungen im Staats- oder Kommunaldienste, Titeln, Orden, Doktor- und Adelsdiplomen usw.

2. HansGZ. **07** Beibl. 266 (Hamburg). Das BGB. hat die Heiratsvermittelung im § 656 keineswegs für sittenwidrig, sondern nur den Anspruch daraus für unklagbar erklärt, wie solcher denn auch früher nicht als unerlaubt angesehen wurde (vgl. HansGZ. **00** Beibl. 147). Inwieweit eine zur Lösung einer Ehe aufgewendete Tätigkeit sittenwidrig ist, darüber vgl. oben zu § 138 B Ziff. 24 a.

3. Die im JDR. **5** zu § 656 Ziff. 2 zit. Entsch. des **RG.** s. jetzt auch R. **07** 57, SeuffBl. **07** 155, GruchotsBeitr. **51** 953, SeuffA. **62** 64.

Neunter Titel. Auslobung.

§ 657. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 316, 319 ff. Die Auslobung ist eine unbestimmt adressierte Willenserklärung. Sie muß auch erst im Sinne des § 130 zugehen, ehe sie wirksam wird. Man darf sie daher nicht als nichtempfangsbedürftig bezeichnen.

2. Auslobung und Wette vgl. unten § 762 Ziff. 3 u. JDR. **5** Ziff. 2 u. die dortigen Verweisungen.

Zehnter Titel. Auftrag.

Vorbemerkung: Mit Wesen und Eigenart des Giroverhältnisses beschäftigt sich diesmal eingehend Mez (§ 675 Ziff. 1), dessen Arbeit auch dem Praktiker empfohlen werden kann. Auch Rat und Empfehlung und insbesondere die Haftung der Auskunfteien haben wieder Beachtung gefunden (§ 676 Ziff. 1, 2 a). Im übrigen waren nur noch einige Entscheidungen zu verzeichnen, die nichts wesentlich Neues bringen.

§ 662. 1. Begriffliches. a) **RG.** JW. **07** 99 Ziff. 1. Es ist richtig, daß jede tatsächliche Leistung den Gegenstand eines Auftrags bilden kann, es muß jedoch immer eine Handlung und zwar im engeren Sinne — wie bei den früheren preußisch-rechtlichen „Verträgen über Handlungen" — vorliegen, das bloße Gewährenlassen erfüllt diese Anforderung nicht. b) **RG.** R. **07** 828 Ziff. 1818. Für den Tatbestand des Auftrags ist nicht erforderlich, daß die vorzunehmende Tätigkeit eine rechtsgeschäftliche ist. Hat jemand, der gewerbsmäßig Geld- und Vermittelungsgeschäfte betreibt, einem anderen unentgeltlich eine sichere Hypothek zu verschaffen, so übernimmt er damit eine unentgeltliche Geschäftsbesorgung.

2. BayRpflZ. **07** 333 (Zweibrücken). Hat der Beauftragte die mit Ausführung eines Auftrags verbundene Gefahr gekannt, so liegt in der Übertragung eines gefährlichen Auftrags kein Verschulden des Auftraggebers, er haftet daher dem Beauftragten nicht für den bei Ausführung des Auftrags infolge der bekannten Gefährlichkeit entstandenen Schaden.

3. Einzelne Fälle. a) Josef, GruchotsBeitr. **51** 273 ff. (276). Wenn einem Dienstboten die Ermächtigung zum Einkaufe gegen bar erteilt wird, er aber den von der Dienstherrschaft erhaltenen Barbetrag unterschlägt und auf Borg kauft, so ist diese Kreditnahme nicht durch die erteilte Einkaufsvollmacht gedeckt, also für die Herrschaft nicht verpflichtend. Ist die Kaufsache in den Besitz der Dienstherrschaft gelangt, so haftet diese dem Verkäufer auf Herausgabe der Sache nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung. b) JustdRundsch. **07** 22 (LG. Mannheim). Der einem Gerichtsvollzieher erteilte Vollstreckungsauftrag ist erst erledigt mit der Beendigung der Zwangsvollstreckung, er kann nicht in einzelne Geschäfte, wie Pfändung, Versteigerung usw., geteilt werden; die Gebühr für die Pfändung wird daher erst mit der Beendigung der ganzen Beitreibung fällig.

§ 663. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 17. Die Inhaber von Güterannahmestellen in Hamburg erbieten sich öffentlich zur Transportbesorgung im Namen der Auftraggeber, fallen also unter § 663 BGB.

§ 664. **RG.** JW. **07** 741 Ziff. 7. Der Bureauvorsteher eines Notars, der einen dem Notar gewordenen Auftrag ausführt, handelt nicht als Beauftragter des Notars im Sinne der Vorschrift des Paragraphen, vielmehr als Erfüllungsgehilfe (s. o. zu § 278 Ziff. 2 d).

§ 666. 1. *Mez, ABürgR. **30** 112. Eine Girobank ist nicht verpflichtet, den Kontoinhaber aufmerksam zu machen, wenn sie eine ihr zugemutete Zahlungsvermittelung für unratsam hält (glA. **RG. 56** 410; aA. Klein, GoldschmidtsZ. **55** 181 ff.).

2. **RG.** LeipzZ. **07** 825 Ziff. 11. Wird zwischen Nachlaßgläubigern und einer Bank die Vereinbarung getroffen, daß die Bank aus den in ihrem Besitze befindlichen Werten des Erblassers sowohl dessen Schulden als die Schulden der Firma K. u. Cie., deren Inhaber der Erblasser war, zu decken hat, so ergibt sich hieraus eine Rechnungslegungspflicht der Bank den Gläubigern gegenüber.

§ 670. 1. Beweislast. **RG.** SächsRpflA. **07** 102 s. schon JDR. **5** Ziff. 1.

2. Haftung für zufälligen Schaden (s. JDR. **4** Ziff. 2, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 2). OLG. **14** 58, R. **07** 510 Ziff. 1021 (Stuttgart). Mangels besonderer Vereinbarung besteht eine Haftung des Auftraggebers für durch Zufall dem Beauftragten erwachsenen Schaden nicht; eine solche Haftung ist namentlich nicht aus dem Begriffe der „Aufwendung" zu entnehmen.

§ 672. 1. **RG.** R. **07** 828 Ziff. 1820. Die Vermutung, daß ein Auftrag, wie er in der Abtretung einer Forderung zum Inkasso vorliegt, mit dem Tode des Auftraggebers nicht erlischt, greift auch dann Platz, wenn die gesetzlichen Erben die Erbschaft ausschlagen, so daß der Fiskus Erbe wird.

2. RJA. **8** 263, ZBlFG. **07** 288 Ziff. 334 (KG.). Die Vollmacht besteht nur dann über den Tod des Machtgebers hinaus, wenn das der Erteilung der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis durch den Tod des Machtgebers nicht aufgelöst wird. — S. auch in SchlHolstAnz. **07** 205 (KG.). Eine vom Vollmachtgeber für sich und seine Erben ausgestellte Vollmacht befähigt den Bevollmächtigten, nach dem Tode des Vollmachtgebers im Namen der Erben desselben zu handeln, ohne daß er nachzuweisen braucht, daß das der Erteilung der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis durch den Tod nicht erloschen sei.

§ 675. 1. Das Giroverhältnis. *Mez, ABürgR. **30** 47—116. Das Giroverhältnis ist seinem ganzen Umfange nach aufzufassen als ein dem § 675 unterstehendes Dienstvertragsverhältnis. Wie alle sonstigen Verpflichtungen der Bank und der Kontoinhaber, so sind auch ihre Beziehungen zu dem Giroguthaben aus diesem Vertragsverhältnisse zu erklären. Das Giroguthaben ist besonders kein selbständiges Depositum (vgl. unten zu § 700 Ziff. 2). Die Girozahlung ist eine von der Bank als der Vertreterin des Zahlenden an sich als die Vertreterin des zu Bezahlenden geleistete Zahlung, die nur deshalb nicht sichtbar wird, weil die Bank an sich selbst die Zahlung leistet und es überflüssig wäre, die Geldstücke aus der Kasse herauszunehmen und wieder hineinzulegen. Die Auffassung der Girozahlung als datio in solutum, Novation, Expromission, Skontration, Zession, Forderungsverschaffung, Vertrag zugunsten Dritter ist zu verwerfen. Die eigentliche, zufolge Abschreibe- oder Überweisungszettels erfolgende Girozahlung ist bezüglich der Art der Guthabensvermehrung von der Gutschrift diskontierter Wechsel und Kredite nur durch den Anlaß unterschieden; der unsichtbare Zahlungsvorgang bleibt dagegen der gleiche. — Die Veränderung in den Guthabensbeständen des zahlenden und des empfangenden Kontoinhabers tritt stets im Augenblicke der vollendeten Zuschreibung endgültig ein. — Die Zuschreibung ist nur der Bericht der Tatsache, daß die Bank für den Kontoinhaber empfangen hat, kein Schuldversprechen oder Anerkenntnis; die Abschreibung ein Bericht der Guthabensverminderung (vgl. unten zu § 787 Ziff. 2). Eine Guthabensvermehrung wird durch eine von der Bank auf einem Konto ohne entsprechende Zahlungsabsicht, z. B. irrtümlich, vorgenommene Zuschreibung nicht herbeigeführt, kann aber nicht ohne den entsprechenden Bucheintrag erfolgen. Dagegen kann eine Verminderung ohne gleichzeitigen Eintrag stattfinden. — Die von der Bank ohne eine den Kontoinhaber verbindende Weisung vorgenommene Umschreibung (z. B. bei Fälschung des Abschreibezettels) vermindert das betr. Guthaben nicht. — Die periodische Übersendung von sog. Akkordzetteln dient zur Erzielung von Anerkenntnissen über die Guthabenshöhe und das Girokonto in seinem jeweiligen ganzen Umfange; dagegen bezweckt kein anderes der üblichen Kontrollmittel die Erzielung von Anerkenntnissen.

2. Kleinberger, BayRpflZ. **07** 253 ff. Unter dem Begriffe der „Geschäftsbesorgung" wird man die Erledigung solcher Angelegenheiten zu verstehen haben, die der wirtschaftlichen Interessensphäre eines anderen angehören. Die ärztliche Tätigkeit ist nicht den Bestimmungen über den Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, zu unterstellen.

3. ElsLothJZ. **32** 34 (Colmar). Der Vertrag, wonach jemand sich das Eigentum an einem Grundstücke verschaffen soll, um es dann auf die anderen Kontrahenten zu übertragen, hat eine Geschäftsbesorgung im Sinne des Paragraphen zum Gegenstande.

§ 676. 1. Rat und Empfehlung (s. JDR. **5** Ziff. 1 u. die dortigen Verweisungen). *Königsberger, Die berufliche Auskunfterteilung (Stuttgart 07). Die Haftung der Auskunftsanstalt gegenüber dem Anfragenden kann sich sowohl auf Vertrag als auf unerlaubte Handlung gründen. — Der in Betracht kommende Vertrag (Auskunftsvertrag) ist regelmäßig Dienstvertrag, weil von dem Bureau keinerlei Gefahr übernommen wird. Nur der auf Erteilung eines Sonderberichts (Spezialauskunft) gerichtete Vertrag ist Werkvertrag, (65). Die Frage, ob Dienst- oder Werkvertrag, ist hier übrigens ohne erhebliche praktische Bedeutung (66 ff.). Die Pflicht der Auskunftsanstalt geht auf sorgfältige Erkundigung und schleunige Mitteilung des z. Z. als glaubhaft (positive Überzeugung von der Richtigkeit nicht erforderlich) in Erfahrung Gebrachten an den Anfragenden unter Ausschaltung des als unzutreffend oder (für die kaufmännische Beurteilung) unwesentlich Erkannten (70 ff.). Der Anfragende ist zur Zahlung einer Vergütung und zur Geheimhaltung der Auskunft verpflichtet (77 ff.). Die Haftung der Anstalt kann durch die übliche Haftbeschränkungsklausel gemäß §§ 276², 278 BGB. bis auf den eigenen Vorsatz des Inhabers ausgeschlossen werden (83). — Auch die deliktische Haftung beschränkt sich im Endergebnisse regelmäßig auf Haftung für Vorsatz des Inhabers (91 ff.). — Soweit eine — vertragliche oder deliktische — Haftung besteht, kann sie durch mitwirkendes Verschulden des Anfragenden (z. B. Unterlassung der Benutzung anderer verfügbarer Erkundigungsquellen) nach § 254 BGB. modifiziert werden (96).

2. Rechtsprechung. a) SeuffBl. **07** 1062 (Nürnberg). Die Klausel „die Auskünfte werden prompt und gewissenhaft erteilt, aber ohne jede Verantwortlichkeit für etwaige Irrtümer und entstehende Verluste" entbindet die betreffende Auskunftei von jeder Haftung für ihre Hilfspersonen und beschränkt die Haftung des Inhabers der Auskunftei selbst in der Weise, daß er für einen trotz Aufwendung von Gewissenhaftigkeit entstandenen Schaden nicht verantwortlich ist. b) **RG.** JW. **07** 363 Ziff. 11. Zwischen zwei Firmen bestand eine Geschäftsverbindung in der Weise, daß einmal verschiedene Getreidelieferungsgeschäfte abgeschlossen und reguliert wurden, ferner aber die kaufende Firma A. bei mehreren Lieferungen des Verkäufers B. an einen Dritten das Delkredere übernahm; im Anschlusse hieran entwickelte sich zwischen den Parteien eine Korrespondenz darüber, ob für weitere Geschäfte von B. mit dem Dritten A. das Delkredere übernehmen wollte, was A. bejahte, wobei er schließlich bemerkte, daß B. jedes Geschäft mit dem betreffenden Dritten mit Rücksicht auf dessen Kreditverhältnisse abschließen könnte. Aus diesem Vertragsverhältnis ergibt sich, daß A. dem B. für eine Auskunft über den Dritten betreffs eines mit diesem von B. abzuschließenden Geschäfts haftet. c) Raterteilung des Anwalts und Notars s. oben zu § 611 Ziff. 5a.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Vorbemerkung: Die Geschäftsführung ohne Auftrag hat im Berichtsjahre wieder einige Beachtung gefunden. Bemerkenswert ist der Versuch Gellerts, in gewissem Umfang ein Züchtigungsrecht „i. V." in Anknüpfung an ein älteres Gelegenheitsurteil des Braunschweiger Oberlandesgerichts (s. JDR. **4** § 679 Ziff. 3) näher zu begründen. Dagegen sprechen erhebliche praktische und theoretische Bedenken. Die einmal mangels bestehender Berechtigung strafbare Handlung wird nicht rechtlich gestattet dadurch, daß man sie auftraglos nach §§ 677, 683 vornimmt. Der Fall liegt ähnlich dem operativen

Eingriffe des Arztes, den man ja auch — vergeblich — auf dem Wege der neg. gestio zu rechtfertigen versucht hat. Zu den begrifflichen Voraussetzungen der §§ 677 ff. ist einiges von Manigk und Streber beigesteuert worden. Die Rechtsprechung ist wieder nicht sehr erheblich.

Literatur: Gellert, Über das Züchtigungsrecht, insbesondere das des Lehrers in Sachsen, FischersZ. **33** 15 ff., insbes. 38 ff. — Hamm, Operative Eingriffe der Ärzte, DJZ. **07** 447 ff. — Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. — Streber, Wille und Interesse des Geschäftsherrn bei der Geschäftsführung ohne Auftrag München. 1907.

§ 677. 1. Begriffliches (s. JDR. **5** Ziff. 1 u. die dortigen Verweisungen). *Manigk 684 ff. Die Geschäftsführung ist hinsichtlich der obligatorischen Wirkungen bloße Rechtshandlung, kein Rechtsgeschäft. Vgl. hierüber oben zu §§ 104 ff. Ziff. I 1. Auch Kinder können Geschäftsführer ohne Auftrag sein, ebenso wie sie finden können. Nur modifiziert § 682 zu ihren Gunsten die Haftung. Die §§ 107, 111 sind nicht anwendbar, falls ein beschränkt Geschäftsfähiger Geschäfte geführt hat. Auch die §§ 116 ff. sind nicht anwendbar.

2. Über Interesse und Wille s. unten zu § 683 Ziff. 1.

3. Aus der Rechtsprechung. a) **RG.** R. **07** 571 Ziff. 1145. Der Entleiher hat nur die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der entliehenen Sache, nicht aber alle notwendigen Aufwendungen zu tragen. Diese letzteren können sich vielmehr als andere Verwendungen darstellen, die der Verleiher nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzen muß. b) BadRpr. **07** 125, R. **07** 885 Ziff. 2011 (Karlsruhe). Wenn jemand beim Löschen eines Brandes Hilfe leistet, liegt Geschäftsführung vor, insbesondere auch dann, wenn er durch Polizeiverordnung hierzu verpflichtet war. c) WürttJ. **19** 264. Derjenige, der eine Fabrik und Anwesen „für eine noch zu gründende Aktiengesellschaft mit noch festzustellendem Zwecke und Namen" kauft, handelt als Geschäftsführer ohne Auftrag gegenüber der später zur Entstehung gelangten Aktiengesellschaft. d) SchlHolstAnz. **07** 50 (Kiel). Der Straßenanlieger, der die betreffende Straße auf seine Kosten ausbaut, führt damit nicht die Geschäfte eines anderen Anliegers.

§ 679. 1. Züchtigungsrecht und G. o. A. Gellert: Unter Umständen können sich mit Recht, wenn nicht besondere Verhältnisse entgegenstehen, häufig Dritte für berechtigt halten, an Stelle des abwesenden Erziehungsberechtigten die Abstrafung und Züchtigung des Kindes vorzunehmen. Sie tun dies dann als Stellvertreter des Erziehungsberechtigten ohne Auftrag, indem sie mit Recht davon ausgehen, daß der Erziehungsberechtigte, falls er anwesend gewesen wäre, das Kind sofort gezüchtigt haben würde und daß sie mit der von ihnen erteilten Züchtigung lediglich das Interesse des Erziehungsberechtigten wahren und dessen mutmaßlichen Wünschen nachkommen: abgeleitetes Züchtigungsrecht ohne Auftrag (§ 677). Widerrechtlich ist die Ausübung bei Anwesenheit des Erziehungsberechtigten und wenn man weiß oder vermutet, daß die Züchtigung wider seinen Willen erfolgen würde. Die teilweise entgegenstehende Ansicht des OLG. Braunschweig — vgl. JDR. **4** § 679 Ziff. 3 — ist irrig: § 679 ist nicht analog anwendbar. Wenn der Vater die Ausübung seines Züchtigungsrechts vernachlässigt, so hat lediglich das Vormundschaftsgericht einzuschreiten (§ 1666). Ebenso beim Vormunde, Lehrherrn, Lehrer. Aus der menschlichen Gemeinschaft, aus dem Interesse eines jeden, daß unser Gemeinwesen nicht durch Unflätigkeiten geschädigt werde, ergibt sich noch kein Züchtigungsrecht der Erwachsenen gegenüber unflätiger Straßenjugend.

2. Ersatzanspruch gegenüber der Ortskrankenkasse (s. JDR. **5** Ziff. 5 u. die dortigen Verweisungen). SeuffBl. **07** 1011 (Hamburg) s. schon JDR. **5** Ziff. 5 c.

§ 683. 1. Interesse und Wille (s. JDR. **4** Ziff. 1, **2** Ziff. 2, 3). *Streber. Unter wirklichem Willen ist der in Wirklichkeit vorhandene und als solcher tatsächlich feststellbare Wille des Geschäftsherrn zu verstehen, unter mutmaßlichem Willen derjenige, der bei objektiver Beurteilung (d. i. durch den Richter) als beim Geschäftsherrn vorhanden anzunehmen ist, nicht aber derjenige, den der Geschäftsführer bei sorgfältiger Prüfung als mutmaßlich vorhanden annimmt. Interesse ist der Inbegriff alles dessen, was bei objektiver Würdigung aller einschlägigen Faktoren für den Geschäftsherrn zweckmäßig erscheint, nicht das, was dieser selbst entsprechend seiner eigenen, von der allgemeinen Bewertung oft sehr abweichenden Anschauung für zweckmäßig hält. Bei Übernahme der Geschäftsführung ist dem Erfordernisse der Berücksichtigung des Willens und des Interesses strengstens Rechnung zu tragen, bei der Ausführung des Geschäfts erscheint das Willensmoment insofern abgeschwächt, als es genügt, wenn der Geschäftsführer den Willen des Geschäftsherrn im allgemeinen zur Richtschnur seiner Tätigkeit nimmt, ohne daß jeder einzelne Betätigungsakt bei der Geschäftsführung ganz genau so vorgenommen werden müßte, wie es der Geschäftsführer gewollt hätte.

2. Ein zivilrechtlicher Versuch zur Lösung des strafrechtlichen Problems der Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe (s. JDR. **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 2). Hamm wendet sich gegen Zitelmann (vgl. JDR. **5** § 679 Ziff. 1) und das Bestreben, die Berechtigung des Arztes zur Vornahme einer Operation ohne Einwilligung des Kranken für die Fälle, in welchen die Einholung nicht möglich ist, aus den Grundsätzen über die G. o. A. zu folgern. S. a. u. zu § 823 Ziff. I bei 1a. — ➸ Der Hauptgrund aber, mit dem er dies tut, ist nicht zutreffend. Die Ansicht, unter Besorgung der Geschäfte für einen anderen sei doch die Besorgung an Stelle des anderen, also die Besorgung eines Geschäfts verstanden, das der andere, wenn er nicht verhindert wäre, selbst vornehmen würde, der Kranke aber könne die ärztliche Behandlung nicht selbst vornehmen, — ist früher kaum vereinzelt aufgestellt worden und wird heute überhaupt nicht mehr verteidigt. Red. ⟵

§ 685. 1. *Manigk 531 ff. Die Geschäftsführung in der Absicht des Geschäftsführers, Ersatz zu verlangen, ist bloßes Willensgeschäft. Eine Erklärung erfolgt nicht. Die Zuwendungsabsicht liegt der Geschäftsführung vielmehr nur zugrunde und wäre durch Indizien festzustellen. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist hingegen in ihrer gewöhnlichen Gestalt eine bloße Rechtshandlung. Vgl. o. zu § 677 Ziff. 1.

2. SächsRpflA. **07** 39 (Dresden). Durch den Abs. 2 des Paragraphen wird der etwaige Ersatzanspruch der Mutter einer Geschwängerten an den Schwängerer bezüglich der den Schwängerer gemäß § 1715 treffenden Verpflichtungen in keiner Weise berührt.

§ 687. SächsOVG. **10** 56. Der Armenverband, der in der irrigen Annahme, hierzu verpflichtet zu sein, einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, kann gegen den tatsächlich verpflichteten Verband nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag Ansprüche erheben, da er ein fremdes Geschäft in der Ansicht besorgt hat, es sei sein eigenes; es besteht nur eine Haftung wegen ungerechtfertigter Bereicherung.

Zwölfter Titel. Verwahrung.

§ 688. 1. Schrankfachvertrag (s. JDR. **5** Ziff. 1 u. die dortigen Verweisungen, s. auch oben zu § 535 Ziff. I 1a). a) Regelsberger, BankA. **7** 2 ff., verneint den Charakter des Schrankfachvertrags als Verwahrungsvertrags. b) *Osten, ABürgR. **30** 246 ff. Zwischen dem Kunden, der in die Stahlkammer einer Bank Wertpapiere hineinlegt, und dieser Bank kommt ein Verwahrungsvertrag nicht zustande. Denn die Bank übernimmt weder ausdrücklich eine Verwahrungspflicht

der Wertpapiere, noch ist eine solche aus den Umständen zu folgern. Der Kunde hat daher auch keine Forderung auf Herausgabe der Papiere. c) **RG.** R. **07** 1134 Ziff. 2714. Der Bankier, der einem Kunden ein safe ohne Entgelt und ohne jede besondere sonst übliche Abrede zur eigenen Benutzung für seine Familienangehörigen zur Verfügung stellt, haftet nicht aus einem Verwahrungsvertrage für Aufbewahrung der in den safe niedergelegten Wertpapiere, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob sonst der sog. safe-Vertrag als Verwahrungsvertrag anzusehen ist.

2. Leonhard, JW. **07** 824 ff. Ein gütliger Verwahrungsvertrag kann über eine fremde Sache geschlossen werden.

3. HessRspr. 8 69 (Darmstadt). Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, seine Scheuer gegen monatliches Entgelt zur Unterstellung einer Lokomobile an einen anderen zu überlassen, ist Miet-, nicht Verwahrungsvertrag; der Eigentümer der Scheuer erhält nicht Besitz an den eingestellten Sachen.

§ 691. Leonhard, JW. **07** 824 ff. Die Frage, ob und wann der Verwahrer verpflichtet sein kann, die Sache bei einem Dritten zu hinterlegen, ist danach zu beantworten, ob die vom Verwahrer zu prästierende Sorgfalt (§§ 276, 690 BGB.) eine derartige Hinterlegung im gegebenen Falle verlangt hätte.

§ 700. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 529 ff. Die nach Abs. 1 Satz 2 erhebliche Aneignung ist ein Willensgeschäft. Vgl. o. zu §§ 116 ff. Ziff. I 1, 2. Sie erfolgt als einsame Handlung und erzeugt Eigentumserwerb ohne Tradition. Die Vorschriften der §§ 116 ff. finden auf sie keine Anwendung. Es sind praktisch die Indizien für die dem Verhalten des Verwahrers zugrunde liegende Aneignungsabsicht maßgebend.

2. *Mez, ABürgR. **30** 47—116. Die „Bankdepositen" sind regelmäßig als dep. irreg. und nicht als Darlehen anzusehen; **RG. 1** 205 entscheidet einen Ausnahmefall. Die Verwahrungsnatur des „Bankdepots" ist zweifellos.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

§ 701. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 674. Die Einbringung ist eine bloße Rechtshandlung, kein Rechtsgeschäft. Weder der Gastwirt, noch der Gast brauchen daher geschäftsfähig zu sein, damit die Haftung eintritt. § 701 ist ius cogens, das auf allgemeine Verkehrsrücksichten begründet ist.

2. *Brückner, R. **07** 1106—1117, s. oben zu § 535 Ziff. I 1 b (Selbstbericht).

3. Stallmiete (s. JDR. **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 3). ThürBl. **54** Ziff. 8. (Jena). Der durch Einstellen eines Pferdes in den Stall eines Gastwirts zwischen dem Fremden und dem Wirte geschlossene Vertrag ist weder ein Verwahrungsvertrag noch Sachmiete noch ein Vertrag gemäß § 701, er ist ein eigenartiger Vertrag, für dessen Inhalt in erster Linie die Parteivereinbarungen und ergänzend die allgemeinen Vorschriften des BGB. über die Schuldverhältnisse maßgebend sind.

4. HansGZ. **07** (Beibl.) 112, LeipzZ. **07** 520 Ziff. 4 (Hamburg). Der Reisende, dem im Hotel ein seinem Chef gehöriger Musterkoffer gestohlen wird, kann als Schaden das Interesse des Eigentümers des gestohlenen Koffers liquidieren, gleichgültig, ob er dem Eigentümer regreßpflichtig ist oder nicht.

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

Vorbemerkung: Entscheidungen von besonderer Tragweite sind weder bei der Gesellschaft noch bei der Gemeinschaft zu verzeichnen. Von allgemeiner Bedeutung ist die Entscheidung des KG. bei § 741. — Interessante Fragen wirft Crome (bei § 733) auf; hinzuweisen ist auch auf die Aufsätze von v. Ziegler über die Begebungskonsortien (Note 2 a bei § 705) und von Marcus, über die Natur des Kündigungsrechts des Gläubigers im Falle des § 735 (s. das.).

§ 705. Literatur: v. Ziegler, Zur Frage nach der Rechtsnatur der Konsortien, HoldheimsMSchr. **07** 25 ff.

1. Wesen des Gesellschaftsvertrags. a) Vgl. JDR. **5** Note 2 c d. **b**) Verhältnis vom Gesellschafts- zum Dienst-, Pacht-, Kaufvertrag in partiarischer Form. **RG.** R. **07** 829. Das Dienstverhältnis eines Handlungsgehilfen wird nicht zum Gesellschaftsverhältnisse, weil neben dem Lohne noch ein Anteil am Reingewinne des Handelsunternehmens gewährt wird; ebensowenig verliert ein Pacht- oder Kaufvertrag seinen Charakter dadurch, daß neben dem Pachtzinse bzw. Kaufpreise noch Leistungen in partiarischer Form bedungen werden. **c**) Gesellschaft oder Kauf. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 954, JW. **07** 103 [5]. Das Wesen der Gesellschaft erfordert einen gemeinschaftlichen Zweck, der im vorliegenden Falle nur auf dem Gebiete gemeinschaftlich zu erreichender Vermögensvorteile gesucht werden kann. Tatsächlich fehlt er hier, wo die eine Vertragspartei zur Herstellung, die andere zur Abnahme eines Bartwassers unter gewissen Bedingungen verpflichtet ist. Daß ihr Vorteil, wie bei jeder Geschäftsverbindung zwischen Produzenten und Kunden, Hand in Hand geht, begründet keine Gesellschaft oder ein ihr ähnliches Rechtsgebilde.

2. Einzelne Fälle. a) Begebungskonsortien. α. Vgl. JDR. **3** Note b γ, **4** Note 3 c, **5** Note 3 c. β. **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 85 = JDR. **5** Note 3 c β. γ. * v. Ziegler. Die Emissionskonsortien, nach dem alten HGB. Art. 169 als Gelegenheitsgesellschaften aufgefaßt, sind jetzt Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes (§ 705 BGB.). Aber sie bilden hinsichtlich der Emissionspapiere, und zwar der ursprünglich auf Zeichnung oder freihändig ausgegebenen und der durch Kursstützungskauf zurückerworbenen kein Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand (§ 718 BGB.), sondern Miteigentum nach Quoten oder Alleineigentum, da auch ohne ausdrückliche Vereinbarung im Konsortialvertrage die Aufrechterhaltung dieses bisherigen einzig zweckentsprechenden Rechtsverhältnisses als von den Parteien gewollt anzusehen ist: Miteigentum nach Quoten, wenn das Konsortium als solches, Alleineigentum, wenn die einzelnen Konsortialen vom Geldnehmer die Stücke erwerben, Alleineigentum ferner, wenn ein Bankhaus nach Übernahme der Stücke erst das Konsortium gründet, und endlich hinsichtlich der am Markte zurückgekauften Stücke, wie immer das Eigentumsverhältnis an den ursprünglich emittierten Papieren gewesen sein mag. — Konsequenz für den Anschaffungsstempel. Dieser liegt auf unbedingter oder bedingter Anschaffung, d. h. jedem auf dem Erwerbe von Eigentum an Effekten gerichteten entgeltlichen Rechtsgeschäft; ein solches liegt immer bedingt oder unbedingt im Konsortialvertrage. Bei der Aufteilung von Restbeständen nach Auflösung des Konsortiums erwächst aber nie ein erneuter Stempel; war vorher Miteigentum nach Bruchteilen vorhanden, so hatte jeder damit seinen Auseinandersetzungsanteil schon erworben; standen die Stücke aber im Alleineigentum eines oder einzelner Konsortialen, so erfolgt jetzt nur die reale Erfüllung der im Konsortialvertrage geschehenen bedingten Anschaffung (des besteuerten obligatorischen Rechtsgeschäfts). — Erwerb von Stücken durch einen Konsortialen auf Grund eigener Zeichnung beim Konsortium ist aber immer stempelpflichtig, außer der Betreffende hatte schon das Alleineigentum der Stücke. Im Gegensatze zu **RG. 56** 206 und teilweise zu **RG.** GruchotsBeitr. **48** 1039. **b**) Gesellschaft unter Rechtsanwälten. α. Vgl. JDR. **1** Note 10, **5** Note 3 a. β. **RG.** DJZ. **07** 360. Ein Gesellschaftsvertrag zwischen zwei bei verschiedenen Gerichten zugelassenen Anwälten, nach welchem der jüngere außer einem Fixum nur gewisse Prozente des Gesamteinkommens erhalten soll, widerspricht nicht den guten Sitten; vielmehr entspricht ein solches Übereinkommen zwischen einem Anwalte mit langjähriger erfolgreicher Tätigkeit und einem jungen Anfänger einer jahrzehntelangen Übung und auch der Billigkeit. **c**) **RG.**

BauersZ. **14** 158. Die sog. Unterbeteiligung (s. Note zu § 15 GmbHG.) an einem Anteil an einer GmbH. stellt sich häufig als Gesellschaft, oder doch ein der Gesellschaft ähnliches Rechtsverhältnis dar. **d)** R. **07** 1258 (Frankfurt). §§ 705 ff. sind anzuwenden, wenn jemand die von ihm gepachtete Fährgerechtigkeit in die bereits bestehende oder gleichzeitig mit einem anderen begründete Gemeinschaft quoad usum einbringt, während die zum Fährbetrieb erforderlichen Fahrzeuge und Geräte von allen Beteiligten gemeinschaftlich angeschafft werden.

3. Einzelheiten. **a)** **RG.** BankA. **7** 94, HoldheimsMSchr. **07** 299, JW. **07** 717[32]. Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden, daß die Anteile der mit der Zahlung einer ausgeschriebenen Zubuße säumigen Mitglieder verfallen; sowie daß ungeachtet des Verfalls die Verpflichtung zur Entrichtung der rückständigen Zubuße bestehen bleibt. Eine solche Bestimmung widerspricht nicht den guten Sitten, wie die entsprechende Regelung im § 219 HGB. und § 21 GmbHG. beweist. **b)** **RG.** R. **07** 835. Mehrere Gläubiger vereinbaren, ein Vermögensstück des Schuldners gemeinschaftlich zu erwerben; einer von ihnen läßt es für sich pfänden. Dann haben die anderen einen Anspruch darauf, daß er seine durch die Pfändung Dritten gegenüber erworbene dingliche Rechtsstellung wieder aufgebe nur, wenn sie ein besonderes Interesse hieran nachweisen können. Anderenfalls können sie nur verlangen, daß der Pfändungsgläubiger die Rechte aus der Pfändung nicht ihnen gegenüber oder zu ihren Ungunsten ausübt. **c)** **RG.** R. **07** 571, SächsRpfA. **2** 252. Wird in einer Schiefergrube, die von mehreren Gesellschaftern betrieben wird, ein dem Berggesetz unterworfenes Mineral von einem Gesellschafter gefunden, und lehnen die übrigen Gesellschafter eine Beteiligung an den zur Aufschließung des Erzlagers erforderlichen Kosten ab, so können sie auf das dem fündig gewordenen Gesellschafter demnächst verliehene Bergwerkseigentum und die daraus sich ergebenden Gewinne keinen Anspruch machen.

4. Vor 1900 gegründete Gesellschaften. **a)** KGJ. **33** A 130 (KG.). Das materiell-rechtliche Verhältnis der Gesellschafter untereinander, ihre durch die Gesellschaft begründeten gegenseitigen Rechte und Pflichten, ihre rechtlichen Beziehungen zu dem für die Zwecke der Gesellschaft bestimmten und für sie erworbenen gemeinschaftlichen Vermögen bestimmen sich bei vor 1900 begründeten Gesellschaften nach dem bisherigen Rechte. Dies folgt aus Art. 170 EG.; Art. 171 das. hat Ausnahmecharakter und ist nicht analog anwendbar. **b)** R. **07** 128 (Bay. ObLG.). Auf den F.schen Sängerbund finden nach Art. 2 Abs. 1 BayG. v. 9. Juni 1899, Übergangsvorschriften zum BGB. betreffend, die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung.

§ 708. Beweislast. **RG.** R. **07** 698. Dem in Anspruch genommenen Gesellschafter liegt der Nachweis ob, daß er in eigenen Angelegenheiten keine größere Sorgfalt anzuwenden pflegt.

§ 709. **RG.** LeipzZ. **07** 738. Ein Gesellschafter kann bei einem Beschlusse, durch welchen ihm ein besonderer Vorteil zugewendet wird, nur dann mitwirken, wenn der Gesellschaftsvertrag dies in unzweideutiger Weise zuläßt; die bloße Bestimmung, daß Mehrheitsbeschlüsse bindend sein sollen, genügt nicht.

§ 713. 1. Ansprüche gegen den Geschäftsführer. **a)** **RG.** JW. **07** 830[6]. Hat ein Gesellschafter für die Gesellschaft ein Grundstück erworben, aber auf eigenen Namen eintragen lassen, so hat er es nach §§ 713, 664—670 den anderen herauszugeben. Diese Verpflichtung wird durch § 313 BGB. nicht berührt, da „ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, daß Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen" nicht vorliegt. **b)** **RG.** R. **07** 698. Zur Begründung des Schadensersatzanspruchs wegen mangelhafter Geschäftsführung gehört eine genaue Darlegung der Sachlage, eine Angabe der Punkte, in welchen der geschäfts-

führende Gesellschafter seine Pflicht nicht erfüllt haben soll, unter Hereinziehung der Frage, inwiefern der Schaden bei anderer Geschäftsführung nicht entstanden wäre.

2. Ansprüche des Geschäftsführers. BreslauAK. **07** 50 (Breslau). Auch nach Auflösung der Gesellschaft darf sich ein Gesellschafter wegen eines Anspruchs aus Geschäftsführung nicht ohne weiteres an die anderen Gesellschafter halten, sondern muß zunächst im Wege der Auseinandersetzung Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen suchen. Erst wenn dies vergeblich ist, kann er nach § 735 gegen die anderen Gesellschafter vorgehen.

§ 714. *König, Öffentliche Sammlung (s. bei § 1914). Bei dem von dem Sammler gebildeten Ausschusse, der in der Regel eine Gesellschaft ist, ist kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Bestimmung des Gesellschaftsvertrags die persönliche Haftbarkeit der Mitglieder auf das Sammelvermögen beschränkt.

§ 717. 1. Ist die Honorarforderung eines Gesellschafters pfändbar? Danziger PosMSchr. **07** 119. Die Sondervergütung für die technische Leitung des gesellschaftlichen Geschäfts durch einen Gesellschafter gehört zu den im § 717 Satz 2 BGB. als ausnahmsweise übertragbar und daher pfändbar aufgeführten Forderungen eines Gesellschafters. Sie ist zum vollen Betrage pfändbar, weil nach § 706 Abs. 3 BGB. ein Beitrag eines Gesellschafters auch, ja lediglich, in der Leistung von Diensten bestehen kann, mithin weder ein Dienst- noch ein sonstiges Abhängigkeitsverhältnis, wie es das LohnBG. voraussetzt, vorliegt. Gleichgültig ist es, ob die Vergütung im Gesellschaftsvertrag etwa als „Lohn" bezeichnet ist; auch eine Beschränkung der Pfändbarkeit im Gesellschaftsvertrage würde mit Rücksicht auf § 851 Abs. 2 ZPO. bedeutungslos sein. — Schuldner der Vergütung sind die Gesellschafter; die Haftung der verpflichteten Gesellschafter beschränkt sich auf das Gesellschaftsvermögen, dieses bildet in seiner ungeteilten Gesamtheit den Gegenstand der Haftung, nicht die Anteile der einzelnen Gesellschafter. — Der pfändende Gläubiger muß gegen sämtliche Gesellschafter einschließlich seines ursprünglichen Schuldners mit dem Antrage klagen, ihm zur Tilgung seiner ursprünglichen Forderung die überwiesene Vergütung seines ursprünglichen Schuldners und die Prozeßkosten aus dem Gesellschaftsvermögen zu zahlen. Die Zustellung braucht allerdings nur an den geschäftsführenden Gesellschafter zu erfolgen, weil dieser im Hinblick auf § 714 BGB. als Prozeßbevollmächtigter aller Gesellschafter gilt.

2. WürttJ. **07** 141 (Stuttgart). Dieser Paragraph findet keine Anwendung, wenn es sich um einen Anspruch der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter handelt, der nicht auf dem Gesellschaftsverhältnisse beruht.

§ 718. 1. Wesen der Gesamthand und des Gesellschaftsvermögens. Binder (s. vor § 21) 92: Als Subjekt der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechte kann man entweder die als Summa der Gesellschafter gedachte Gesellschaft bezeichnen oder die einzelnen Gesellschafter. Dies bedeutet keinen sachlichen, sondern nur einen formellen Gegensatz; denn es handelt sich um zwei Seiten eines und desselben Verhältnisses, das man bald kollektiv, bald disjunktiv auffassen kann. Stellen wir uns die den Inhalt des Rechtes bildende Macht als eine gemeinsame vor, so können wir von einem gemeinsamen Rechte der Gesellschafter, von einem Rechte der Gesellschaft reden; denken wir an den Anteil des einzelnen an dieser Macht, einen Anteil, der selbst wieder eine von der Rechtsordnung gewährte und geschützte Macht ist, so sind wir berechtigt, von Rechten der einzelnen Gesellschafter zu sprechen.

2. **RG.** (Straff.) **39** 49: Die von einem Lotterieverein erworbenen Lose werden Gesellschaftsvermögen i. S. des § 718. Die Mitglieder erwerben also bei den einzelnen Losen kein Miteigentum zu Bruchteilen, sondern nur ein Recht auf Gewinn-

verteilung und Auseinandersetzungsguthaben. Dieses Recht erwerben sie durch die Beitrittserklärung, nicht dagegen die einzelnen Lose oder Losabschnitte.

§ 719. Klagerecht des Gesellschafters. LeipzZ. **07** 146 (München). Der Gesellschafter hat kein selbständiges Klagerecht gegen den Gesellschaftsschuldner. Wohl ist jeder Gesellschafter nach seinem Gesellschaftsanteil am Gesellschaftsvermögen mitberechtigt, doch kann er es nicht selbständig geltend machen; es ist insbesondere ausgeschlossen, daß er vom Schuldner einen verhältnismäßigen Teil der Gesellschaftsforderung beitreibt, selbst wenn die Gesellschaft damit einverstanden sein sollte.

§ 723. 1. **RG.** BayRpflZ. **3** 47, JW. **07** 741[4], R. **07** 128. Für eine bestimmte Zeit eingegangen ist die Gesellschaft auch dann, wenn die Befristung sich aus den Umständen, insbesondere dem Ziele und Zwecke der Gesellschaft ergibt.

2. Wichtiger Grund. a) Vgl. JDR. **4** Note 3. b) OLG. **15** 305 (Hamburg). Nach dem Gesellschaftsvertrage kann der Ausschluß eines Gesellschafters bei Vergehungen gegen die guten Sitten, Unterschlagungen oder bei Handlungen zum Schaden der Gesellschaft erfolgen. Daß hiermit nicht alle, auch die geringfügigsten, sondern nur erhebliche Verfehlungen — wichtige Gründe i. S. der §§ 723, 737 — haben gemeint sein können, muß als Willen der Parteien im Hinblick auf die bestehende Gesetzgebung angenommen werden. Hiernach sind bei einer Vereinigung zum Betriebe von Prokureurgeschäften wichtige Gründe nicht die Unterlassung der Beitragszahlungen, die Leistung des Offenbarungseids und der hieraufhin erfolgte Ausschluß von der Börse.

3. Abs. 3. a) Vgl. JDR. **4** Note 2. b) SchlHolstAnz. **07** 225 (Kiel). Abs. 3 gilt auch für vor 1900 begründete Gesellschaften (s. **RG. 61** 328 ff. = JDR. **4** Note 2); eine Bestimmung, die in jedem Falle und ohne Rücksicht auf den Stand des Vermögens der Gesellschaft an den freiwilligen Austritt wirtschaftliche Nachteile (ein Austrittsgeld, Verzicht auf den Anteil am Gesellschaftsvermögen u. ähnl.) knüpft, verstößt gegen Abs.3 und ist nichtig.

4. Analoge Anwendung auf einen Vertrag über Generalvertretung **RG. 65** 37, JW. **07** 112[15] bei § 92 HGB.

§ 725. Literatur: Marcus, Zur Natur des Kündigungsrechts in den Fällen der §§ 725 BGB., 135 HGB., 66 GenG., JW. **07** 539. — Ders., HoldheimsMSchr. **07** 133.

1. Marcus, JW. aaO. Nicht die Gesellschaftsansprüche unterliegen dem Zugriffe der Gläubiger, sondern nur das Auseinandersetzungsguthaben des Schuldners. — Das dem Gläubiger eingeräumte Kündigungsrecht ohne Sukzession in das Gesellschaftsrecht ist zu einem originären im Dienste der Zwangsvollstreckung gestempelt zugunsten des pfändungsberechtigten Gläubigers, der ein Pfandrecht am Vermögensanteile seines Schuldners erworben hat, zwar im Gesellschaftsrechte des letzteren wurzelnd, aber von diesem unabhängig gemacht in seiner konkreten Funktion. — Dem Gläubiger steht eine gesellschaftsvertragliche Beschränkung der Kündigungsfrist nicht entgegen, denn dies, sein Recht, ist nicht abgeleitet von dem Rechte seines Schuldners. — Sobald die Kündigung erklärt ist, können die Gesellschafter nicht mehr das Recht aus § 268 BGB. ausüben, um der Auflösung zu begegnen, denn diese kann durch das ius offerendi überhaupt nicht beseitigt werden. Soweit das Recht aus § 141 HGB. Platz greift, ist ein entsprechender Beschluß dem Gläubiger spätestens bis zum Ablaufe des Geschäftsjahrs mitzuteilen; auf Grund des Gesellschaftsvertrags stehen dem Gläubiger Einreden, die in diesem Punkte sein Recht einschränken sollen, nicht entgegen. Das Kündigungsrecht des Gläubigers unterliegt als solches nicht der Pfändung, kann aber nach Pfändung des Gläubigeranspruchs auch seitens des Interessenten der Forderungspfändung akzessorisch ausgeübt werden. Soweit es sich um die bei der Auflösung der Gesellschaft liquid zu

stellenden Rechte des Gesellschafters handelt, gegen den die Pfändung betrieben ist, kann aus dem Kündigungsrechte des Pfändungsgläubigers nicht gefolgert werden, daß die Vertragsbestimmungen der Gesellschafter, welche die Auseinandersetzung materiell regeln, dem Gläubiger gegenüber unwirksam werden, denn das materielle Befriedigungsrecht des Gläubigers wurzelt ganz im Rechte seines gesellschaftlich verpflichteten Schuldners.

2. Marcus, Holdheims MSchr. aaO. Der kündigende Gläubiger gewinnt keine weitere Rechtsstellung zu den Gesellschaftern, hat also keinerlei Bestimmungs-, wohl aber Kontrollrechte. Dem Gläubiger steht auch ein Widerspruch nicht zu, sofern zufolge seiner Kündigung die Gesellschafter eine frühere Auflösung beschließen. — In allen diesen Beziehungen greift auch für die offene Handelsgesellschaft § 725 Abs. 2 BGB. Platz.

§ 730. 1. Klage auf Auseinandersetzung. KGBl. **07** 126 (KG.) (altes und neues Recht). Es kann nicht auf Auseinandersetzung schlechthin geklagt werden, sondern nur mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, in die nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften beanspruchte, und genau zu bezeichnende Art der Teilung zu willigen. Ein solches Urteil ist dann auf Grund der §§ 887, 888 ZPO. vollstreckbar.

2. Wirkung der Auflösung auf die Einlagepflicht. R. **07** 1134 (OLG. Stuttgart). Mit der Auflösung der Gesellschaft fällt die Verpflichtung zur Leistung solcher Geldbeiträge fort, die einer Weiterführung des Geschäfts dienen sollen; die vor der Auflösung fällig gewordenen können noch nachher eingefordert werden, soweit sie zur Erfüllung der Geschäftsverbindlichkeiten bestimmt sind.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1015. Die Frage, in welcher Währung eine Geldeinlage an den Teilhaber eines gemeinschaftlichen Geschäfts nach dessen Beendigung zurückzuzahlen ist, beantwortet sich nach dem Gesellschaftsvertrag und nach dem mutmaßlichen Willen der Parteien.

4. Über die Ansprüche des geschäftsführenden Gesellschafters bei Liquidation der Gesellschaft s. Ziff. 2 bei § 713.

§ 733. Crome, Moderne Teilungsprobleme, SeuffBl. **72** 1 ff., behandelt die Fragen, welche sich ergeben, wenn Gemeinschafter bzw. Gesellschafter die Gemeinschaftsaktiva ohne Berichtigung einer Schuld der Gemeinschaft teilen. Nach dem Prinzipe der Schuldentilgung bzw. Ausgleichung kann jeder Teilhaber die Vorabberichtigung der Gemeinschaftsschulden vor der Teilung verlangen, und hat diesbezüglich im Konkurs eines der Teilhaber einen Absonderungsanspruch (§§ 16, 53 KO.). Läßt er die Teilung ohne Berichtigung zu, so kann er, falls er später auf Zahlung belangt wird, gegen die anderen Teilhaber nur pro rata des aus der Gemeinschaft Empfangenen Regreß nehmen. Im Verhältnisse zum Gläubiger wird durch die Teilung nichts geändert, wenn die geschäftsführenden Genossen nach außen für die anderen haften, da hier alle Teilhaber persönlich haften. Ist dies jedoch nicht der Fall, so kann der Gläubiger sich nur noch an die ihm persönlich haftenden Teilhaber halten und falls er dort keine genügenden Exekutionsmittel findet, den Bereicherungsanspruch seiner Schuldner gegen die anderen ehemaligen Teilhaber pfänden. Dies ist ein Notbehelf, der für wichtigere Fälle nicht ausreicht. Daher eine andere Regelung beim Kommanditisten (§ 171), bei der Gütergemeinschaft (§ 1480).

§ 738. 1. Sind die Grundsätze des § 738 entsprechend anwendbar auf den Eintritt eines Gesellschafters? a) Vgl. JDR. 1 Note 4, **2** Note 3, **3** Note 1. **b) RG. 65** 227, JW. **07** 303[6]. Bei den Besonderheiten der Gesamthand ist es bedenklich, ohne besondere Stützen im Gesetz aus ihrem Wesen eine so weittragende grundsätzliche Folgerung, wie die Annahme einer allgemein wirksamen Akkreszenz abzuleiten (s. auch § 142 HGB.).

2. Haftung des Neueintretenden für Gesellschaftsschulden? BayRpflZ. **07** 390, R. **07** 829 (BayObLG.). Aus dem Eintritt in eine bestehende Gesellschaft läßt sich allenfalls die Verpflichtung, die Verwendung des Gesellschaftsvermögens zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zu gestatten, in dem Umfange herleiten, daß auch der Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf das Gesellschaftsvermögen geduldet werden muß, aber der Eintritt in die bestehenden Verbindlichkeiten als Gesamtschuldner ist damit weder nach BayLR., noch nach BGB. verbunden; dieser kann nur auf besondere Umstände (Schuldübernahme, Erbfolge) sich gründen.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

Vorbemerkung s. beim 14. Titel.
Literatur: Adamkiwicz, Der Nießbrauch am Bruchteil. ABürgR. **31** 21 siehe bei § 1066.

§ 741. 1. Begriffliche Voraussetzungen der Gemeinschaft. RIA. 8 61, ZBlFG. 7 797 (KG.). Die Gemeinschaft tritt begrifflich dann nicht ein, wenn der Gegenstand, auf den sie sich beziehen soll, ohne weiteres von Rechts wegen dergestalt sich teilt, daß jedem Teilhaber ein realer Teil desselben als Sondereigentum zufällt. Der Umweg, daß auch hier eine Gemeinschaft entsteht, und zur Erzielung realer Teile ein Teilungsvertrag erforderlich sein soll, wird vom Gesetz als überflüssige Erschwernis zurückgewiesen. Dies gilt für Geldforderungen (§ 420) wie für Eigentümergrundschulden; jeder an einer solchen Mitbeteiligte gilt als Inhaber eines entsprechenden Realteils, über den er ohne Mitwirkung der übrigen verfügen darf.

2. SchlHolstAnz. **07** 160 (Kiel). Die Mark- oder Feldgenossenschaften im Herzogtume Holstein sind dahin aufzufassen, daß die Genossen zueinander im Verhältnisse von Miteigentümern stehen. Gemäß Art. 173 EG. finden seit dem 1. Januar 1900 die §§ 741 ff. BGB. auf sie Anwendung, mit der aus § 741 (soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt) und Art. 164 EG. folgenden Einschränkung, daß die landesrechtlichen Vorschriften über die Gemeinschaftsverhältnisse der Realgemeinden usw. ihnen vorgehen.

§ 742. JustdRundsch. 1 363 (LG. Straubing). Die Vermutung, die widerlegbar ist, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen, genügt nicht, um die Zwangsvollstreckung darauf zu stützen. Es muß vielmehr aus dem Grundbuche sich ergeben, wie groß der Bruchteil ist.

Zu §§ 744, 745. PosMSchr. **07** 65 (Königsberg). Ein schriftlicher Pachtvertrag über einen im Miteigentume stehenden See ist nur dann gültig, wenn alle Miteigentümer ihn unterzeichnet haben. Dies gilt auch dann, wenn die Verpachtung durch Mehrheitsbeschluß nach § 745 angeordnet ist. § 745 regelt nur das Verhältnis nach innen; nach außen müssen alle Mitberechtigten gemeinsam handeln.

§ 744. Wegen des Pleonasmus „Einwilligung im voraus erteilen" vgl. *Weyl in der zu §§ 182 ff. erwähnten Abhandlung 54.

§ 747. **RG.** FrankfRundsch. **41** 117 ff. Soweit die Miteigentümer die Enteignung der ganzen Parzelle herbeizuführen bestrebt sind, bezwecken sie eine unzulässige Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen; dagegen sind sie ohne Hinzuziehung der übrigen Miteigentümer berechtigt, ihren Entschädigungsanspruch wegen Entziehung des Eigentums geltend zu machen, da dies weder eine Verfügung über die ganze gemeinschaftliche Sache, noch über die Eigentumsanteile der übrigen Miteigentümer enthält.

§ 749. *v. Amelunxen, DNotVZ. **27** 21 ff. Auch die gelegentlich einer Auseinandersetzung der sonstigen Masse vereinbarte Auslassung von Gegenständen fällt unter § 749 Ziff. 2. Ist die Frist abgelaufen oder keine bestimmt, so

ist das Teilungsverfahren zur Vervollständigung fortzusetzen. Vgl. § 2032 BGB., § 93 FGG.

§§ 749 ff. KGJ. **33** A 224, R. **07** 973 (KG.). Die Vereinbarung zweier Miteigentümer eines Grundstücks nach Bruchteilen, daß einer von ihnen die Aufhebung der Gemeinschaft durch Zwangsversteigerung nur verlangen könne, wenn das Meistgebot eine bestimmte Höhe erreicht, kann als Belastung der Anteile in das Grundbuch eingetragen werden. Sie hat die Bedeutung, daß der belastete Miteigentümer zwar das Recht behält, die Zwangsversteigerung zwecks Teilung zu betreiben, daß der Berechtigte der Erteilung des Zuschlags aber mit Erfolg widersprechen kann, wenn das Meistgebot unter der vereinbarten Höhe bleibt.

§§ 752 ff. **RG.** JW. **07** 78[1]. Eine Ungleichheit der Teilung einer Forderung ist es nicht, wenn der Miterbe und zugleich Schuldner seinen Anteil durch Anrechnung seiner Schuld auf den Erbteil empfängt, die übrigen Miterben aber wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners Befriedigung nicht erlangen; auch in solchem Falle haben die Miterben gleichartige und gleichwertige Teile der Nachlaßforderung erhalten.

§ 753. 1. Feldhahn, R. **07** 564, empfiehlt, bei einer Pfändung von Anteilsrechten an Sachen die analoge Anwendung des § 811 ZPO. zu gestatten.

2. ZBlFG. **7** 708, R. **07** 885 (Darmstadt). Die Lösung der Gemeinschaft durch Verkauf kann erst stattfinden, wenn das Gemeinschaftsverhältnis nach Inhalt, Dauer und Möglichkeit der Auflösung durch Naturalteilung geklärt ist. Besteht darüber unter den Parteien Streit, so muß dieser im Prozeßwege zur Entscheidung gebracht werden.

§ 755. Vgl. Crome bei § 733.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

§ 759. 1. R. **07** 1134 (Frankfurt). Wenn ein Ausstattungsversprechen dahin gegeben worden ist, daß jedes Jahr zu einer bestimmten Zeit eine bestimmte Summe Geldes für die Dauer der Ehe gezahlt werden solle, so liegt ein der Schriftform bedürfendes Leibrentenversprechen vor.

2. Die in JDR. **5** zu § 759 Ziff. 2 zit. Entsch. s. jetzt auch **RG.** **64** 133.

§ 761. 1. Heilfron, R. **07** 170 f. gegen **RG.** **63** 323 ff. (s. JDR. **5** Ziff. 1). Der Schwiegervater, der einen Jahreszuschuß verspricht, schließt mit seiner Tochter und seinem Schwiegersohne keinen Leibrentenvertrag im Sinne des § 761, sondern gewährt eine Ausstattung im Sinne des § 1624 BGB. in Form einer Jahresrente. — Dagegen wieder Landsberg, PosMSchr. **07** 1/2. Wenn Heilfron Recht hätte, müßte sein Einwand auch auf den Fall zutreffen, daß der Schwiegervater eine Ausstattung in Form eines Grundstücks verspricht. Doch ist die formlose Zusicherung eines Grundstücks nach § 313 nichtig. Der § 761 ist nicht minder zwingend. Entscheidend ist der Gegenstand der Leistung. Die Schriftlichkeit nach § 761 ist nur das Mindestmaß der Form, z. B. § 518! Der vom Schwiegervater versprochene Jahreszuschuß, die Ehezulage, ist ein Musterfall des § 759. Die Rente muß auf die Lebensdauer gestellt sein.

2. **RG.** JW. **07** 332 Ziff. 8, BayRpflZ. **07** 349. Daß ein zu Ausstattungszwecken formlos abgegebenes Versprechen einer Geldsumme unter Umständen verbindlich sein kann, während ein zu gleichen Zwecken formlos abgegebenes Rentenversprechen gemäß § 761 unverbindlich ist, ist dadurch gerechtfertigt, daß in letzterem Falle der Versprechende anders als im ersteren Falle außerstande ist, mit Sicherheit von vornherein die Tragweite seines Versprechens, insbesondere den Umfang der ihm obliegenden Leistung zu übersehen.

Siebzehnter Titel. Spiel. Wette.

Vorbemerkung: Die unteren Gerichte neigen mit Recht der Ansicht zu, eine Klage auf Ausführung eines Auftrags zum Spielen nicht zuzulassen, dagegen dem Anspruch auf Auskehrung des einkassierten Gewinnbetrags den Rechtsweg zu eröffnen (§ 762 Ziff. 5), die Versagung hieße das Prinzip ohne ersichtlichen Grund überspannen. Auch begrifflich sind wieder Wesen und Art des Wettgeschäfts erörtert worden (Ziff. 1, 3). Die im Flusse befindliche Reform der Börsengesetzgebung zeitigt fortgesetzt eine reichhaltige literarische Erörterung. Die wichtigsten Kritiken des Entwurfes sind zu § 764 Ziff. II erwähnt. Zu Ziff. I findet sich wieder eine beträchtliche Judikatur verzeichnet, die heute noch unmittelbar praktische Bedeutung besitzt, aber diese auch in Zukunft wohl kaum je ganz einbüßen wird.

§ 762. 1. Natur und Begriff von Spiel und Wette (s. JDR. **5** Ziff. 2, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, 3, **2** Ziff. 1). a) **RG.** R. **07** 1199. Spekulation und Differenzspiel sind etwas Verschiedenes; Spiel liegt nicht schon dann vor, wenn die — effektiv gekauften — Wertpapiere nicht zu dauernder Vermögensanlage dienen sollen. S. a. u. zu § 764 Ziff. I 2. **b)** SeuffBl. **07** 39 (München). Zum Begriffe der Wette ist nicht erforderlich, daß der Nachteil, den der Verlierende auf sich nimmt, für beide Teile gleich ist; auch dadurch, daß der eine für den Verlustfall einen positiven Nachteil auf sich nimmt, und der andere, wenn er verlieren sollte, nur damit bestraft wird, daß ihm der gehoffte Gewinn entgeht, wird der Begriff des Wettvertrags nicht ausgeschlossen.

2. Wettvertragsabschluß. SeuffBl. **07** 39 (München). Die Eingehung des Wettvertrags ist auch in der Weise möglich, daß jemand öffentlich einen Wettantrag macht und es anderen überläßt, diesen Antrag anzunehmen.

3. Verschleierter Wettvertrag und Auslobung (s. auch JDR. **3** Ziff. 3 zu § 762 u. § 657 Ziff. 1). SeuffBl. **07** 36/40 (München). Die Wette hat den Streit über die Wahrheit einer Behauptung zu ihrem alleinigen Objekt, es ist also das Interesse, das jeder der Wettenden an der Bewährung der von ihm aufgestellten Behauptung nimmt, was den alleinigen Inhalt des Wettvertrags ausmacht (vgl. o. Ziff. 1 b). Dagegen ist Auslobung das einseitige durch öffentliche Bekanntmachung vollzogene Versprechen einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung, wobei nicht ausgeschlossen ist, daß der Versprechende ein Interesse daran hat, daß die Leistung nicht vollbracht wird. Damit ist aber nicht gesagt, daß nun auch jedes in der Form der Auslobung erscheinende Leistungsversprechen auch dann, wenn der Versprechende ein Interesse an der Nichtvollbringung der Handlung hat, als Auslobung wirksam ist. Es bleibt immer zu prüfen, ob nicht ein verschleierter Wettvertrag vorliegt. (So ist in Wahrheit als Wette folgende Ausschreibung eines Variététheaters anzusehen: „M. 1000 Prämie erhält jeder Radfahrer, der imstande ist, nur 2 Minuten auf der elektrisch rotierenden Tafel in einem Tempo von 85 km pro Stunde zu rennen, desgleichen erhält derjenige M. 300, welcher darauf zu stehen, zu sitzen oder zu laufen imstande ist". Diese Ausschreibung, welche im Anschluß an das Auftreten der „C.-Truppe", im Programme bezeichnet als „Henry C.'s sensationeller Radsportakt auf der elektrisch rotierenden Tafel in der Luft", auf einer besonderen Beilage zum Programme gedruckt war, ist nichts anderes als die Behauptung, daß niemand so wie die C.-Truppe auf der elektrisch rotierenden Tafel fahren kann; der Ausschreibende hatte die Überzeugung, daß diese Leistung von anderen nicht nachgemacht werden könne, und wollte durch das Aussetzen einer Belohnung für den Nachweis des Gegenteils nur die Gewißheit seiner Überzeugung zum Ausdrucke bringen.)

4. Verpflichtung zur Herausgabe nach § 812. OLG. **14** 31 β (Hamburg). Der mit der Ausführung eines Spieles oder einer Wette Beauftragte

hatte dem Auftraggeber eine Summe ausgezahlt in der irrtümlichen Annahme, daß ein Wettgewinn zugefallen sei und er als Beauftragter ihn einzuziehen und auszuzahlen habe. Da der Auftraggeber gemäß § 762 kein Anrecht auf die Summe hatte, so ist er nach § 812 zur Herausgabe an den Beauftragten verpflichtet.

5. Geschäfte zum Zwecke des Spielens und mit Spielinhalt (s. JDR. **5** Ziff. 3 und die dortigen Verweisungen). — Auftrag. a) OLG. **14** 30 α, R. **07** 510 (Hamburg). Eine Klage auf Ausführung eines Auftrags zum Spiele ist nicht zuzulassen, weil hier ebenso wie beim Spiele und bei der Wette selbst ein schutzwürdiges Interesse fehlt. Daraus folgt die Nichtklagbarkeit auch des Interesseanspruchs, der aus der Nichtausführung eines solchen Auftrags hergeleitet wird. Dagegen wäre einem Anspruche, der auf Auskehrung des einkassierten Betrags gerichtet und demgegenüber der Beauftragte auch die gemachten Auslagen einzubehalten berechtigt ist, der gerichtliche Schutz nicht zu versagen — vorausgesetzt, daß das Spiel an sich erlaubt ist. b) OLG. **14** 31 β, R. **07** 510 (Hamburg). Wer in Ausführung eines Auftrags zu einem nicht verbotenen Spiele Auslagen gehabt hat, kann nicht auf Ersatz dieser Auslagen klagen. c) SchlHolstAnz. **07** 231 (Kiel). Ist auf Grund eines Auftrags zu nicht verbotenem Spiele oder Wette der auf den Auftraggeber entfallene Gewinn an den Beauftragten gelangt, dann ist, da das Spiel oder die Wette beendet ist, kein ersichtlicher Grund vorhanden, dem Auftraggeber den Rechtsschutz auf Herauszahlung dieses Gewinns gegen den Beauftragten zu verweigern.

§ 764. I. Aus der Rechtsprechung. 1. **RG. 66** 91, BankA. **6** 242, JW. **07** 741. Kassageschäfte in Montanwerten, bei denen der Kaufpreis bis zum Monatsende gestundet wird (Kontogeschäfte), werden hierdurch noch nicht zu verbotenen Ultimogeschäften. Solche Geschäfte können auch nicht als Spiel im Sinne des § 764 angesehen werden, da hier von einem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit nicht die Rede sein kann. Wenn dagegen die gekauften Effekten zum Liquidations- oder Kompensationskurse verkauft und zum nächsten Monatsende wieder zurückgekauft wurden, so stellen sich diese Prolongationen als börsenmäßige Termingeschäfte dar. Hat der Kunde die ungültigen Termingeschäfte in der Weise an der Börse geschlossen, daß er dem Mäkler gegenüber nicht persönlich als Kontrahent auftrat, sondern die Firma des Bankiers mit dessen Erlaubnis als „Aufgabe" benutzte, — so daß jeweils die Schlußnoten zwischen Mäkler und Bankier und alsdann stets eine entsprechende zweite Schlußnote zwischen dem Bankier und dem Kunden ausgetauscht wurden —, so liegt keine bloße Erfüllungsübernahme von seiten des Bankiers gegenüber dem Kunden vor, sondern das Verhältnis des Kommissionärs zum Kommittenten; der Bankier kann daher von dem Kunden Ersatz seiner Aufwendungen aus den Geschäften nicht verlangen.

2. **RG.** JW. **07** 278. Differenzgeschäfte können auch in Form von Kassageschäften abgeschlossen werden; doch bildet dieser Fall eine Ausnahme und setzt den Nachweis voraus, daß das Kassageschäft nur simuliert sei. Spekulation und Differenzspiel sind etwas Verschiedenes. S. auch oben zu § 762 Ziff. 1 a.

3. **RG.** JW. **07** 744. Zum Begriffe des Differenzgeschäfts genügt es, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf Zahlung der Differenz gerichtet war, der andere Teil aber die Absicht kannte oder kennen mußte.

4. BankA. **6** 208, R. **07** 585 (Hamburg). Einer Schuld aus einem unwirksamen Börsentermingeschäfte kann nicht dadurch Wirksamkeit verliehen werden, daß sie durch Vertrag in eine Darlehnsschuld umgewandelt wird.

5. **RG.** R. **07** 712. Eine Leistung des Kunden kann nicht darin gefunden werden, daß sein Vertragsgegner ohne sein Einverständnis sich aus seinen Depots bezahlt gemacht hat.

6. **RG.** R. **07** 716. Das BörsG. verlangt im § 79 Nr. 2 in Ansehung des subjektiven Tatbestandes nicht mehr als die entsprechende Vorschrift im § 266 RStGB. „Absichtlich" ist daher gleichbedeutend mit „vorsätzlich" oder „wissentlich" gebraucht.

II. Aus der Literatur. 1. Laband, Der neue Entwurf der Börsengesetz-Novelle, DJZ. **07** 16.

2. Wildhagen, Der dritte Entwurf zur Börsengesetznovelle, DJZ. **07** 1273.

3. Damme, Die Landwirtschaft und ihr Interesse an der Reform der Effektenbörse, BankA. **6** 49.

4. Neukamp, Zum zehnjährigen Jubiläum des Börsengesetzes, das. 67, 81.

5. Düringer, Zur Reform des Börsengesetzes, das. 161.

6. Cohn, Zur Börsengesetzreform, das. 261.

7. Helfferich, Zur Revision des Börsengesetzes, das. 294.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

Vorbemerkung: Nur das Verhältnis von Garantievertrag und Schadlosbürgschaft (§ 765 Ziff. 6) hat Wienstein und der Leistungsort des Bürgen (§ 765 Ziff. 7) Rieck (Ziff. 7 a) zu beachtenswerten Äußerungen Veranlassung gegeben. Im übrigen beherrscht in noch höherem Grade, als es schon in der vorigen Berichtsperiode der Fall war, die Rechtsprechung mit einer großen Anzahl praktisch sehr bedeutsamer Erkenntnisse das Feld. Das OLG. Stuttgart (§ 765 Ziff. 8 a) hält die Person des Hauptschuldners für den Bürgen für so wesentlich, daß im Zweifel die Bürgschaft in Fortfall kommen soll, wenn sich von zwei Gesamtschuldnern, für die der Bürge einzustehen erklärt hat, in Wahrheit einer nicht verbindlich gemacht hat. Es ist nicht sicher, ob dies nicht zu weit gegangen ist. Beachtenswert und lehrreich ist das RG.: Urteil über Bürgschaft für Kontokurrentforderungen (§ 765 Ziff. 8 b). Mit Sinn und Bedeutung der im praktischen Verkehrsleben häufigen „Verschreibung der Mobilien" befaßt sich eine Entscheidung des OLG. Hamburg (§ 765 Ziff. 8 ff.). Natürlich finden sich auch diesmal wieder zum § 766 reichlich die Formerfordernisse der Bürgschaftserklärung erörtert. Das RG. (§ 766 Ziff. 1 a zu α) läßt auch die Heranziehung von nicht urkundlich verbrieften Umständen zur Ermittelung der Person des Gläubigers zu. Dem schließen sich die meisten Gerichte an. Nur eine vereinzelte Entscheidung des häufig seine eigenen Wege wandelnden OLG. Hamburg tut dies auch diesmal (§ 766 Ziff. 1 a zu γ). Daß dem Bürgen die Wandelungseinrede zusteht, nicht aber die Minderungseinrede, hat jetzt in einer sehr bemerkenswerten Entscheidung das RG. (§ 768 a) festgestellt. Auch die Frage, ob eine Diligenzpflicht in der Beitreibung der Schuld für den Gläubiger besteht, hat wieder zu einer erheblichen Anzahl von Entscheidungen geführt. Im allgemeinen wird sie grundsätzlich verneint, wohl aber wird treulosem Verhalten entgegenzutreten versucht (§ 776 Ziff. 1). Ein sehr interessanter Sonderfall wird vom OLG. Karlsruhe zu § 776 Ziff. 2 b, 3 b behandelt.

§ 765. 1. Inhalt der Verpflichtung (s. JDR. **5** Ziff. 1, **2** Ziff. 1, **1** Ziff. 1). **RG.** JW. **07** 105. Die §§ 765 ff. haben nur die freiwillige und besonders gefährliche Haftungsübernahme für rein fremde Schulden im Auge, sie denken aber nicht an Fälle, da jemand seine eigene, wenn auch vielleicht nur moralische Verkäufer- oder Zahler-Verbindlichkeit dem Gesetze gegenüber vertragsmäßig verschärft. Daher ist die Haftungsübernahme für die Güte einer in Zahlung gegebenen Hypothek keine Bürgschaft, sondern Nebenabrede über Gewährleistung zu einem Vertrage, der sich aus Hingabe an Zahlungsstatt und Kauf zusammensetzt, aber nach Kaufsgrundsätzen zu beurteilen ist (vgl. oben § 438 Ziff. 2).

2. Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags (s. JDR. **5** Ziff. 6, **3** Ziff. 2). **RG.** SächsRpflA. **07** 55 ff. Gemäß den in **RG. 57** 66 (vgl.

JDR. 3 Ziff. 2) ausgesprochenen Erwägungen ist auf Grund folgenden Tatbestandes der Bürgschaftsvertrag als zustande gekommen erachtet worden: Der als Bürge in Anspruch genommene Beklagte hat eine Urkunde ausgestellt, in der er demjenigen, welcher durch Vermittelung von W. der Rhenaniabrauerei den von dieser gewünschten Akzeptkredit gewähren würde, für die ihm hieraus erwachsenden Ansprüche bürgen zu wollen erklärt. (Die Urkunde lautete etwa so: W. „beschafft" ➾ ist also nicht Selbstgeber, sondern Vermittler — Red. ⇽ der Brauerei einen Kredit von 40 000 M. Für diesen Betrag übernehmen die Unterzeichneten die persönliche Bürgschaft.) Diese Urkunde hat der Beklagte dem W. überlassen, damit dieser zwischen einer zu der Kreditgewährung geeigneten und geneigten Persönlichkeit und der Brauerei den Vertrag über die Kreditgewährung vermittle und dem Kreditgeber die Urkunde überantworte. Damit ist W. ermächtigt worden, namens der Beklagten mit dem Geber den Bürgschaftsvertrag abzuschließen, und dieser ist dadurch zustande gekommen, daß der Kreditgeber und die Brauerei den Vertrag über die Kreditgewährung unter Vermittelung W.s abgeschlossen haben und W. die Bürgschaftsurkunde dem Geber übergeben und dieser sie angenommen hat. Über die Schriftform vgl. unten zu § 766 Ziff. 1 a).

3. Bürgschaftsübernahme als Bestandteil eines gegenseitigen Vertrags. a) **RG. 66** 425 ff. Die Übernahme einer Bürgschaft, die an sich freilich ein einseitiger Vertrag und auch als solcher bindend ist, kann Bestandteil eines gegenseitigen Vertrags sein. Dies ist der Fall, wenn z. B. die Absicht der Parteien, einen einseitigen Vertrag zu schließen, etwa nach der Fassung der Urkunde unverkennbar ist (wie in folgender „Bürgschaftsvertrag und Schuldschein" überschriebenen Urkunde: Die Beklagte übernimmt die Bürgschaft für eine Warenkaufschuld ihres in Konkurs verfallenen Ehemanns in Höhe von über 3500 M. der Klägerin gegenüber und verpflichtet sich, die ersten 1000 M. im Laufe des Jahres 1902, den Rest je zur Hälfte in zwei weiteren Jahresterminen zu zahlen; die Klägerin verspricht dagegen der Beklagten, für ihr Handelsgeschäft Waren auf Kredit zu liefern [ohne nähere Bestimmung]). Hier ist die Klägerin nach dem Sinne des Vertrags zunächst zur Vorleistung verpflichtet, zur sofortigen Warenlieferung, damit die Beklagte ihren Betrieb fortsetzen kann. Aber nach vernünftiger Auslegung sollte die Klägerin zu Warenlieferungen auf Kredit höchstens auf eine nach billigem Ermessen zu bestimmende Reihe von Jahren, vielleicht sogar nur bis zur Beendigung des Konkurses verpflichtet sein, und Treu und Glauben bringen es mit sich, daß die Beklagte, nachdem die Klägerin während des ersten Jahres ihrer Vorleistungspflicht durchaus nachgekommen war, solange keine weiteren Lieferungen auf Kredit verlangen konnte, als sie selbst die Zahlung der ersten 1000 M. verweigerte. b) **RG. 65** 46 ff. Auf die Verpflichtung des Bürgen und die von dem Gläubiger dem Schuldner gegenüber übernommene Verbindlichkeit, für das Zustandekommen eines Moratoriums zu sorgen und ihm die Weiterführung seines Geschäfts zu ermöglichen, finden die Vorschriften der §§ 320 ff. keine Anwendung. Denn es fehlt hier an dem für den technischen Begriff der gegenseitigen obligatorischen Verträge wesentlichen Merkmale, daß Leistung und Gegenleistung zwischen denselben Personen ausgetauscht werden sollen.

4. Verbürgung für künftige Schuld und Kreditauftrag. BadRpr. **07** 287 (Karlsruhe). Beide unterscheiden sich wesentlich darin, daß bei der Verbürgung für künftige Schuld eine Verpflichtung zur Kreditierung nicht übernommen zu werden braucht und daß der Bürge sich unwiderruflich zum Einstehen für die Verbindlichkeit des Dritten verpflichtet. Umgekehrt ist beim Kreditauftrage der Beauftragte verpflichtet, der Auftraggeber aber bis zur Kreditgewährung widerrufsberechtigt. Vg. unten zu § 778 Ziff. 1.

5. Garantievertrag und Schadlosbürgschaft (s. JDR. 5 Ziff. 8,

4 Ziff. 3). a) *Wienstein, Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag? ABürgR. **31** 1—20. Neben dem „Garantieren" im vulgären Sinne ist das Vorkommen eines besonders gearteten Garantievertrags im Anschluß an Stammler (ACivPr. **69** 73) anzuerkennen. Sein Wesen besteht darin, daß der Garant den bei einem Unternehmen drohenden Schaden unentgeltlich übernimmt. Indessen handelt es sich in den Fällen, wo Stammler den Garantievertrag mit anderen Verträgen verbunden findet, durchweg nicht um Verbindung von zwei Vertragsarten, sondern nur um die Regelung des Entgelts bei einem wechselseitigen Vertrage. Abzulehnen ist der Standpunkt der Motive (II 658; übereinstimmend **RG. 61** 157), daß die Bürgschaft ein Fall des Garantievertrags sei, welcher letztere sich einer allgemeinen Regelung entziehe. Bei genauer Prüfung der Begriffe findet sich, daß statt dieses nicht näher bestimmbaren Rechtsinstituts je nach der Lage der Fälle die verschiedenen Arten der Bürgschaft, die Schuldübernahme, der Kreditauftrag, endlich auch das mit Unrecht als veraltet angesehene Erfüllungsversprechen (constitutum) zur Verfügung stehen, Rechtsgeschäfte, deren verschieden geartete Natur ihre Zusammenfassung unter einer Kategorie der „Garantieverträge" ausschließt. b) Würzburger, GruchotsBeitr. **51** 721 ff., insbes. 723 ff. — s. oben zu § 438 Ziff. 1 — hebt die Unterschiede zwischen der Haftung des Zedenten für Güte und Einbringlichkeit einer Forderung von der Bürgschaft und Schadlosbürgschaft hervor. c) Aus der Rechtsprechung. α. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 591 ff. Nicht Schadlosbürgschaft, sondern Garantievertrag liegt vor, wenn der akzessorische Schuldner nicht die Schuld selbst an Stelle des Hauptschuldners zahlen, sondern wenn er für ein bestimmtes Verhalten des Hauptschuldners einstehen, für einen aus vertragswidrigem Verhalten des Schuldners dem Gläubiger entstehenden Schaden aufkommen soll. Der Garantievertrag trägt seinen Charakter in sich und gestattet nur, insoweit Zweck und Rechtslage beider Geschäfte die gleichen sind, die analoge Anwendung der für den Bürgschaftsvertrag gegebenen Bestimmungen. (Folgendes Vertragsverhältnis wurde als Garantievertrag angesehen: Die Käuferin, welcher Ratenzahlung in der Weise bewilligt war, daß sie dem Verkäufer in Höhe des vollen Kaufpreises Wechselakzepte gab, die von letzterem gegen die Abschlagszahlungen jedesmal eingelöst und dann in Höhe des jedesmaligen Restkaufpreises erneuert werden sollten, ließ sich zur Sicherung vor den aus dem Zahlungsmodus leicht entstehenden Gefahren von einem Dritten versprechen, daß der Verkäufer von den Wechseln keinen anderen als den vertragsmäßigen Gebrauch machen werde. Diese Garantieverpflichtung trifft nicht nur die Nichteinlösung der Wechsel, sondern auch die vertragswidrige Begebung der Verlängerungswechsel.) β. **RG.** R. **07** 1065. Der Garantievertrag des § 438 unterliegt nicht den Vorschriften über die Bürgschaft. S. o. zu § 438 Ziff. 2 b. — γ. SchlHolstAnz. **07** 139 (Kiel). Keine Haftung aus dem Gesichtspunkte der Garantie, wenn eine solche für den Erfolg des Rates nicht besonders, weder ausdrücklich noch stillschweigend übernommen ist. S. oben § 611 Ziff. 5 a β.

6. Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme s. oben zu § 414 Ziff. 4.

7. Leistungsort (s. JDR. **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 2). a) *Rieck, Der Leistungsort des Bürgen 9 ff., 28 ff. α. Aus der akzessorischen Natur der Bürgschaft folgt nicht, daß der Bürge an allen Gerichtsständen des Hauptschuldners Recht zu nehmen hat. β. Wenn nicht aus § 767, so folgt jedenfalls aus § 765, daß der Bürge die Verbindlichkeit des Hauptschuldners ihrem ganzen Inhalte nach zu erfüllen hat und nicht etwa bloß für die den Gegenstand der Hauptschuld bildende Leistung haftet. γ. Der Tilgungsort (s. o. bei § 269 Ziff. 2) des Bürgen stimmt regelmäßig mit dem des Hauptschuldners überein. Der Leistungsort des Bürgen befindet sich nach der allgemeinen Regel (s. o. bei § 269 Ziff. 2), wenn die Bürgschaftsschuld keine

Übersendungsschuld (s. o. bei § 269 Ziff. 2) ist, regelmäßig an seinem Tilgungsorte, wenn die Bürgschaftsschuld dagegen eine Übersendungsschuld ist, regelmäßig an seinem Wohnsitz oder seiner gewerblichen Niederlassung. Er ist also vom Leistungsorte des Hauptschuldners im allgemeinen nur abhängig, wenn erstens der Leistungsort des Hauptschuldners mit dessen Tilgungsort übereinstimmt, und sofern nicht zweitens die Bürgschaftsschuld eine Übersendungsschuld ist. b) PucheltsZ. **07** 23, RheinA. **103** I 166ff. (Cöln). Für die Bürgschaft ist der Erfüllungsort der Hauptschuld grundsätzlich nicht maßgebend. Die Auffassung, daß der Bürge am Erfüllungsorte des Hauptschuldners hafte, läßt sich weder aus § 767 herleiten (denn hier ist nur vom Bestande, nicht vom Inhalte der Hauptverbindlichkeit die Rede, s. unten § 767), noch folgt sie aus § 765. Die akzessorische Natur der Bürgschaft hindert nicht, das aus ihr entstandene Schuldverhältnis in Ansehung des Erfüllungsorts selbständig zu beurteilen. Der Bürgschaftszweck erfordert keineswegs, daß der Bürge an den Erfüllungsort des Hauptschuldners gebunden ist. Dies ist nur der Fall, wenn die Leistung nicht anders als am Orte der Hauptschuld erfolgen kann oder wenn sie an einem anderen Orte den Zweck der Bürgschaft nicht erfüllen und dem Gläubiger nicht gewähren würde, was er vom Hauptschuldner zu beanspruchen hat. Abgesehen hiervon, bestimmt sich der Erfüllungsort nach § 269.

8. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. a) Irrtum über die Person (s. JDR. **2** Ziff. 2). R. **07** 510 (Stuttgart). Die Person des Hauptschuldners ist für den Bürgen so wesentlich, daß (mindestens im Zweifel) die Bürgschaft nicht zu Recht besteht, wenn das Schuldverhältnis nur zwischen einem Teile der in der Bürgschaftserklärung bezeichneten Personen und dem Gläubiger begründet wird. Daher kann der Bürge, der für zwei Gesamtschuldner einzustehen erklärt hat, nicht belangt werden, wenn sich einer der Hauptschuldner nicht verbindlich macht. b) Bürgschaft für Kontokurrentforderungen (s. JDR. **2** Ziff. 4 b). **RG.** BadRpr. **07** 150. Zweifellos kann eine Bürgschaft für Forderungen, die in eine Kontokorrentrechnung aufgenommen werden und mit deren Anerkennung in dem Saldo untergehen, gesondert von der Forderung aus dem Saldo eingegangen werden; trotz des Aufgehens der Einzelforderung in dem Saldo bleibt sie wirksam (§ 356 HGB.). Es ist deshalb rechtlich ebensowohl möglich, daß die Bürgen im gegebenen Falle sich für die Kontokorrentschuld als solche haben verbürgen wollen, als daß sie nur für die einzelnen künftigen, aus dem Kreditverhältnisse dem Schuldner zu gewährenden Kapitalien die Bürgschaft übernehmen wollten. c) Bürgschaft durch Wechselgiro. **RG.** JW. **07** 339 Ziff. 22. Wird die Bürgschaft für eine Forderung, über welche der Schuldner einen vom Gläubiger ausgestellten Wechsel akzeptiert hat, in die Form gekleidet, daß der Gläubiger den Wechsel an die Order des Bürgen stellt und dieser den Wechsel mit seinem Blankogiro versieht und dem Gläubiger beläßt, so kann der Bürge der Wechselklage des Gläubigers gegenüber nicht einwenden, daß ihm (dem Bürgen) aus dem Wechsel der Regreß gegen den Gläubiger selbst als Aussteller zustehe. d) Bürgschaft oder Wechselvorvertrag. BadRpr. **07** 74, R. **07** 886 (Karlsruhe). Der Vertrag, inhalts dessen sich jemand verpflichtet, wenn auch nicht für einen Dritten Wechsel zu akzeptieren, so doch die ihm am Ende jedes Lieferungsmonats von dem Gläubiger vorzulegenden, auf den Dritten gezogenen Dreimonatsakzepte über dessen jeweilige Schuldbeträge als Aussteller und Girant zu unterzeichnen, ist zwar wirtschaftlich ein Bürgschaftsvertrag, rechtlich aber nur ein Wechselvorvertrag. Aus ihm kann der Gläubiger von dem Vertragsgegner auf die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Dritten nur unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung klagen. e) Bürgschaft für die zurücktretende Forderung. **RG.** R. **07** 1320. Hat jemand gegenüber einem Hypothekargläubiger, der einer anderen Hypothek den Vorrang einräumte, sich für die zurücktretende

Forderung verbürgt, weil man annahm, daß die Vorrechtseinräumung die Aufgabe einer vorhandenen Sicherheit bedeute, so bleibt die Bürgschaft rechtswirksam, auch wenn sich später ergibt, daß die Hypothek des Gläubigers, selbst wenn sie ihren früheren Rang behalten hätte, ausgefallen wäre, die Vorrechtseinräumung also tatsächlich keine Bedeutung gehabt hat. f) „Verschreibung der Mobilien" keine Bürgschaft. HansGZ. **07** Beibl. 99 ff. (Hamburg). Auf die Worte „verbürgen", „Bürgschaft", Bürgin" ist kein entscheidendes Gewicht zu legen, weil die Urkunde zwischen nicht rechtskundigen Personen errichtet ist und weil die Parteien das, was sie hier unter „verbürgen" verstanden haben, in dem mit dem Worte „indem" eingeleiteten Nebensatze klar zum Ausdrucke gebracht haben. Hiernach haben die Parteien lediglich eine „Verschreibung der Mobilien" für die Schuld des M. C. gegenüber dem Kläger gewollt, und zwar hat nur eine Haftung der speziell aufgeführten Mobilien, nicht eine darüber hinausgehende Haftung mit dem ganzen Vermögen und ferner nur eine dingliche, keine persönliche Sicherheit — sei es durch Pfandbestellung, sei es durch fiduziarische Eigentumsübertragung — bestellt werden sollen. Dies ist der in nicht rechtskundigen Kreisen übliche Sinn des Ausdrucks „Verschreiben". g) Bürgschaft oder Gesamtschuldverhältnis bei Eintritt in den Mietvertrag. KGBl. **07** 125 (KG.). Solange die ursprünglichen Schuldner nicht aus dem Mietvertrag entlassen worden waren, war auch die Verbindlichkeit aus diesem von ihnen geschlossenen Vertrage für sie keine fremde Schuld, sondern ihre eigene; der Gläubiger aus dem Vertrage blieb ihr Gläubiger. Durch den Eintritt eines Dritten in den Vertrag ist zwischen dem Gläubiger einerseits und den ursprünglichen Schuldnern und dem Dritten andererseits ein Gesamtschuld-, kein Bürgschaftsverhältnis entstanden. Daß die Haftung der ursprünglichen Schuldner sich nach den Vorschriften über die Bürgschaft regeln sollte, hätte bei dem Eintritte des Dritten besonders bestimmt werden müssen. Beweispflichtig sind hierfür die ursprünglichen Schuldner. h) Hypothekbestellung ohne Urkundenunterlagen. **RG.** JW. **07** 513. Keine Bürgschaft liegt vor, wenn ohne Bezugnahme auf Urkunden und eine zu sichernde Forderung eine Hypothek bestellt wird. Der Grundstückseigentümer, von dessen persönlicher Haftung nirgends die Rede gewesen ist, hat lediglich eine dingliche Haftung mit dem Grundstück übernommen. i) Einwendungen gegenüber dem Zessionare bei Ausfallsbürgschaft betr. eine Hypothek. R. **07** 1401 (Stuttgart). Übergibt der Käufer eine Hypothek unter Eingehung einer Ausfallbürgschaft zahlungshalber dem Verkäufer und tritt dieser die Hypothek gegen Entgelt einem Dritten ab, der im Zwangsversteigerungsverfahren mit der Hypothek durchfällt, so kann der von dem Zessionar wegen des Ausfalls belangte Schuldner und Bürge nicht mit Erfolg gegen die Klage einwenden, daß der ursprüngliche Gläubiger durch die von dem Zessionar an ihn bezahlte Valuta befriedigt sei. Die Valuta hat der Zessionar nicht zum Zwecke der Tilgung der ursprünglichen Kaufpreisschuld, auch nicht zur Tilgung der der Hypothek zugrunde liegenden persönlichen Schuld bezahlt, sondern vielmehr zum Zwecke der Erwerbung der Hypothek und des mit ihr nach § 401 Abs. 1 verbundenen Nebenrechts. k) OLG. **15** 53. Streitwert einer Klage auf Befreiung von einer Bürgschaftsverpflichtung. l) **RG. 65** 407. Blankogiro in Bürgschaftsabsicht.

§ 766. 1. Erfordernisse (s. JDR. **5** Ziff. 1 u. die dortigen Verweisungen). a) § 133 und § 766 (s. insbes. JDR. **5** Ziff. 1 a, **4** Ziff. 2 a). Bezeichnung des Gläubigers und der Schuld. α. **RG.** SächsRpflA. **07** 55 ff., R. **07** 886. Daß in der Bürgschaftsurkunde unbedingt der Name des Gläubigers angegeben sein müsse, ist in den früheren Urteilen **RG. 57** 258 ff. (vgl. JDR. **3** Ziff. 1 a) und **RG.** JW. **06** 187 ff. (vgl. JDR. **5** Ziff. 1 a ε) nicht gesagt; im Gegenteil ergibt sich aus ihnen, daß unter der Bezeichnung des Gläubigers, die als erforderlich er-

klärt ist, nicht schlechthin dessen namentliche Benennung zu verstehen ist, diese vielmehr unter Umständen auch durch Angaben ersetzt werden kann, nach denen die Person, die Gläubiger des Hauptschuldners sein, und der die Bürgschaft geleistet werden soll, mit Sicherheit festgestellt werden kann. Eine solche Bezeichnung ist insbesondere, wenn es sich um die Bürgschaft für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners handelt, deren künftige Entstehung erwartet wird, in der Weise möglich, daß die Umstände, durch deren Eintritt diese künftige Verbindlichkeit entstehen soll, in zureichender Weise in der Urkunde gekennzeichnet werden, und der Formvorschrift des § 766 ist genügt, wenn dies geschehen und in der Urkunde zum Ausdrucke gebracht ist, daß die darin enthaltene Bürgschaftserklärung gegenüber derjenigen Person abgegeben werde, welche durch den Eintritt jener Umstände Gläubiger des Hauptschuldners werden würde. Diesen Anforderungen entspricht eine Urkunde, in der die Person bezeichnet ist, welche durch Vermittelung des namentlich genannten W. dem Schuldner den von ihm gewünschten Akzeptkredit von 40 000 M. gewähren werde. Den Wortlaut und die näheren Umstände s. oben zu § 765 Ziff. 2 (dieselbe Entscheidung, „Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags"). β. R. **07** 635 (Hamburg). Es ist nicht erforderlich, daß aus der schriftlichen Bürgschaftserklärung ohne weiteres die verbürgte Schuld in ihren, sei es auch nur in allen für sie selbst wesentlichen Einzelheiten ersichtlich ist. Die Hauptschuld muß in der Urkunde nur so bezeichnet sein, daß danach — wenn auch nur unter Heranziehung außerhalb liegender Umstände — festgestellt werden kann, daß sie verbürgt werden sollte. γ. HansGZ. **07** Beibl. 289, R. **07** 1258 Ziff. 3080 (Hamburg). Erfoderlich ist eine Erklärung zur Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger für die Erfüllung einer ausreichend bestimmten Verbindlichkeit des Hauptschuldners; eine Erklärung, die den gesamten Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung enthält und bezeichnet. A l l e diese Bestandteile müssen in der schriftlichen Bürgschaftserklärung enthalten sein. Es genügt nicht, wenn n u r e i n T e i l dieser Bestandteile in Schriftform vorliegt, die anderen aber nur mündlich vereinbart sind. Diese — im bewußten Gegensatze zu der Judikatur anderer Gerichte, besonders des RG. stehende — Auslegung ergibt sich nicht bloß bei Heranziehung des § 765 aus der Fassung des Gesetzes, sondern entspricht auch besser den verständigen Zwecken einer derartigen gesetzlichen Formvorschrift, wie Sicherung des Beweises, Verhütung oder doch Erschwerung leichtsinniger und unbedachter Bürgschaftsübernahme. (So ist nicht für genügend erachtet worden, daß der Bürge folgenden Schein ausstellte: „Ich verbürge mich für meinen Bruder Friedr. Niemann für die Summe von 700 M. Die Summe ist zahlbar am 1. April 1906", daß dieser Schein von seinem Bevollmächtigten dem Gläubiger ausgehändigt wurde und daß man beiderseits einig war, daß die Bürgschaft der einen Forderung gegolten habe, die dem Kläger als Gläubiger gegen den Bruder des Beklagten als Hauptschuldner zugestanden habe.) δ. BadRpr. **07** 165, R. **07** 829 (Karlsruhe). Mangels Bezeichnung des Gläubigers und der Forderung ist nicht für genügend erachtet worden folgende Urkunde: „Für meinen Schwager X. leiste ich Bürgschaft in Höhe von 2500 M. Unterschrift." ε. PucheltsZ. **07** 482, R. **07** 377 Ziff. 745 (Colmar). Die verbürgte Schuld braucht nicht in allen Einzelheiten in der Urkunde individualisiert zu sein. Es genügt, daß sie so deutlich bezeichnet ist, daß der Bürge über ihren Grund und Betrag nicht in Zweifel sein kann. **b)** S. J D R. **5** Z i f f. 1 c u. d. Die in JDR. **5** Ziff. 1 c u. d α zit. Entsch. des RG. s. jetzt auch in **RG. 64** 82, BadRpr. **07** 52 und LeipzZ. **07** 283 Ziff. 19. **c)** B e s o n d e r e s v o n d e r U n t e r s c h r i f t (s. auch JDR. **5** Ziff. 1 e, **3** Ziff. 1 c). α. SeuffA. **62** 92, BayerZ. **07** 179 (Bamberg). Gibt in einer Urkunde jemand in doppelter Eigenschaft Willenserklärungen ab, indem er z. B. als Vertreter einer Gesellschaft diese als Darlehnsempfängerin verpflichtet und gleichzeitig als Bürge sich für Rückzahlung des Darlehens persönlich verbindlich macht, so genügt seine

einmalige Namensunterschrift. β. BadRpr. **07** 264, R. **07** 1258 Ziff. 3079 (Karlsruhe). Die bloße Mitunterzeichnung des Kaufvertrags durch die Ehefrau, ohne daß die Vertragsurkunde oder die Unterschrift oder sonst ein Zusatz erkennen läßt, daß sie als Bürgin anzusehen ist, ist keine schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung. Über die Inanspruchnahme der Ehefrau aus kumulativer Schuldübernahme vgl. oben zu § 414 Ziff. 4 a β. **d)** Besonderes von den Nebenabreden (s. JDR. **5** Ziff. 1 b, **4** Ziff. 2 c u. **3** Ziff. 1 d). α. **RG. 65** 46 ff. (48), R. **07** 1134. Einer schriftlichen Bürgschaft kann nicht außerhalb der Urkunde noch eine Bedingung hinzugefügt werden. Eine Bürgschaft ist entweder bedingt oder unbedingt. Nach **RG.** JW. **03** Beil. 108 ist sogar für Zeitbestimmungen bei der Bürgschaft die Schriftform für erforderlich erklärt worden. Damit ist freilich nicht die Wirksamkeit eines formlosen Nebenvertrags ausgeschlossen, durch den etwa bestimmt würde, daß der Gläubiger Ansprüche aus der Bürgschaft nur unter einer gewissen Bedingung geltend machen solle. Dann muß aber feststehen, daß nach speziellem Willen der Kontrahenten neben der in sich abgeschlossenen Vertragsurkunde noch jene Abrede gelten solle. Hierfür müssen besondere Umstände vorliegen (vgl. **RG. 52** 25 ff.). β. LeipzZ. **07** 687 Ziff. 6[3] (LG. Braunschweig). Beim Bürgschaftsvertrage sind auch Nebenabreden schriftlich zu fixieren, mündlich sind sie nichtig.

2. Bürgschaftsurkunde als Vertragsinstrument, Gegenbeweis (s. JDR. **4** Ziff. 2 d). BayRpflZ. **07** 178 (Bamberg). Der Beweis, daß der Inhalt der Urkunde dem Willen des Ausstellers nicht entspreche, ist gemäß § 416 ZPO. unzulässig. Mündliche Nebenabreden sind für den Fall, daß die Schriftform gesetzlich vorgeschrieben ist, ungültig und der Beweis hierüber ebenfalls unzulässig. Nur bei einer Handelsbürgschaft sind Nebenabreden gültig, und der Beweis hierüber ist zulässig, aber nur dann, wenn glaubhaft dargelegt werden kann, daß die Abreden neben dem schriftlichen Vertrage gelten sollten, obwohl sie in die Urkunde nicht aufgenommen wurden.

3. Die Annahme. Die in JDR. **5** zu § 766 Ziff. 4 zit. Entsch. des **RG.** s. jetzt auch R. **07** 58.

4. **RG.** R. **07** 636. Ein nur die Verbürgung in Wechselform bezielendes Wechselversprechen bedarf nicht der Form des § 766.

§ 767. PucheltsZ. **07** 23, RheinA. **103** I 166 ff. (Cöln). „Bestand" der Hauptverbindlichkeit bedeutet nur deren rechtliche Existenz (§ 437) und gegenständlichen Umfang, nicht aber (wie Staub, HGB. Exkurs zu § 372 Anm. 9 u. Örtmann § 767 Note 2 a annehmen) auch ihren Inhalt. § 767 hat lediglich den Tatbestand eines Wechsels im Bestande der Hauptschuld im Auge. Daher läßt sich aus § 767 die Folgerung, daß der ursprüngliche Inhalt des Schuldverhältnisses in allen rechtlichen Beziehungen für die Bürgschaftsschuld maßgebend sei, nicht rechtfertigen; hinsichtlich des Erfüllungsorts s. oben § 765 Ziff. 7 b.

§ 768. Wandelungs- und Minderungseinrede. **a)** **RG. 66** 332 ff., JW. **07** 708 Ziff. 13, R. **07** 1463, DJZ. **07** 1377. Die Wandelungseinrede steht dem Bürgen nicht zu, wohl aber die Minderungseinrede. Die Versagung der Wandelungseinrede folgt aus der Bestimmung des § 770 Abs. 1, wonach das Gesetz die Anfechtungseinrede dem Bürgen nicht als eine den Anspruch des Verkäufers dauernd ausschließende, sondern, da er im Falle nachträglicher Anfechtung das Geleistete kondizieren würde, nur als eine aufschiebende Einrede höchstens so lange gewährt, als sie noch dem Hauptschuldner zusteht. Das gleiche muß für die Wandelungseinrede gelten, nicht aber — trotz der Mot. (II 663) — für die Minderungseinrede, da ihre Versagung nirgends, auch nicht stillschweigend und mittelbar, im Gesetze selbst Ausdruck gefunden hat und da der Grundsatz des § 768, des § 425, der mehrere Gesamtschuldner in der Regel gesondert behandelt, und namentlich auch des § 474, wonach bei Beteiligung mehrerer jeder die Minderung verlangen kann, dem geradezu

entgegensteht. **b)** R. **07** 1067 (Hamburg). Wenn der Käufer statt Wandelung Minderung gewählt hat, kann der Bürge der Kaufpreisforderung nicht die Wandelungseinrede geltend machen, sondern muß die vollzogene Minderung gegen sich gelten lassen, aber nur dem Grunde, nicht der Höhe nach. Einen Vergleich des Käufers mit dem Verkäufer über die Höhe der Minderung braucht er nicht anzuerkennen, soweit der Betrag hinter dem gesetzlichen Minderungsbetrage zurückbleibt. Denn insoweit enthält der Vergleich einen Verzicht (Abs. 2).

§ 771. **RG.** R. **07** 1401. Ohne besondere Vereinbarung ist der Gläubiger dem Bürgen zu einer besonderen Diligenz zur Einziehung der Schuld alsbald nach Eintritt ihrer Fälligkeit nicht verpflichtet. Auch die Einrede der Vorausklage hat mit einer solchen Diligenzpflicht nichts zu tun.

§ 772. Hallbauer, SächsRpflA. **07** 457 ff. Wenn bei der Sicherheitsübereignung die gedeckte Forderung durch Bürgschaft gesichert ist, fragt es sich, ob § 772 Abs. 2 entsprechend auf die Sicherheitsübereignung anzuwenden ist. Dies erübrigt sich, weil der Bürge schon durch § 768 Abs. 1 Satz 1 geschützt ist. Sogar der Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hatte, kann nur unter Darlegung des Verwertungsergebnisses belangt werden.

§ 773. 1. Ziff. 1. **a)** Stillschweigender Verzicht. OLG. **14** 32, R. **07** 510 (Karlsruhe). Der Verzicht kann auch stillschweigend, d. h. durch schlüssige Handlungen rechtsgültig erklärt werden. Ein solcher liegt vor, wenn der Bürge, ohne je eine Vorausklage zu verlangen, auf Anfordern jeweils die Jahreszinsen und auf Androhen der Klage allmählich auch auf das Kapital abgezahlt hat. **b)** Ehefrau und Wohnungsmiete. Francke, SeuffBl. **07** 982. Wenn die Frau den Vertrag über die Miete der gemeinschaftlichen Wohnung wirklich mit abschließt und nicht etwa nur die Urkunde des auf den Namen des Mannes gestellten Mietvertrags mit unterschreibt, so kann sie regelmäßig nicht als Hauptschuldnerin, sondern nur als Bürgin angesehen werden nach § 773 Abs. 1, während sie im Falle bloßer Unterschrift einfach Bürgin des § 771 ist. **c)** OLG. **14** 32 (Karlsruhe). Die Ausdrücke „Garantiere für richtigen Eingang" und „Gut für 1000 Mark" enthalten keine Verbürgung als Selbstschuldner, sie können auch im Sinne einfacher Bürgschaftsübernahme verstanden werden. **d)** Ziff. 1. *Rieck 34 f. Für den Leistungsort des selbstschuldnerischen Bürgen gelten die allgemeinen Grundsätze. S. oben zu § 765 Ziff. 7 a.

2. Abs. 2. PucheltsZ. **07** 484, R. **07** 377 (Colmar). Auf Handelsbürgschaften findet Abs. 2 des § 773 keine Anwendung.

§ 774. 1. Befriedigung. R. **07** 128 (Naumburg) s. bereits JDR. **5** Ziff. 1.

2. Abs. 1 Satz 2 (s. auch JDR. **3** Ziff. 3, **2** Ziff. 2). SächsRpflA. **07** 389 (Dresden). Die Bestimmung des Abs. 1 Satz 2, auf die § 1225 verweist, hat besonders für solche Fälle Bedeutung, in denen nur ein Teil der Forderung auf den Bürgen übergegangen ist, also vor allem dann, wenn für die Forderung ein Pfandrecht besteht. In einem solchen Falle würde es auf einen Nachteil des Gläubigers hinauslaufen, wenn der Bürge den Übergang der Forderung auf sich beanspruchen wollte, obwohl dem Gläubiger das Recht zusteht, den vollen Betrag seiner Forderung nach der Höhe geltend zu machen, in der er diese zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Schuldners beanspruchen konnte. Dieser Einwand ist keine exceptio de jure tertii des Gläubigers. Vielmehr ist es ein eigenes Recht des Schuldners, wenn er beansprucht, daß der Bürge ihm gegenüber keine Forderung geltend macht, zu deren Übergange von dem Gläubiger auf ihn es an einer gesetzlichen Voraussetzung gebricht.

3. Einlösung durch Wechselbürgen. **a)** **RG.** SeuffA. **62** 143, BankA. **6** 207. Der Bürge für den Aussteller eines Wechsels erlangt durch Einlösung des-

selben auch die Rechte des Remittenten gegen den Akzeptanten, muß sich indessen die Einwendungen des letzteren gegen den Aussteller entgegensetzen lassen. b) Übergang der Wechselrechte schlechthin, also auch gegen den Aussteller, auf den befriedigenden Bürgen durch vorbehaltlose Aushändigung des Wechsels. Vgl. oben zu § 398 Ziff. 10a.

4. Jaeger, Wechselbürgschaft zugunsten einer bevorrechteten Konkursforderung, LeipzZ. **07** 48 ff.

5. Befriedigung bei der Sicherheitsübereignung. Hallbauer (s. o. zu § 772) aaO. 458. Befriedigt der Bürge den Gläubiger-Eigener bei der Sicherheitsübereignung, so ist § 774 mutatis mutandis anzuwenden. — Hatte der Gläubiger die Sachen bereits zum Zwecke der Verwertung im Besitze, so kann der zahlende Bürge vom Gläubiger die Übereignung der Sachen beanspruchen und die Verwertungsbefugnis ausüben. § 774 Abs. 1 ist analog anzuwenden.

6. Aus der Rechtsprechung. **RG.** SächsRpflA. **07** 57 ff., R. **07** 886 Ziff. 2018 (betrifft offenbar einen gemeinrechtlichen Fall). Ist das Recht, das der Gläubiger dem befriedigenden Bürgen abzutreten verpflichtet ist, aus einem vom Gläubiger zu vertretenden Grunde vorher untergegangen, so verwandelt sich nicht in jedem Falle das dem Bürgen auf Grund des beneficium cedendarum actionum zustehende Zurückbehaltungsrecht in das Recht, die Zahlung der Bürgschaftsschuld endgültig zu verweigern, ohne daß es auf den Wert des abzutretenden Rechtes ankäme. Der Bürge hat vielmehr alsdann nur das Recht, vom Gläubiger Ersatz für die Nichterfüllung der Vertragspflicht zu fordern und ihm den Wert des nicht abgetretenen Rechtes in Abzug zu bringen.

§ 776. 1. Sorgfaltspflicht des Gläubigers. a) **RG. 65** 134 ff., R. **07** 885/886 Ziff. 2015. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, dem Bürgen von einem gegen den Hauptschuldner eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren Nachricht zu geben. α) Im bewußten Gegensatze zu anderen Gesetzgebungen und zu der herrschenden gemeinrechtlichen Lehre hat das BGB. eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen grundsätzlich nicht angenommen. § 776 ist Ausnahmebestimmung. β) Auch § 242 greift nicht Platz, da durch den Bürgschaftsvertrag an sich für den Gläubiger nur Rechte, keine Verpflichtungen begründet werden, und es sich also insofern nicht um eine „Leistung" des Gläubigers an den Bürgen handelt, die nach Treu und Glauben zu erfüllen wäre. γ) Die direkte Anwendung des § 1166 ist nach dessen Wortlaut ausgeschlossen. Auch seine Anwendung im Wege der Gesetzesanalogie ist nicht angängig. δ) Nur aus den besonderen im gegebenen Falle zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen läßt sich die Benachrichtigungspflicht begründen. Hier kommen der Inhalt der Verträge und vor allem die zwischen den Parteien bestehende Geschäftsübung in Betracht. Nun kann sich zwar bei einer Geschäftsverbindung ein Vertrauensverhältnis ausgebildet haben, in dem die Wahrung von Treu und Glauben in erhöhtem Maße und in weiterem Umfang, als im Verkehre zwischen einander fremd gegenüberstehenden Personen, zur notwendigen Übung wird, und es kann solchenfalls eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen auch für Handlungen (wie z. B. Auskunftserteilung) begründet sein, die nicht unmittelbar in Erfüllung der eigentlichen Vertragspflicht, aber im Zusammenhange der Geschäftsverbindung erfolgen. Hier aber handelt es sich nicht um Vernachlässigung der erforderlichen Sorgfalt bei einer für den Geschäftsfreund vorgenommenen Handlung, sondern um die Unterlassung eines in früheren Fällen, wenn auch oft und regelmäßig, so doch lediglich aus Gefälligkeit geübten Aktes. Hieraus kann nie eine Rechtspflicht entstehen. Da nur ein versehentliches, kein geflissentliches Unterlassen vorliegt, kann auch von Handeln gegen Treu und Glauben oder gar von § 826 keine Rede sein. b) **RG. 65** 397, SchlHolstAnz. **07** 253, JW. **07** 237, DJZ. **07** 713. Eine besondere Diligenz-

pflicht und Haftung für bloße culpa in exigendo besteht auf seiten des Gläubigers nicht. c) **RG.** SächsRpflA. **07** 57 ff. (betrifft offenbar einen gemeinrechtlichen Fall). Der Gläubiger ist zwar dem Bürgen der Kaufpreisforderung zur sorglichen Bewahrung seines Eigentumsrechts, das er sich hinsichtlich der gelieferten Sachen vorbehalten hat, verpflichtet. In dem besonderen Falle aber, daß nach Verbindung der Sachen mit dem fremden Grundstück und nach dessen Belastung mit Hypotheken der Umfang und der wirtschaftliche Wert des abstrakt vielleicht teilweise noch bestehenden Eigentumsrechts ganz unsicher geworden war, kann darin, daß der Gläubiger unterlassen hat, sein Eigentum im Konkurse geltend zu machen, eine Verletzung der Sorgfaltspflicht nicht gefunden werden. d) PucheltsZ. **07** 484, R. **07** 377 Ziff. 745 (Colmar). Abgesehen von dem Falle des § 777, verliert der Gläubiger nicht dadurch sein Recht gegen den Bürgen, daß er nicht unverzüglich die Forderung gegen den Hauptschuldner beitreibt; nur darf seine etwaige Verzögerung in der Art der Beitreibung nicht wider Treu und Glauben verstoßen. e) HansGZ. **07** Beibl. 292 (Hamburg). Da dem Gläubiger im allgemeinen keine Sorgfaltspflicht dem Bürgen gegenüber obliegt, ist er nicht verpflichtet, den Bürgen vom bevorstehenden Verkaufe des bestellten Pfandes zu benachrichtigen. f) Hallbauer (s. oben zu § 772, § 774 Ziff. 5). Gibt der Gläubiger seine aus der Sicherheitsübereignung fließenden Befugnisse ohne Not auf, so ist zugunsten des Bürgen § 776 analog anzuwenden. g) Diligenzpflicht des Gläubigers vgl. auch oben zu § 771 (**RG.** R. **07** 1401).

2. Insbesondere Beweispflicht des Bürgen. a) **RG.** R. **07** 698. Es ist Sache des Bürgen, die Kontrollmaßregeln zu bezeichnen, die der Gläubiger bei Aufbewahrung des für die Forderung bestellten Pfandes hätte treffen sollen — zumal, wenn der Bürge sich mit der Art der Aufbewahrung einverstanden erklärt hatte —, damit das Gericht in die Lage versetzt wird, zu prüfen, ob diese Maßregeln dem Gläubiger anzusinnen waren und ob ihre Unterlassung mit dem Abhandenkommen des Pfandes im ursächlichem Zusammenhange gestanden hat. b) BadRpr. **07** 234 (Karlsruhe). Der Gläubiger der durch Eigentumsvorbehalt gesicherten Kaufpreisforderung hat, soweit es üblich und geboten ist, daß ein sorgfältiger Geschäftsmann Vorsichtsmaßregeln treffe, damit das vorbehaltene Eigentumsrecht an einer von ihm gelieferten Maschine durch deren Aufstellung im Betriebe des Schuldners nicht untergehe, diese Verpflichtung regelmäßig auch gegenüber dem Bürgen (s. JDR. **4** Ziff. 1 b, **5** Ziff. 1 a). Es ist aber Sache des Bürgen, nachzuweisen, daß und wie eine bestimmungsgemäße Verwendung der Maschine im Betriebe des Schuldners überhaupt möglich gewesen wäre, ohne daß die — ohne weiteres Zutun des Gläubigers eingetretene — Folge seines Eigentumsverlustes dadurch herbeigeführt worden wäre, und daß der Gläubiger, welcher mit der Aufstellung der Maschine selbst nicht das Geringste zu tun hatte, bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt es in der Hand gehabt hätte, den ja auch ihm nachteiligen Eintritt des Eigentumsverlustes ohne eine, ihm nicht anzusinnende besondrere Tätigkeit abzuwenden. Dagegen wäre der am gleichen Orte wie der Schuldner ansässige und mit dessen Betriebseinrichtungen wohl vertraute Bürge viel eher in der Lage gewesen, das zu fraglichem Zwecke Sachdienliche selbst vorzukehren. S. a. u. Ziff. 3 b.

3. Begriff des Aufgebens (s. JDR. **5** Ziff. 3). a) **RG. 65** 397, JW. **07** 237, SchlHolstAnz. **07** 253, DJZ. **07** 713, R. **07** 1199. Unter der Aufgabe von Rechten sind nur positive Handlungen (Willenserklärungen) verstanden, die eine solche Aufgabe zur Folge haben. Bloß passives Verhalten, insbesondere der Umstand, daß der Gläubiger auf die Aufforderung des Bürgen, seine Ansprüche geltend zu machen, sich nicht gerührt hat, genügt nicht. b) BadRpr. **07** 234 (Karlsruhe). Dadurch, daß der Gläubiger die Kreissäge dem Hauptschuldner ablieferte und sie

damit in dessen Verfügungsmacht brachte, ohne dabei auf seinen Eigentumsvorbehalt zu verzichten, hat er jedenfalls nur seiner gesetzlichen Vertragspflicht genügt, keineswegs aber ein mit der Kaufpreisforderung verbundenes Sicherungsrecht aufgegeben. Wenn nun durch die Art der Aufstellung der Kreissäge im Betriebe des Hauptschuldners das bis dahin dem Gläubiger verbliebene Eigentumsrecht erloschen ist, so geschah dies eben nicht infolge einer Tätigkeit des Gläubigers, vielmehr lediglich kraft Gesetzes (vgl. §§ 946, 93, 94) zufolge einer von dem Schuldner über die Maschine getroffenen Verfügung tatsächlicher Art, welche diesem nach der Zweckbestimmung der gekauften Säge nicht wohl verwehrt werden konnte. S. a. o. Ziff. 2 b. c) HansGZ. **07** Beibl. 292 (Hamburg). Nicht um ein „Aufgeben" der Realsicherheit handelt es sich, wenn der Gläubiger das als Sicherheit gegebene Inventar zu einem angemessenen Preise verkauft. Seine Befriedigung aber aus einem ihm nicht zur Sicherheit gegebenen Vermögenswerte des Schuldners (wie aus dem allerdings einen realisierbaren Vermögenswert darstellenden Geschäft) zu suchen, ist der Gläubiger nicht verpflichtet.

4. Verhältnis zu Art. 2037 C. c. (s. JDR. **3** Ziff. 2, **4** Ziff. 2). **a) RG.** ElsLothJZ. **07** 41. Als maßgebender Zeitpunkt für die Entstehung des Rechtes des Bürgen aus Art. 2037 C. c. (entspricht dem § 776 BGB.) ist der Augenblick anzusehen, in welchem der Gläubiger auf die im Art. 2037 C. c. bezeichnete Sicherheit verzichtet. Nach diesem Zeitpunkt ist insbesondere die Frage zu beurteilen, ob die Sicherheit überhaupt einen Wert hatte. Das entstandene Einrederecht des Bürgen wird nicht dadurch wieder aufgehoben, daß die aufgegebene Sicherheit nachträglich ihren Wert verliert. **b) RG.** ElsLothJZ. **07** 41. Die Vorschrift des dem § 776 BGB. entsprechenden Art. 2037 C. c. bezieht sich auch auf solche Fälle, in denen im Bürgschaftsvertrage selbst eine vom Hauptschuldner zu bestellende, aber erst später bestellte Sicherheit ausdrücklich erwähnt ist.

§ 777. PucheltsZ. **07** 484 (Colmar). Aus der Ausnahme im § 777, der dem Gläubiger einer auf bestimmte Zeit verbürgten Forderung die Verpflichtung ihrer unverzüglichen Einziehung bei Vermeidung der Befreiung des Bürgen auferlegt, folgt von selbst, daß in sonstigen Fällen der Gläubiger eine solche Unverzüglichkeit dem Bürgen nicht zu leisten braucht. Nur darf seine etwaige Verzögerung in der Art der Beitreibung nicht wider Treu und Glauben verstoßen, vgl. o. zu § 776 Ziff. 1 d.

§ 778. 1. BadRpr. **07** 287 (Karlsruhe). Es muß ein wirklicher im wesentlichen nach den Vorschriften der §§ 662 ff. sich richtender Auftragungsvertrag vorliegen, so daß der Auftraggeber gegenüber dem Beauftragten einen klagbaren Anspruch auf den Vollzug des mit dem Dritten vorzunehmenden Kreditgeschäfts erlangt, während er selbst nur vorbehaltlich seines vorher zu erklärenden Widerrufs gebunden ist. Über Unterschied von der hiermit verwandten Verbürgung für künftige Schuld s. oben zu § 765 Ziff. 4.

2. SchlHolstAnz. **07** 343 (Kiel). Der Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, dem anderen einen Kredit durch Ausstellung eines Kreditbriefs zu verschaffen, enthält keine Verpflichtung zur Bürgschaftsübernahme; denn der Kreditbrief ist eine Unterart der Anweisung zur Zahlung. Ein derartiger Vertrag bedarf nicht der Schriftform.

3. Kreditbrief. Die in JDR. **5** zu § 778 Ziff. 2 zit. Entsch. des **RG.** s. jetzt auch in **RG. 64** 108 ff. Vgl. a. JDR. **5** zu § 783 Ziff. 2.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

Vorbemerkung: Das Reichsgericht (4. Senat) hat jetzt grundlegend entschieden, daß der den Prozeßvergleich anfechtende Vertragsteil in demselben anhängigen Prozeßverfahren die Entscheidung herbeiführen kann. Dieser Ansicht ist der 5. Senat beigetreten.

Dies ist zu begrüßen. Was aber keine Billigung verdient, ist die Begründung des letztgedachten Urteils, weshalb trotz dem JDR. 5 Ziff. 6 a sich findenden Erkenntnisse keine Plenarentscheidung erforderlich sein soll. Jeder unbefangene Jurist, der nur das Gesetz zugrunde legt, wird bei der Lektüre der drei Urteile die Empfindung haben, daß eine Entscheidung des Plenums hätte herbeigeführt werden müssen, jedenfalls aber, daß sie im höchsten Grade wünschenswert gewesen wäre. Solange nun einmal das GVG. besteht, ist es notwendig, es im Interesse der Rechtseinheit auszulegen. Wie die abweichende Entscheidung des OLG. Dresden zeigt, schwankt noch die Rechtsprechung der unteren Gerichte (s. Ziff. 4 a ε). Im übrigen ist der Stoff nicht sehr belangreich, wenn auch im einzelnen praktisch erheblich. An Literatur fehlt es diesmal ganz.

§ 779. 1. Begriffliches (s. JDR. **5** Ziff. 2). a) **RG.** R. **07** 1401. Ist die privatrechtliche Willenseinigung, die im Vergleiche gegeben ist, ohne Betrug zustande gekommen, so darf der eine Teil die im Vergleich übernommene Verpflichtung nicht von neuem mit einem Einwande bestreiten, auf dessen Geltendmachung er durch den Vergleichsabschluß verzichtet hat. b) Nachgeben (s. JDR. **5** Ziff. 2 c und die dortigen Verweisungen). α. **RG.** R. **07** 1463. An der Voraussetzung des wechselseitigen Nachgebens fehlt es, wenn ein Grenzstreit dadurch seine Erledigung findet, daß der eine Teil schlechthin diejenige Grenzlinie akzeptiert, die der andere von Anfang an für sich in Anspruch genommen hat. In solchem Falle liegt nur ein vertragsmäßiges Anerkenntnis vor. β. SeuffA. **62** 449 Ziff. 253 (Bamberg). Kein Vergleich liegt vor, wenn nur von dem einen und nicht auch von dem anderen Teile ein Zugeständnis gemacht wird, z. B. wenn zwar der Beklagte zum Schadensausgleich eine größere Geldsumme anbietet, Kläger aber den Ersatz seines ganzen Schadens verlangt und selbst gar keine Gegenleistung macht. γ. SeuffA. **62** 471 Ziff. 265 (München). Kein Vergleich liegt vor, wenn der Beklagte im Prozeß erklärt, der Kläger solle als forderungsberechtigt gelten und nur der Betrag der Forderung streitig bleiben. Denn es fehlt an dem „gegenseitigen Nachgeben".

2. Verhältnis zu Formvorschriften (s. JDR. **5** Ziff. 4, **4** Ziff. 3 e). a) **RG.** R. **07** 447. Wird zum Zwecke eines Vergleichs ein Vertrag geschlossen, für den das Gesetz eine Form vorgeschrieben hat, so entbindet der Zweck, Streit oder Ungewißheit zu beseitigen, nicht von der Einhaltung der Form. b) BraunschwZ. **07** 47/48 (Braunschweig). Ein Vergleich, der unter anderem die Bestimmung enthält, daß der — mündlich beredete — Hauskauf aufgegeben sein solle, ist weder formbedürftig, noch etwa nichtig, weil der Kaufvertrag nichtig sein würde (§ 313). Die Entscheidung **RG. 37** 416 kommt nicht in Betracht, weil der vorliegende Vergleich nicht von der Voraussetzung ausgeht, daß der Kaufvertrag gilt, sondern vom Gegenteile. c) Verhältnis zu Formvorschriften R. **07** 128 Ziff. 173 (Braunschweig) s. bereits JDR. **5** Ziff. 4 b.

3. Wirkung inter partes R. **07** 128 Ziff. 172 (KG.) s. bereits JDR. **5** Ziff. 5.

4. Wirkung auf den Prozeß (s. JDR. **5** Ziff. 6). a) Der Prozeßvergleich. α. Die im JDR. **5** zu § 779 Ziff. 6 zit. Entsch. des **RG.** s. jetzt auch in GruchotsBeitr. **50** 428. β. **RG.** IV 3. 7. 05, GruchotsBeitr. **50** 425. Jedenfalls kommt, auch wenn man in dem Vergleich eine Prozeßhandlung zu erblicken hätte (anders **RG. 19** 362), die Wirkung einer endgültigen Beendigung eines schwebenden Rechtsstreits nur einem in formeller und materieller Beziehung gültigen Vergleiche zu. Der den Vergleich Anfechtende ist daher berechtigt, in dem Verfahren desselben Rechtsstreits eine Entscheidung des Gerichts darüber herbeizuführen, ob der Vergleich den Rechtsstreit beendet hat oder nicht. γ. **RG.** V 3. 4. 07, **65** 422 tritt dieser Ansicht auf Grund der Erwägung bei, daß nur einem formell und materiell gültigen Prozeßvergleiche die Fähigkeit zukommen kann, einen anhängigen Rechts-

streit endgültig zu erledigen. (Eine Plenarentscheidung war nicht erforderlich, weil die Urteile des **RG.** JW. **95** 359 Ziff. 4 und **RG.** **39** 392 die Frage nicht entscheiden und die in JDR. **5** zu § 779 Ziff. 6 zit. Entsch. des **RG.** (s. auch oben zu α) nur ausspricht, eine Fortsetzung des Rechtsstreits sei jedenfalls dann unstatthaft, wenn auf Grund illiquider Behauptungen über die Ungültigkeit erst ein weiteres, nach seiner Ausdehnung ungewisses Verfahren zu erfolgen habe, während es den anderen Fall, daß die Nichtigkeit des Vergleichs von Anfang an feststehe, ausdrücklich auch unentschieden gelassen hat. Im vorliegenden Falle handelt es sich nur um die Entscheidung einer reinen Gesetzesauslegungsfrage.) δ. OLG. **15** 116 β (Hamburg). Erachtet eine Partei einen im Prozeß abgeschlossenen Vergleich für hinfällig, so kann sie zur Fortsetzung des Verfahrens laden, und das Gericht hat durch Urteil zu entscheiden, ob es die Klage durch den Rechtsstreit für erledigt erachtet oder nicht, im letzteren Falle über den Klagantrag erkennend (nicht aber mit dem Tenor: „Der Vergleich wird für aufgehoben erklärt"). ε. OLG. **15** 116 γ (Dresden). Daß der zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossene Prozeßvergleich wegen Irrtums und Betrugs anfechtbar und angefochten sei, kann nicht im Wege der Fortsetzung des in der Instanz zur Erledigung gebrachten Rechtsstreits geltend gemacht werden. **b)** Der außergerichtliche Vergleich. SchlHolstAnz. **07** 123/124 (Kiel). Ein nach Erlaß des Urteils geschlossener Vergleich über Hauptforderung und Kosten beseitigt das Urteil (und im vorliegenden Falle um so mehr, als der Kläger mit der Vollziehung des Vergleichs wegen der Hauptforderung einverstanden gewesen ist). Der Kläger kann daher jetzt wegen der Kosten nicht einseitig auf das Urteil zurückgreifen, sondern muß gegen den Beklagten im Wege des Mahnverfahrens oder der Klage vorgehen. **c)** Wirkung auf den Vorprozeß bei Anfechtung im Nachprozesse. SeuffA. **62** 482 Ziff. 271 (Dresden). Wird der einen Prozeß beendende Vergleich angefochten und ist in dem darauf erhobenen (neuen) Anfechtungsprozesse das Nichtbestehen des Vergleichs festgestellt, so befindet sich der Vorprozeß nunmehr wieder in dem Zustand, in dem er unmittelbar vor Abschluß des Vergleichs war. Der Vergleich, dessen Wirkungslosigkeit als ein Vertrag des bürgerlichen Rechtes feststeht, kann auch seine prozessuale Wirkung nicht mehr behalten. Der Vorprozeß ist also noch rechtshängig, und in ihm sind die alten Ansprüche wieder geltend zu machen. (Das **RG.** [JDR. **5** zu § 779 Ziff. 6 a] hat die Frage betr. die Fortsetzung des Vorprozesses offen gelassen.)

5. Einzelfälle aus der Rechtsprechung (s. JDR. **5** Ziff. 8, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 7). **a)** Vergleich über patentrechtlichen Bußanspruch. WürttJ. **18** 208/9, GewRschutz **07** 303 (Stuttgart). Ein Vergleich über den patentrechtlichen Bußanspruch bindet den Strafrichter nicht unbedingt, sondern er ist daraufhin zu prüfen, ob er rechtsverbindlich, oder vielleicht anfechtbar ist oder nach Zweck oder Inhalt gegen die guten Sitten verstößt und ob er den behaupteten Sinn und Inhalt oder welche Bedeutung er nach dem Willen der Parteien habe. **b)** Außergerichtliche Regelung von Schulden. R. **07** 1320 (Breslau). Bei der außergerichtlichen Regelung von Schulden durch einen Beauftragten der Gläubiger, einen sog. Liquidator, ermächtigt jeder Gläubiger durch die Zustimmung zu dem Regelungsabkommen diesen zur Befriedigung der außerhalb des Abkommens bleibenden Gläubiger. Die etwaige Bevorzugung in deren Befriedigung befugt nicht, von der Zustimmung zum Vergleich abzugehen. Mißgriffe des Beauftragten berechtigen lediglich zum Vorgehen aus der Auftragsüberschreitung gegen ihn.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis.

Vorbemerkung: Die sonst so reichliche Behandlung dieses Gebiets durch die Literatur hat im Berichtsjahr eine Unterbrechung erfahren. Nur spärlich sind die lite-

rarischen Beiträge geflossen (§§ 780 Ziff. 5, 781 Ziff. 1, 2). Dafür hat die Rechtsprechung sehr eingehend die Kernfrage des Instituts — das Verhältnis zum Grundgeschäfte (Ziff. 1 zu § 780) — erörtert. Ein interessantes Zurückbehaltungsrecht aus diesem Grundgeschäfte gibt das OLG. Karlsruhe (Ziff. 1 a), ganz auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalls stellt das OLG. Bamberg ab (Ziff. 1 c). Das übrige recht reichhaltige Material an Entscheidungen ist wie immer von großer Bedeutsamkeit für die tägliche Anwendung in der Praxis, die gleich oder ähnlich liegende Fälle fortwährend zur Erörterung stellt.

§ 780. 1. Verhältnis zum Grundgeschäfte (s. JDR. **5** zu §§ 780 ff., **4** zu §§ 780 ff., **3** zu §§ 780 ff.). a) BadRpr. **07** 235 (Karlsruhe). Nach dem Wesen und Zwecke des Schuldanerkenntnisses und Schuldversprechens darf der Schuldner aus dem ursprünglichen Verpflichtungsgrund Einwendungen gegen den Anspruch nicht herleiten, wohl aber ist ihm das Recht verblieben, wegen eines dem Verpflichtungsgrund anhaftenden Mangels die Erfüllung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu verweigern bzw. den Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit zu erheben (§ 812 Abs. 2). Er kann z. B. geltend machen, daß der Gläubiger durch die Annahme des Anerkenntnisses oder Versprechens gegen das Wucherverbot verstoßen habe. **b)** SeuffA. **62** 449 Ziff. 253 (Bamberg). Ist das zugrunde liegende Kausalgeschäft, auf das der Schuldner jederzeit zurückgreifen kann, nicht zustande gekommen, so fehlt dem abstrakten Verpflichtungsakte der rechtfertigende Grund, und er ist nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung anfechtbar (§ 812 Abs. 2). **c)** SeuffA. **62** 448 Ziff. 253 (Bamberg). Das Verschweigen des Bestimmungsgrundes in dem Schuldversprechen kann als bedeutender, aber nicht als absolut sicherer Anhaltspunkt für die Absicht der Parteien gelten, eine formell selbständige Verpflichtung zu begründen. Die besonderen Umstände des Falles müssen ergeben, ob ein wirtschaftliches Bedürfnis für die Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens vorhanden war. Da der Zweck eines solchen Rechtsgeschäfts in der Ermöglichung einer sicheren und schnellen Rechtsverfolgung besteht, so muß sein Inhalt nach Zeit, Ort und Leistungsgegenstand genau festgelegt sein; ist ein Schuldversprechen noch von verschiedenen Voraussetzungen, welche etwa ein umständliches Beweisverfahren nötig machen können, abhängig gemacht, so spricht die Wahrscheinlichkeit mehr für ein kausales Geschäft.

2. Verhältnis zu § 607 Abs. 2. ➠ JDR. **5** Ziff. 2 steht „Abs. 1", dies ist ein Druckfehler. — Red. ⟵ a) Die im JDR. **5** zu § 780 Ziff. 1 zit. Entsch. des **RG.** s. jetzt auch SächsRpflA. **07** 58 ff. Ziff. 6. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 941, R. **07** 827 Ziff. 1811. Durch die Schuldumwandlung gemäß § 607 Abs. 2 wird eine abstrakte Schuldverbindlichkeit keinesfalls von selbst und mit rechtlicher Notwendigkeit begründet.

3. Kumulative Schuldübernahme als abstraktes Schuldversprechen. OLG. **14** 21, HansGZ. **07** Beibl.15 (Hamburg). Die „Selbständigkeit" bedeutet nur, daß einstweilen dahingestellt bleiben soll, warum der Schuldner sich verpflichtet hat; nicht der Gläubiger, sondern er soll beweisen müssen, daß sein Verpflichtungsgrund ihn zur Erfüllungsverweigerung berechtigt. Dies trifft bei der kumulativen Schuldübernahme zu. Vgl. oben § 414 Ziff. 4 a α (OLG. **14** 21 [Hamburg]). Daß der Versprechende nur soweit verpflichtet ist, als ein anderer aus einem Schuldverhältnisse verpflichtet ist, steht nicht entgegen, da das Schuldversprechen von Bedingungen abhängig sein kann. Sie hat der Gläubiger zu beweisen.

4. Verhältnis zur Bürgschafts- und Hypothekenbestellung. SeuffBl. **07** 677 (Stuttgart). Bei der Verpflichtung, für die Schuld eines anderen als Bürge einzustehen oder eine Hypothek zu bestellen, handelt es ich nicht um Begründung eines vom Verpflichtungsgrund unabhängigen Schuldverhältnisses; denn jene Verpflichtung ist abhängig von der Schuld des Dritten.

5. Obligatorischer Berichtigungsanspruch. Du Chesne, BadNotZ. **07** 22, untersucht die Frage, ob sich neben dem dinglichen Berichtigungsanspruch ein obligatorischer konstruieren läßt. Es kann sich um eine Art Anerkenntnisvertrag handeln, bei dem die Absicht der Parteien darauf geht, der schon vorhandenen Verpflichtung einen neuen „abstrakten Schuldgrund" unterzulegen, vielleicht auch zugleich dem Schuldner die Möglichkeit abzuschneiden, sich auf etwaige Einreden gegen die bisherige Verpflichtung zu stützen (§ 781). Anders, wenn die Parteien eine Berichtigungsverbindlichkeit begründen wollen, nicht wissend, daß sie schon besteht. Dies unterfällt § 780. Beide Male ist also Schriftform erforderlich.

6. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung (s. JDR. **5**, **4**, **3** zu § 780, — JDR. **5**, insbes. Ziff. 5.) a) **RG.** R. **07** 1065 Ziff. 2532. Ein Vertrag, durch den für den Fall, daß seitens des einen Vertragsteils die Zahlung oder Hinterlegung einer bestimmten Summe nachgewiesen wird, ihm von dem anderen Vertragsteile die Übertragung gewisser Patente versprochen wird, eine Verpflichtung zur Zahlung jenes Betrags aber nicht übernommen ist, ist kein Kaufvertrag, auch kein bedingter Kaufvertrag und ebensowenig ein anderer, ein lästiges Veräußerungsgeschäft enthaltender, Vertrag. Das die Übertragung der Patente betreffende Versprechen ist vielmehr ein abstraktes Schuldversprechen. **b)** R. **07** 1259, SächsRpflA. **07** 439 (Dresden). Das Versprechen des Hypothekengläubigers, mit seiner Hypothek hinter eine neu aufzunehmende zurückzutreten, fällt unter § 780. **c)** **RG. 64** 146 ff. Kein Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen liegt vor, wenn die Kaufgeldbelegung, die ursprünglich durch Übernahme einer bestehenden Hypothek erfolgen sollte, später teilweise dadurch geändert werden muß, daß der Verkäufer einen Teilbetrag der Hypothek dem Gläubiger bezahlt und sich diese insoweit zedieren läßt, und wenn nun durch einen Nachtragsvertrag bestimmt wird, daß Käufer diesen Teilbetrag statt dem Gläubiger, dem Verkäufer schuldet und verzinst. Diese Nachtragsbestimmung ist lediglich eine teilweise Änderung des ursprünglichen Vertrags, sie leidet daher unter der Unsittlichkeit des Kaufgeschäfts ebenso, als wenn sie in den ursprünglichen Vertrag aufgenommen worden wäre.

§ 781. 1. *Lacmann, ABürgR. **31** 62 ff., Über die rechtliche Bedeutung der Quittung. Den Charakter einer Vertragserklärung hat die Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Schuld dann, wenn sie die Zusage, das Bestehen oder Nichtbestehen der Schuld nicht bestreiten zu wollen, zum Ausdrucke bringt und diese Zusage vom Gegner angenommen ist. ➠ Des weiteren führt der Verf. aus: Der abstrakte Vertrag ist lediglich eine rechtliche Anschauungsform, den Parteien ist eine solche Abstraktion von den eigenen Zwecken des Rechtsverhältnisses psychologisch unmöglich. Die Grundlage ihrer Absicht ist der natürliche Wille des Anerkennenden, nicht zu bestreiten. Der durch diesen Willen gekennzeichnete Vertrag ist ein „Beweisvertrag". In der Umkehrung der Beweislast liegt die Bedeutung des Anerkennungsvertrags. — Red. ⟵

2. *Rieck, Der Leistungsort des Bürgen 49. Für den Leistungsort des Anerkennenden ist wie für den des Bürgen entscheidend, inwieweit der Leistungsort seinem Wesen nach zum Inhalte des Schuldverhältnisses gehört (s. o. bei § 269 Ziff. 2 und u. § 765 Ziff. 7 a).

3. Begriff. a) **RG.** R. **07** 128 s. bereits JDR. **5** Ziff. 1. **b)** Einseitiges Schuldanerkenntnis. **RG.** JW. **07** 709 Ziff. 15, DJZ. **07** 1378/9. Das einseitige Anerkenntnis kann zwar als Beweismittel für das Bestehen eines Schuldverhältnisses in Betracht kommen, erzeugt aber keine rechtliche Verbindlichkeit. Hierzu bedarf es eines Vertrags mit dem Gläubiger. **c)** Schuldanerkenntnis und Schuldversprechen. SeuffA. **62** 448 Ziff. 953 (Bamberg). Hat der Beklagte stets bestritten, dem Kläger etwas schuldig zu sein, so kann nicht von einem Schuldanerkenntnisse, sondern nur von einem Schuldversprechen die Rede sein.

4. Beweislast (s. JDR. **5** Ziff. 2). **RG.** R. **07** 1463. Das Anerkenntnis wird nicht schon durch einfachen Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Anerkannten entkräftet, wohl aber genügt ein solcher Gegenbeweis in Verbindung mit dem Nachweis eines Irrtums auf seiten des Anerkennenden, um das Anerkenntnis wirkungslos zu machen.

5. Verhältnis zu § 222 (s. JDR. **5** Ziff. 3). OLG. **15** 323 (Breslau). Mit dem vertragsmäßigen Anerkenntnisse des § 222 ist nur ein der Schriftform bedürfendes Anerkenntnis im Sinne des § 781 gemeint (vgl. JDR. **5** zu § 222 Ziff. II 1a u. § 781 Ziff. 3 b).

6. Einzelfälle. a) R. **07** 1134 (BayObLG.). Eine Urkunde, in der von dem Eigentümer eines mit einer Sicherungshypothek belasteten Grundstücks der Betrag der ihm vom Gläubiger auf Grund des Schuldverhältnisses gemachten Leistungen anerkannt, und in der die Anerkennungserklärung vom Gläubiger angenommen wird, enthält ein Schuldbekenntnis, das einen selbständigen Verpflichtungsgrund bildet. **b)** PucheltsZ. **07** 36 (Colmar). Die nach Aufhebung des Konkurses vom Gemeinschuldner abgegebene Erklärung, daß die Forderung des Klägers nach Maßgabe der Anmeldung im Konkursverfahren zu Recht besteht, enthält ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781.

§ 782. SeuffA. **62** 449 Ziff. 253 (Bamberg). Der Begriff des Vergleichs ist im § 782 kein anderer, als er im § 779 enthalten ist.

Einundzwanzigster Titel. Anweisung.

Vorbemerkung: Die Lehre von der Anweisung ist im Berichtsjahr eingehender als bisher bearbeitet worden. Die Arbeiten von Lent und Mez seien besonders erwähnt. Vielfach herangezogen sind die Vorschriften der Anweisung bei der Behandlung des Scheckrechts. Vgl. die Selbstberichte von Rießer und Canstein.

Literatur: Canstein, Die Klage des Scheckinhabers gegen den Bezogenen, GoldschmidtsZ. **60** 164. — Flechtheim, Das Vinkulationsgeschäft, GoldschmidtsZ. **60** 124. — Lent, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse. Leipzig 1907. — Mez, Der Giroverkehr, ABürgR. **30** 47. — Rießer, Das Bedürfnis nach einem deutschen Scheckgesetze, LeipzZ. **07** 81.

§ 783. 1. *Lent. Die Anweisung ist eine dem Anweisungsempfänger vom Anweisenden erteilte Vollmacht zum Abschluß eines im Deckungsverhältnisse wirkenden Vertrags, und zwar bei der Anweisung auf Schuld eines Schuldtilgungs- und bei der Anweisung auf Kredit eines Kreditvertrags. — Die Unmöglichkeit einer Ermächtigung zum Handeln im eigenen Namen ergibt sich daraus, daß der Anweisungsempfänger an Stelle des Anweisenden mit dem Angewiesenen die auf das Deckungsverhältnis wirkenden Verträge abschließt, nach der Natur dieser obligatorischen Verträge aber im eigenen Namen nicht handeln kann; er kann durch Erklärung im eigenen Namen z. B. nicht den Anweisenden zur Rückerstattung des dem Empfänger gezahlten Betrags verpflichten (Anweisung auf Kredit). — Die Anweisung unterscheidet sich von anderen Vollmachten durch die Fähigkeit zur Annahme und durch die freie Übertragbarkeit. — Der Anweisungsempfänger überbringt als Bote den in der Anweisung steckenden Antrag des Anweisenden auf Abschluß des Erfüllungs- bzw. des Kreditvertrags; er ist bevollmächtigt zur Entgegennahme der vom Angewiesenen erklärten Annahme dieses Antrags. — Im Deckungsverhältnis ist eine zweite Vollmacht unmöglich, da der Angewiesene selber handelt, der Anweisende durch den Empfänger vertreten wird, andere Personen aber an den Verträgen im Deckungsverhältnisse nicht beteiligt sind. — Im Valutaverhältnis ist eine Vollmacht nicht vorhanden, weil Anweisender und Empfänger bei Regelung der Anweisung sich bereits persönlich über die Folgen des Anweisungsvollzugs im

Valutaverhältnis einigen und der Angewiesene keine Kenntnis des Valutaverhältnisses hat, also auch nicht als Bevollmächtigter des Anweisenden handeln kann.

2. *Mez 84. Der Unterschied des im Giroverkehre gebräuchlichen Abschreibezettels (im Reichsbankverkehre „roter Scheck") und des Überweisungszettels gegenüber dem eigentlichen (weißen) Scheck liegt darin, daß bei dem ersten jede Ermächtigung an den Anweisungsempfänger, die Leistung bei dem Angewiesenen in eigenem Namen zu erheben, fehlt. Übrigens wird durch den Abschreibezettel der Girobank kein besonderer Vertragsantrag (Auftrag) übermittelt, sondern nur eine spezielle Dienstweisung im Rahmen des allgemeinen Girovertragsverhältnisses, welcher die Bank bei genügendem Guthaben nachkommen muß.

3. Mündliche Anweisung s. JDR. **2** § 783 Ziff. 2, **3** Ziff. 2. Laux, BayRpflZ. **07** 73 f. Die mündliche und die schriftliche Anweisung laufen bis zur Annahme parallel; denn bis zur Annahme besteht nur eine nach zwei Seiten wirkende Ermächtigung ohne eine Verbindlichkeit des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger. Mit der Frage nach dem Zeitpunkt und der Form der Annahme treten Schwierigkeiten hervor. Die mündliche Annahme der schriftlichen Ermächtigung hat nicht die Wirkungen des § 784 BGB. und stellt deshalb überhaupt nicht eine „Anweisung" dar. Noch weniger kann dies bei der mündlichen Annahme der mündlichen Ermächtigung der Fall sein. Bei der die Erfüllung einer Verbindlichkeit (des Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger) bezweckenden Vereinbarung ist zu untersuchen, ob die Erfordernisse eines anderen gültigen Rechtsgeschäfts vorliegen. Diesfalls kommen gemeinhin in Betracht: die Schuldübernahme, die Erfüllungsübernahme, die selbstschuldnerische Bürgschaft, die kumulative Schuldübernahme, die im voraus bewilligte Leistung an einen Dritten (§ 362 Abs. 2 BGB.) und die Zession. Ob auf dem Umwege des Innominatvertrags der „mündlichen Anweisung" zur Lebensfähigkeit verholfen werden kann, ist mehr als zweifelhaft. Unter allen Umständen wird es nicht angehen, im Falle des Nichtvorliegens der Erfordernisse eines besonderen Rechtsgeschäfts der angeführten Art zu sagen: „die Parteien haben das und das im Wege der mündlichen Anweisung gewollt, folglich ist es gerichtlich anzuerkennen".

4. **RG. 64** 108 f. schon JDR. **5** § 783 Ziff. 2.

5. *Senckpiel, Speditionsgeschäft 217 ff. Die Nachnahme beim Frachtgeschäft ist eine Anweisung, verbunden mit einem Inkasso-Auftrage. Der Frachtbrief ,in welchem die Nachnahme verzeichnet ist, bildet die Anweisungsurkunde. Die Annahmeerklärung des Angewiesenen (des Frachtgutempfängers) wird nach § 436 HGB. ersetzt durch die Annahme des Gutes und des Frachtbriefs. — Für das Wesen der Nachnahme ist es unerheblich, ob mit der Nachnahme ein Kreditgeschäft des Frachtführers verbunden ist (z. B. bei der sog. Nachnahme im voraus oder uneigentliche Nachnahme) oder nicht (sog. eigentliche Nachnahme) (219 ff.).

6. Zum Scheckrechte. *Rießer. Nach einem Rückblick auf die bisherige Entwickelung der Kodifikationsbestrebungen weist die Schrift nach, daß, entgegen den Ausführungen einer neuerlichen Denkschrift des Berliner Ältestenkollegiums, die für Anweisungen geltenden Vorschriften des BGB. (§§ 783—792) für den Scheckverkehr einerseits nicht ausreichen und ihm andererseits keine sichere und den Sonderbedürfnissen entsprechende Grundlage gewähren. — Insbesondere enthalte weder das HGB. noch das BGB. irgendwelche Vorschriften über die wesentlichsten Grundlagen des Scheckverkehrs, das Erfordernis und den Zeitpunkt des Bestehens eines Guthabens und die hieraus resultierenden Rechtsfolgen, die Zulässigkeit des Regresses gegen Aussteller und event. Indossanten und die kurze Präsentationsfrist und ihre Folgen, während die Frage der praktisch sehr wichtigen Notifikationspflicht im Falle des Nichteinganges des Schecks nur für den ersten Scheckempfänger geordnet sei. — Diese Fragen

könnten auch durch Verträge zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen (wie das sog. Reichsbankabkommen) mit Wirksamkeit gegen Dritte nicht geregelt werden. — Da aber, wo das BGB. für Anweisungen Bestimmungen treffe, welche auch auf den Scheck anzuwenden seien, seien diese vielfach mit den besonderen Bedürfnissen des Scheckverkehrs unvereinbar, so die des § 790 Abs. 1 (jederzeitiges Widerrufsrecht), des § 784 (Annahme des Schecks durch schriftlichen Vermerk auf der Urkunde), des § 786 (Verjährung). — Ferner wird gezeigt, daß sich die Hoffnung, es werde eine Handelsgewohnheit die Lücken und Mängel des heute bestehendes Rechtes beseitigen können, teils überhaupt nicht erfüllen könne (soweit es sich um Formen und Fristen handelt), teils nur in ganz unzulänglicher Weise. — Endlich wird dargetan, wie das Fehlen eines Scheckgesetzes in der Tat, was vielfach bezweifelt wurde, auch den Scheckverkehr geschädigt habe, indem gerade mit Rücksicht auf das Fehlen eines Gesetzes, vor allem der Staat in den ihm obliegenden Richtungen kaum einen Anfang mit der Hebung des Scheckverkehrs gemacht habe, und daß und warum dieses Fehlen einer Kodifikation mindestens wesentlich dazu beigetragen habe, die Ausbreitung des Scheckverkehrs im mittleren und Kleingewerbe und in den landwirtschaftlichen Genossenschaften zu hindern und zu verlangsamen. — Alles dies trage aber einen wesentlichen Teil der Schuld an der Anspannung des Geldmarkts und der Erhöhung des Zinsfußes. — Alle Einrichtungen, an welche man denken kann, um den Scheck zu „popularisieren", sind erfreulich und willkommen, aber unzureichend, solange dem Scheckverkehre sichere und seinen Sonderbedürfnissen entsprechende rechtliche Grundlagen fehlen.

7. Danz, BankA. **6** 37 ff. Der Vertrag, den jemand mit dem Bankier dahin abschließt, daß dieser ihm einen Kreditbrief ausstellen und aushändigen soll, ist schon dann als erfüllt anzusehen, wenn der Bankier den Kreditbrief ausgehändigt und die übliche Anzeige an das betreffende angewiesene Bankhaus bewirkt hat. Denn mit diesen Handlungen hat der Bankier zunächst alles getan, wozu er sich durch den Vertrag verpflichtet hatte. Wenn der Bankier dann dem angewiesenen Bankhause gegenüber die Anweisung widerruft, so steht es nicht anders, als wenn er den Kreditbrief, den er als Erfüllung übergeben hatte, dem Empfänger wieder wegnimmt.

8. *Flechtheim (s. über Vinkulationsgeschäft oben zu § 243). Dieses dient zur Abwickelung von Kaufgeschäften, vorzugsweise im Verkehre zwischen österreichisch-ungarischen Exporteuren und deutschen Importeuren. Ein Bankier „bevorschußt" dem Verkäufer die Ware und bietet sie dann selbst dem Käufer unter der Bedingung an, daß er ihm den Kaufpreis oder den Vorschuß bar oder durch Akzepte begleiche (vgl. **RG. 54** 213 ff.). Im Gegensatze zu Trumpler (HoldheimsMSchr. **12** 268) und Düringer-Hachenburg III 351 darf man in dem Vinkulationsgeschäfte keinen zweiten selbständigen, zu dem Kaufgeschäfte hinzutretenden Vertrag erblicken. Das Vinkulationsgeschäft ist überhaupt kein obligatorischer Vertrag, sondern bezweckt lediglich den Austausch der auf Grund des Kaufgeschäfts bereits verschuldeten Leistungen. Dieser Austausch vollzieht sich durch eine Anweisung des Verkäufers an den Bankier, die Ware gegen Zahlung des Kaufpreises an den Käufer zu liefern, und eine Anweisung des Verkäufers an den Käufer, dem Bankier das Geld gegen Lieferung der Ware zu zahlen. Der Bankier ist also ermächtigt, die Zahlung im eigenen Namen in Empfang zu nehmen und er bietet dafür die Ware im eigenen Namen an, nicht als Vertreter des Verkäufers. Die §§ 787, 788 BGB. sind anwendbar und führen zu einer unmittelbaren Erledigung des Kaufgeschäfts durch die Ausführung der Vinkulationsanweisung. Da der Bankier im eigenen Namen handelt, aber in kein selbständiges Verpflichtungsverhältnis zum Käufer tritt, kann er auch nicht wegen verspäteter und mangelhafter Erfüllung des Kauf-

geschäfts in Anspruch genommen werden, insbesondere kann der Käufer bei mangelhafter Ware nicht einen Teil des Kaufpreises einbehalten. Nur wenn der Bankier selbst im Vinkulationsschreiben unrichtige Angaben über die Ware gemacht und der Käufer in Unkenntnis ihrer Unrichtigkeit gezahlt hat, ist der Vinkulant für die Differenz haftbar. Die Vinkulation ist gerichtet auf den Austausch der Leistungen. Da der Bankier die Ware unter der Bedingung der Zahlung an ihn dem Käufer zusendet, stellt eine Verfügung des Käufers über die Ware ohne Erfüllung dieser Bedingung einen rechtswidrigen Eingriff in fremdes Eigentum dar und erzeugt infolgedessen außervertragliche Ansprüche, die höchstens im Ersatze des Schadens, bei minderwertiger Ware also auch im Ersatze dieses Wertes bestehen können; dagegen kann man nicht ohne weiteres im Verbrauche der Ware mit dem RG. den Abschluß eines obligatorischen Vertrags erblicken, der den Käufer vertraglich zur Zahlung der ganzen Vinkulationssumme verpflichtet. Den Abschluß eines solchen Vertrags hat der Bankier dem Käufer nicht angetragen; der Käufer will auch eine solche Verpflichtung gar nicht übernehmen. — Die Vinkulation darf vom Käufer nicht mehr honoriert werden, sobald die Kaufpreisforderung von Gläubigern des Verkäufers gepfändet oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet war.

§ 784. 1. *Lent. Die Annahme besteht aus zwei Willenserklärungen; einmal verpflichtet sich der Angewiesene dem Empfänger gegenüber zu einer Leistung; dies ist die eigentliche Annahme des § 784. Zweitens erklärt der Angewiesene dadurch implicite, daß er den ihm vom Anweisenden gestellten Schuldtilgungsantrag (bei der Anweisung auf Schuld) annehme. — Dieses zweite Rechtsgeschäft bildet einen bedingten Erlaßvertrag bei der Anweisung auf Schuld, einen bedingten Kreditierungsvertrag bei der Anweisung auf Kredit, beide zwischen Anweisenden, der durch den Empfänger vertreten wird, und Angewiesenem. Der Empfänger ist zu dieser Vertretung durch die Anweisung bevollmächtigt, denn wie er auf Grund derselben unbedingte Verträge abschließen kann, so auch dieselben Verträge bedingt. — Bedingung ist die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger.— Hierdurch allein wird das Verhältnis der Forderung des Empfängers (aus der Annahme) und derjenigen des Anweisenden (aus dem Deckungsverhältnisse) klar. — Die Annahme des § 784 (also im engeren Sinne) ist kein Vertrag; die Aushändigung (§ 784 II) ist nur der dingliche Vertrag über die Urkunde, keine Einigung über den Urkundeninhalt. Die Aushändigung ist aber der letzte Termin für die Wirksamkeit der Annahme („ent.."), diese erfordert also keine Einigung. Hellwigs Konstruktion als Schuldversprechen an den Anweisenden zugunsten des Empfängers ist unrichtig, da der Anweisende aus der Annahme kein Recht, selber Leistung an den Empfänger zu verlangen, bekommt. — Die Annahme ist empfangsbedürftig; arg. § 790, wonach sie gegenüber dem Empfänger erfolgt, während nicht empfangsbedürftige Erklärungen niemandem gegenüber erfolgen; auch will § 790 alle wirksamen Annahmen sichern, also ist nur die dem Empfänger gegenüber erfolgte wirksam.

2. LeipzZ. **07** 846 (LG. Leipzig). Mündliche Annahme einer kaufmännischen Anweisung. Die Vorschriften der §§ 783 ff. können keine Anwendung finden, da § 784 Abs. 2 schriftliche Annahme der Anweisung voraussetzt. Die Annahme, daß zur Anwendung dieser Vorschriften mündliche Annahme der Anweisung dann genüge, wenn die Annahme auf Seite des Angewiesenen ein Handelsgeschäft sei, ist irrig. § 350 HGB. ist nicht analog auf die Anweisung anzuwenden.

3. R. **07** 250 (Zweibrücken). Vereinbart der Verkäufer mit dem Käufer gelegentlich des Kaufabschlusses über ein Hausanwesen, daß der Käufer das Guthaben des zugleich anwesenden Bauhandwerkers für gelieferte Materialien an diesen zu bezahlen habe, so liegt eine mündliche Anweisung vor.

§§ 787, 788. *Lent. Die Leistung des Angewiesenen an den Empfänger kann sich nach erfolgter Annahme auch durch Leistung an Erfüllungsstatt, Erlaß,

Aufrechnung und Hinterlegung verwirklichen. — Vor der Annahme sind Rechtsgeschäfte mit dem Empfänger ausgeschlossen, da dieser in keinen rechtlichen Beziehungen zum Angewiesenen steht. — Aufrechnung und Erlaß, mit dem Anweisenden oder dessen Vertreter vereinbart, sind kein Vollzug der Anweisung, da keine Wirkung im Valutaverhältnis eintritt. Leistung an Erfüllungsstatt und Hinterlegung (zugunsten des Anweisenden) sind denkbar. Bei der Anweisung auf Kredit scheidet (vor Annahme) die Hinterlegung aus, weil der Anweisende nicht Gläubiger des Angewiesenen ist (§ 372).

§ 787. 1. *Lent. Die unmittelbare Befreiung des Angewiesenen schließt die v. Tuhrsche Konstruktion aus, als ob der Angewiesene nach dem Wesen der Anweisung gegen den Anweisenden nur einen Regreßanspruch wie ein Beauftragter habe.

2. *Mez 72. Entsprechend § 787 Abs. 1 wird bei allen Verfügungen über das Giroguthaben (vgl. o. zu § 675 Ziff. 1 u. zu § 783 Ziff. 2) dieses unmittelbar dadurch verringert, daß die Bank den Abschreibezettel, Scheck u. dgl. honoriert, nicht durch nachträgliche Auszahlung oder Aufrechnung des Ersatzanspruchs der Bank.

3. *Canstein. Soll der Scheck im Verkehr als Zahlungsmittel genommen werden, so darf es nicht in das Belieben des Bezogenen gestellt werden, dem Scheckinhaber Zahlung zu leisten. Der Bezogene muß kraft Gesetzes verpflichtet sein, dem Scheckinhaber den Scheckbetrag aus dem zur Zeit der Präsentation beim Bezogenen vorhandenen Guthaben des Ausstellers gegen Aushändigung des Schecks zu bezahlen. Die Fungibilität des Bankguthabens hängt wesentlich davon ab, daß dieses Guthaben im Betrage des Schecks auf den Scheckinhaber übertragen werde (§§ 398 ff., 409 BGB.) und der Scheck vom Widerruf und Konkurse des Ausstellers nach der Scheckbegebung unabhängig sei; denn wenn auch die Handelswelt auf die Klage gegen den Bezogenen keinen großen Wert legt, wird sich der Scheck im allgemeinen Verkehre nicht einbürgern, wenn er nicht, wie die Banknote, die Klage gegen die Bank gewährt, durch welche erst die Unwiderruflichkeit des Schecks und die Einflußlosigkeit des nachträglichen Konkurses des Ausstellers eine gesetzliche Sanktion erhält. Die Abhängigmachung des Klagerechts von dem Bestand und Inhalt eines Scheckvertrags (als Vertrags zugunsten Dritter) ist eine unnötige Erschwerung des Scheckverkehrs und würde gegen Treu und Glauben verstoßen, weil der Schecknehmer den Inhalt dieses Vertrags nicht kennt. Der Scheck kann wie das Indossament auch Vollmachtszwecken dienen, sein Zweck ist aber, als Zahlungsmittel des Schuldners gegenüber dem Gläubiger (Schecknehmer) zu dienen. Das Bankguthaben ist eine fungible — faktisch anerkannte abstrakte — Geldforderung, die in der jeweiligen Differenz zwischen dem Haben- und Sollkonto des Kontoinhabers oder in einem nur rebus sic stantibus verpflichtenden Kreditversprechen besteht, und wie durch den Umschreibungs- und Verrechnungsscheck auch durch den Zahlungsscheck im Betrage des Schecks abgetreten wird. Dies beweist namentlich der zertifizierte Scheck Amerikas und der Postscheck Österreichs und der Schweiz. ➳ Anweisungen können nicht den Anspruch auf Stempelbefreiung machen, weil sie nicht Zahlungsmittel sind. ⇷

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Literatur: Gumprecht, Die rechtliche Natur des Gepäckscheins, EisenbE. **23** 309.

§ 793. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 324 ff. u. 640 Anm. 728. Der Streit, welche Theorie im Gesetze bei der Konstruktion der Inhaberpapierobligation befolgt sei, löst sich dadurch auf, daß man zwei Arten von Obligationen des Papiers streng zu scheiden hat: die rechtsgeschäftlich entstehende von der rein legalen, d. h. vom Willen des Ausstellers unabhängigen. Die rechtsgeschäft-

liche Obligation verlangt eine Begebung, also wie immer eine empfangsbedürftige Erklärung. Die legale, durch § 794 geschaffene Obligation verlangt keine Willenserklärung, sondern knüpft sich an die Ausstellung und an die kasuelle Tatsache des In-den-Verkehr-Gelangens. Die Ausstellung muß freilich ähnlich wie die Stiftungserklärung ein rechtsgeschäftlich fehlerfreier Akt sein, damit sie aus § 794 wirkt.

2. Langen, Inhaberschuldverschreibungen und Kreationstheorie, ABürgR. **30** 7 ff. s. schon JDR. **5** § 793 ff. (der Aufsatz ist gleichlautend mit Kap. 1 der JDR. **5** referierten Schrift).

3. Reisch BankA. **7** 54 ff. gegen Runkel-Langsdorff. Inhaberpapiere gehen dadurch, daß sie an den Emittenten zurückgehen, an sich zunächst noch nicht durch confusio unter. Die Geltendmachung des Rechtes aus dem Inhaberpapiere setzt selbstverständlich einen Besitzer voraus, welcher gegenüber dem im Inhaberpapiere bezeichneten Schuldner aktionsfähig ist: Fallen Besitzer und Schuldner zusammen, so ist für die Zeit dieses Zusammenfallens ein Geltendmachen von Rechten gegen den Schuldner undenkbar.

§ 795. Gumprecht, Der Gepäckschein im Verhältnisse zum Inhaberpapiere. Die Leistung aus dem Inhaberpapier erfolgt nur gegen Rückgabe des Papiers. Die Möglichkeit der Amortisation ändert daran nichts. Die Auslieferung des Gepäcks erfolgt jedoch auch ohne Rückgabe des Gepäckscheins, sobald die Empfangsberechtigung in anderer Weise bewiesen werden kann (§ 33 EisenbVO.). Der Gepäckschein verkörpert nicht das Recht der Auslieferung. Der praktische Grund dafür, daß der Gepäckschein nicht die Natur eines Inhaberpapiers haben kann, liegt darin, daß das Inhaberpapier überall da seine Berechtigung hat, wo es sich um Verträge handelt, die den gleichen Vertragsinhalt haben. Dies ist nicht der Fall beim Gepäckscheine. Sein Zweck ist der, daß das Gepäck nur dem bestimmten Reisenden und keinem anderen zurückgegeben werde.

§ 796. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 325 f. Der Einwand des fehlenden Begebungswillens ist dem Aussteller durch § 794 abgeschnitten. Trotzdem die Wirkung aus § 794 keine rechtsgeschäftliche, sondern eine rein legale, durch Verkehrsrücksichten gebotene ist, stehen dem Aussteller gegenüber der aus § 794 geltend gemachten Obligation alle Einreden aus Rechtsgeschäftsmängeln (§§ 104 f., 116 ff.) des Ausstellungsakts zu; denn die Legalwirkung des § 794 setzt eine rechtsgeschäftlich fehlerfreie Ausstellung des Papiers voraus. Über die Anwendbarkeit des § 122 auf das Inhaberpapier vgl. Manigk aaO. 497.

§ 803. Freund, BankA. **6** 117, wendet sich gegen Wertheimer (JDR. **5** § 803). Vgl. Jacobi, BankA. **7** 20.

§ 808. 1. R. **07** 1533 (Hamm). Die einem Sparkassenbuche vorgedruckte Bestimmung, daß die Sparkasse nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein soll, jedem Inhaber des Buches den darauf eingelegten Betrag auszuzahlen, wenn nicht vor der Auszahlung ein Protest dagegen eingelegt wird, ist nicht geeignet, dem Buche die Eigenschaft eines Inhaberpapiers zu verleihen.

2. SchlHolstAnz. **07** 148 (Kiel). Die Bestimmungen des § 808 können durch Vertrag eingeschränkt werden. Das Statut der Sparkasse kann eine Erweiterung der durch § 808 an sich ausgeschlossenen Prüfungspflicht enthalten. Bestimmt das Statut, daß die Sparkasse berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, an jeden Inhaber zu zahlen, so haftet die Sparkasse für irgendwelche Fahrlässigkeit bei Auszahlung des Sparkassenguthabens an einen Nichtberechtigten nicht. Eine Haftung besteht nur, wenn wissentlich an einen Nichtberechtigten geleistet wäre.

Dreiundzwanzigster Titel. Vorlegung von Sachen.

§ 810. OLG. **14** 185 (Karlsruhe). Der Gläubiger, der den Anspruch seines Schuldners auf Auszahlung eines bei der Auseinandersetzung zu zahlenden Gesell-

schaftsanteils gepfändet hat, kann nicht Vorlegung des Gesellschaftsvertrags verlangen.

Vierundzwanzigster Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung: Unter den mitgeteilten Entscheidungen sind einzelne von grundlegender Bedeutung für die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung. Insbesondere sind diejenigen Entscheidungen hervorzuheben, welche mit allem Nachdruck darauf hinweisen, daß die Vermögensverschiebung eine direkte, unmittelbare sein muß. Zu § 818 ist der Aufsatz v. Tuhrs hervorzuheben.

§ **812.** 1. R. **07** 58 (Hamm). Zur Begründung der condictio indebiti genügt nicht ohne weiteres die Behauptung des Nichtbestehens der Schuld zur Zeit der Leistung, sondern es bedarf einer eingehenden Darlegung bestimmter Tatsachen, welche den Schluß rechtfertigen, daß die Schuld zur Zeit der Leistung durch Zurückfordern nicht bestand.

2. a) **RG. 66** 77, JW. **07** 389. Der Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung steht nach dem allgemeinen Grundsatze des § 812 BGB. demjenigen zu, „auf dessen Kosten" der andere etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Hieraus ergibt sich, daß die Vermögensverschiebung, zu deren Ausgleichung jener Anspruch bestimmt ist, sich unmittelbar zwischen den Parteien vollzogen haben muß. Bestätigt wird diese Regel durch die Ausnahmen, die das Gesetz (§ 822, vgl. auch § 816 Abs. 1 Satz 2) davon macht. **b) RG.** GruchotsBeitr. **51** 967, PosMSchr. **07** 90, BayRpflZ. **07** 349, DJZ. **07** 965. Liefert jemand auf Grund eines rechtswirksamen Vertrages Arbeiten, die aber einem Dritten unmittelbar zukommen, so ist der Dritte doch nicht auf Kosten des Liefernden bereichert. Der Lieferant erleidet keine Vermögensverkleinerung, wenn er das, wozu er vertragsmäßig verpflichtet war, liefert. Eine Vermögensminderung tritt lediglich auf seiten des an deren ein; er bleibt Schuldner des Lieferanten.

3. Unmittelbare Vermögensverschiebung. a) **RG.** SchlHolst. Anz. **07** 276. Ein Bereicherungsanspruch ist regelmäßig nur dann anzuerkennen, wenn die Vermögensverschiebung sich unmittelbar zwischen den Parteien vollzogen hat. — **RG.** R. **07** 829. Der Bereicherungsanspruch setzt eine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen den Parteien voraus. — R. **07** 181 (Karlsruhe). Die Vermögensverschiebung muß direkt zwischen dem Berechtigten und dem Bereicherten stattgefunden haben; der gleiche Vorgang muß die Vermögenslage des einen ungünstig, die des anderen günstig beeinflußt haben. — NaumburgAK. **07** 59 (LG. Stendal). Das BGB. kennt nur die sog. direkte Bereicherung, den unmittelbaren Übergang von Werten aus dem Vermögen des Klägers in das des Beklagten. **b) RG.** GruchotsBeitr. **51** 967, PosMSchr. **07** 90, BayRpflZ. **07** 349, DJZ. **07** 965. Das BGB. hat die Versionsklage des gemeinen Rechtes und die preußischrechtliche Verwendungsklage, soweit sie jene gemeinrechtliche Klage in sich schloß, nicht beibehalten. Es kennt nur den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, dessen unerläßliche Voraussetzung die Erlangung des Vorteils auf Kosten des Forderungsberechtigten bildet. Was jemand durch Vermittelung einer Zwischenperson von einem anderen erlangt, ist keine Bereicherung auf Kosten des anderen. Neben der Vertragsklage gegen einen Geschäftsführer (Zwischenperson), der zwar in offener oder verdeckter Stellvertretung, aber im eigenen Namen handelt, ist eine Nebenklage aus der Bereicherung gegen den Geschäftsherrn nicht zugelassen.

4. a) **RG.** BadRpr. **07** 37. Der § 812 — Nichteintritt des bezweckten Erfolges — findet nicht in allen Fällen Anwendung, wo der Leistende den Eintritt eines künftigen Ereignisses voraussetzt, sondern nur dann, wenn der inhaltlich des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht erreicht ist. Vgl. PosMSchr. **07** 156 (Königsberg). **b) RG.** SächsRpflA. **07** 379. § 812 Abs. 1 Satz 2 verlangt, daß der

nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist. Der Erfolg, welcher erreicht werden soll, muß danach als Bestandteil des Rechtsgeschäfts aufgenommen sein.

5. SeuffA. **62** 477 (450). Unter Leistung ist auch die Eingehung einer abstrakten Verbindlichkeit zu verstehen.

6. OLG. **14** 33 (Braunschweig) über die Kondiktion des von der Versteigerung ausgenommenen Zubehörs, das dem letztausgefallenen Hypothekar überwiesen wurde. Eine condictio possessionis ist zulässig. Ebenso OLG. **14** 32 (Hamburg).

7. **RG. 66** 132. Die Nichterfüllung einer Voraussetzung gibt keinen Bereicherungsanspruch auf Herausgabe desjenigen, das infolge Nichteintritts der Voraussetzung erlangt war.

8. *Grabner, GruchotsBeitr. **51** 524. Unter Abs. 2 fällt auch das nach der Vorschrift im § 465 erklärte Einverständnis über Wandelung und Minderung beim Kaufe. (Ebenso R. **07** 588 [Karlsruhe] für das einseitige Anerkenntnis überhaupt.)

9. LeipzZ. **07** 668 (Marienwerder). Die Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung finden auf den Ersatzanspruch des § 994 BGB. keine Anwendung.

10. R. **07** 1463 (Stuttgart). Ein Schuldner, bei welchem wegen einer zu Recht bestehenden Schuld ohne ordnungsmäßige Zustellung des Vollstreckungstitels gepfändet wurde, kann nicht vom Gläubiger das auf Grund der Pfändung Erlangte nach den Grundsätzen über ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen.

11. a) HessRspr. **7** 138 (Darmstadt). Wenn auf Grund eines nach § 313 nichtigen Vertrags derjenige, der Miteigentum an dem Grundstück erwerben wollte, das Grundstück bebauungsfähig macht, so ist der bisherige Eigentümer infolge der eingetretenen Werterhöhung des Grundstücks bereichert. **b)** PuheltsZ. **07** 205 (Zweibrücken). Bereicherungsanspruch auf Grund eines wegen Formmangels nichtigen Kaufvertrags. **c) RG.** LeipzZ. **07** 433. Bereicherungsanspruch auf Grund eines nach § 313 nichtigen Vertrags. — **RG.** LeipzZ. **07 590**. Bereicherung auf Grund eines nichtigen Lizenzvertrags.

12. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 965. Der Bereicherungsanspruch kann zur Ausgleichung einer zwischen dem Bereicherten und dem Benachteiligten ohne rechtlichen Grund eingetretenen Vermögensverschiebung auch auf die Befreiung von einer Schuld gegründet werden. In solchem Falle kann der Wert der Bereicherung nur nach der Schuld bemessen werden.

13. **RG.** SeuffBl. **07** 534, R. **07** 181. Die Bereicherung braucht nicht darin zu bestehen, daß ein in seiner Beschaffenheit sich gleichbleibendes Recht aus dem einen in das andere Vermögen übertragen wird. Bereicherung liegt vor, wenn auf der einen Seite die Vermögensverringerung dadurch eingetreten ist, daß Kläger durch einen Verzicht sich der wertvollen Anwartschaft auf die ihm zugesicherte Schankwirtschaftserlaubnis zugunsten des Beklagten entäußerte, auf der anderen Seite die entsprechende Verbesserung der Vermögenslage dadurch hervorgerufen ist, daß Beklagter den Verzicht des Klägers auf Erteilung der Schankerlaubnis annahm und sich dadurch instand setzte, ihn der Sachlage entsprechend mit wirtschaftlichem Vorteil auszunutzen.

14. Aus der Praxis.

a) **RG.** R. **07** 1533. Wer an dem Hause eines anderen mit dessen Zustimmung zwecks Einrichtung einer von ihm zu betreibenden Schankwirtschaft bauliche Veränderungen vornimmt, durch welche der Wert des Hauses erhöht wird, hat einen Bereicherungsanspruch. Hat er aber demnächst in der Wirtschaft Damenbedienung eingeführt und dadurch verschuldet, daß bei einem Wechsel des Pächters die Erlaubnis zum Betriebe der Schankwirtschaft versagt wurde, so kann der andere zur Beseitigung der Bereicherung die Kosten in Gegenrechnung setzen, welche er aufgewendet hat, um die Wirtschaftsräume zu einem Ladengeschäft umzubauen, und zwar auch dann, wenn dieser Umbau erst nach der Klagerhebung stattgefunden hat.

b) PucheltsZ. **07** 488 (Düsseldorf). Wer eine Giebelmauer zur Hälfte auf seinem und zur anderen Hälfte auf dem Nachbargrundstück errichtet, wird Eigentümer der ganzen Giebelmauer. Nimmt der Nachbar die Giebelmauer auch seinerseits durch Anbauen in Benutzung, dann ist er dem bisherigen Eigentümer bis zum Betrage seiner Bereicherung ersatzpflichtig.

c) **RG.** SächsRpflA. **07** 298. Haftung des Grundeigentümers für die Kosten eines Neubaus, der aus den Mitteln eines einem Dritten gewährten Darlehens errichtet ist. Keine Bereicherung. Vgl. **RG.** HessRspr. 8 97.

d) SchlHolstAnz. **07** 50 (Kiel). Wenn sich jemand einer Stadtgemeinde gegenüber verpflichtet, Straßen nach einem bestimmten Plane auszubauen, erwächst ihm durch die Ausführung dieses Ausbaus kein Anspruch gegen die Anlieger dieser Straßen auf Erstattung eines entsprechenden Betrags, der ohne jenen Straßenausbau an Straßenbaukosten von ihnen eingezogen sein würde. Wenn auch das Grundstück des Anliegers durch den Ausbau wertvoller geworden ist, so ist dies doch nicht auf Kosten des Ausbauenden geschehen.

e) SeuffBl. **07** 83 (München). Die Parteien hatten einen nichtigen Kaufvertrag geschlossen; der Käufer hatte eine Summe angezahlt. Die Nichtigkeit war den Parteien unbekannt. Der Käufer trat vom Vertrage zurück und beließ dem Verkäufer die Anzahlung als Abstandsgeld. Später, als der Käufer die Nichtigkeit des Vertrags erfahren hatte, klagte er auf Zurückzahlung des dem Verkäufer gegebenen Abstandsgeldes mit der Behauptung, er sei bereichert. Die Klage ist abgewiesen, weil die Parteien nicht mit Rücksicht auf die Nichtigkeit des Kaufvertrags, sondern aus anderen Motiven die Vertragsaufhebung vereinbart haben.

f) SchlHolstAnz. **07** 135 (Kiel). Ist der durch eine Hinterlegung unter Verzicht auf das Rücknahmerecht bezweckte Erfolg der Schuldbefreiung nicht erreicht, so kann der hinterlegende Schuldner seinen Verzicht auf die Rücknahme kondizieren und damit Abtretung aller Rechte verlangen, welche der Gläubiger auf Kosten des Schuldners ohne Rechtsgrund aus der Hinterlegung erlangt hat (s. oben § 378). Dieser Anspruch begründet eine Einrede aus § 273 (s. o. § 273 Ziff. 7 a δ).

g) SchlHolstAnz. **07** 49 (Kiel). Wenn jemand in der dem anderen Teile bekannten Voraussetzung, daß ihm der Nachlaß des anderen zufallen werde, unentgeltlich Dienste leistet, so wird hierdurch jedenfalls so lange ein Bereicherungsanspruch nicht begründet, als nicht feststeht, daß dem Leistenden der Nachlaß nicht zufallen wird.

h) WürttJ. **19** 12 (Stuttgart). Der Trassant, der mittels Diskontierung eines nachher präjudizierten Wechsels Befriedigung für eine Forderung an den Akzeptanten erlangt hat, ist nicht auf Kosten des späteren Wechselinhabers bereichert.

i) **RG.** R. **07** 765. Hat der Angestellte eines Gewerbetreibenden für e i g e n e Rechnung die Ausführung von Arbeiten übernommen, diese Arbeiten dann aber mit dem Material und den Arbeitern seines Dienstherrn ausgeführt, so ist e r , nicht aber der Besteller der Arbeiten, dem auf Grund des mit dem Angestellten abgeschlossenen Vertrags geleistet worden ist, auf Kosten des Dienstherrn des Angestellten grundlos bereichert.

k) R. **07** 250 (Karlsruhe). Unterhaltsbeiträge, welche der jetzige Kondiktionskläger an seine damalige Verlobte für ein von ihr in der unterstellten Zeit geborenes Kind bezahlt hatte, können nicht lediglich aus dem Grunde zurückgefordert werden, weil der Beweis der exc. plurium (§ 1717 BGB.) in einem Alimentenprozesse gelungen ist, welchen nachträglich die Kindsmutter gegen den die Beiträge einstellenden jetzigen Kläger (erfolglos) anstrengte.

l) ElsLothJZ. **07** 22 (Colmar). Fall einer Bereicherung.

m) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1187 über die Bereicherung einer aus dem Schulverband ausgeschlossenen Gemeinde in Rheinpreußen gegen die durch die Neuordnung begünstigte Gemeinde.

§ 813. 1. **RG.** R. **07** 1064. Ist ein Schuldverhältnis durch vertragsmäßige Aufrechnung der Forderung gegen eine Gegenforderung einmal gelöst, so bleibt diese Rechtswirkung bestehen, auch wenn sich später herausstellt, daß der zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung eine persönliche Einrede entgegenstand. Es ist dann nur ein Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung gegeben. Eine solche Bereicherung besteht auf seiten desjenigen von mehreren Gesamtschuldnern nicht, der, nachdem ein anderer Schuldner eine ihm gegen den Gläubiger zustehende Forderung zur Aufrechnung verwandt hat, diesem seinen Anteil an der Schuld gezahlt hat.

2. R. **07** 510 (Frankfurt). Der Käufer, welcher den Kaufpreis im voraus bezahlt hat, kann nicht nach Verjährung seines Wandelungsanspruchs auf Grund seiner Mängelanzeige Rückzahlung des Kaufpreises wegen ungerechtfertigter Bereicherung verlangen.

3. LeipzZ. **07** 234 (Hamburg). Verhältnis des § 813 zum § 478. Was der Käufer nach dem im § 478 bezeichneten Zeitpunkt, insbesondere nach der Mängelanzeige, geleistet hat, wird er auch nach Verjährung des Wandelungsanspruchs auf Grund des § 813 Abs. 1 zurückfordern können. Was aber vor diesem Zeitpunkte geleistet ist, ist zu einer Zeit geleistet, während welcher die Einrede des Käufers zwar eine ausschließende, aber nicht eine d a u e r n d ausschließende gewesen ist.

§ 814. V o ß , LeipzZ. **07** 552, erörtert die Frage, ob der ehemalige Gemeinschuldner ein Rückforderungsrecht wegen einer Zahlung hat, die an einen Gläubiger aus der Masse unter Überschreitung der Zwangsvergleichsdividende bewirkt worden ist.

§ 815. **RG.** R. **07** 181. Die Ausnahmevorschrift des § 815 betrifft allein den im § 812 Abs. 1 Satz 2 vorgesehenen Fall der condictio causa data causa non secuta, deren Voraussetzungen dahin geregelt sind, daß die Verpflichtung zur Herausgabe auch dann besteht, wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt. Nur für einen solchen Fall verordnet § 815 unter bestimmten besonderen Voraussetzungen ausnahmsweise den Nichteintritt der Herausgabepflicht.

§ 816. DJZ. **07** 76 (Cöln). Der Verkäufer von mit Eigentumsvorbehalt verkaufter Ware, der die Ware pfändet, gibt sein Eigentum auf. Der Vermieter des Käufers hat auf Grund seines nach § 559 BGB. vorgehenden Pfandrechts die Bereicherungsklage auf Herausgabe des Pfanderlöses.

§ 817. 1. L e n e l , DJZ. **07** 453 über **RG. 63** 179 ff. (s. JDR. **5** § 817 Ziff. 1). Vgl. M a t t h i e s s e n ebd. 534.

2. R e i c h e l , DJZ. **07** 109 über § 817 bei der Bordellhypothek.

3. BraunschwZ. **07** 147 (Braunschweig). Keine Rückforderung eines Darlehens, das einer Frau gegeben ist, um sie zum Verlassen ihres Mannes zu bewegen.

§ 818. 1. **RG. 65** 292, JW. **07** 250. Nach der Vorschrift des § 818 BGB. ist ein auf die §§ 812 ff. gestützter Anspruch ganz allgemein ausgeschlossen, soweit der Empfänger der ohne rechtlichen Grund bewirkten Leistung nicht mehr bereichert ist, und es kommt hierbei darauf nicht an, aus welchem Grunde die zunächst eingetretene Bereicherung nachträglich wieder weggefallen ist (vgl. GruchotsBeitr. **48** 1090 ff.). Die B e w e i s l a s t dafür, daß die Bereicherung des Beklagten, welche zunächst eingetreten war, wieder weggefallen sei, liegt, wie nach der Vorschrift im § 818 Abs. 3 nicht zweifelhaft sein kann (vgl. auch Urt. des II. Zivils. des RG. vom 4. Oktober 1904 II 608/03, SächsRpflA. **15** 65) beim Beklagten.

2. *v. T u h r , Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Festgabe für E. J. Bekker, (1907), 291 ff. Wegfall der Bereicherung im Sinne von Abs. 3 liegt zweifellos vor, wenn ein nach Abs. 1 und 2 herauszugebender Gegenstand sich nicht mehr im Vermögen des Bereicherten befindet, ohne daß er eine Ausgabe erspart

hat; ebenso wenn der Bereicherte notwendige oder nützliche Verwendungen auf den herauszugebenden Gegenstand gemacht hat. Die herrschende Lehre geht weiter und betrachtet als Minderungen der Bereicherung: imp. voluptuariae, sonstigen Aufwand aus eigenen Mitteln, den der Bereicherte infolge seines vermeintlichen Reicherwerdens macht, Ausgaben, die mit dem grundlosen Erwerbe zusammenhängen, Schädigung durch die Eigenschaften der erworbenen Sache, Verlust von Rechten infolge des Erwerbes, Kosten der Rückgabe der Bereicherung. Diese Posten sind richtiger nicht als Minderung der Bereicherung aufzufassen, sondern als Schaden, den der Bereicherte anläßlich seines Erwerbes erleidet; sie begründen daher keinen Abzug nach § 818 III. Bei der cond. indebiti ist es angemessen, dem Verpflichteten nach Analogie des § 122 Ersatz des negativen Interesses zuzubilligen, weil der Kondizient, wie bei der Anfechtung wegen Irrtums, einen Rechtszustand rückgängig macht, den er selbst hergestellt hat. Ist dagegen die Bereicherung durch eine objektiv rechtswidrige Handlung des Bereicherten entstanden (§ 816 und Erbschaftsbesitz), so braucht der Bereicherte, wenn er gutgläubig war, nicht mehr herauszugeben, als er noch hat (§ 818 Abs.3), muß aber den Schaden, den er sich durch den Glauben an sein vermeintliches Recht zugezogen hat, selbst tragen.

3. R. **07** 1464 (Braunschweig). Der Herausgabe unterliegen nicht nur die Nutzungen, die aus dem Erlangten selbst gezogen sind, sondern auch wirtschaftliche Erträge aus Gegenständen, die mit dem ohne rechtlichen Grund Erlangten erworben sind.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 919. Ist eine Bereicherung durch Hergabe baren Geldes bewirkt, so ist die Bereicherung noch vorhanden, wenn zwar das Geld verausgabt ist, dem Bereicherten dafür Forderungen in entsprechender Höhe gegen zahlungsfähige Schuldner entstanden sind. Auf den Anspruch auf Abtretung der Rechte des Bereicherten gegen seine Schuldner braucht sich der Kläger nicht verweisen zu lassen; diese Forderungen hat der Beklagte weder auf Grund eines erlangten Rechtes noch als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erworben (§ 818 Abs. 1). Er hat den Wert des erlangten Geldes zu ersetzen, in dessen Höhe er noch bereichert ist.

5. **a) RG.** R. **07** 308. Ist ein Grundstück mit Zustimmung des Eigentümers ohne Enteignung und ohne daß ein rechtsgültiger Kaufvertrag zustande kam, von einer Gemeinde zu einem öffentlichen Wege verwendet worden, so kann die gegen die Gemeinde zu erhebende Bereicherungsklage auf Ersatz des S c h a d e n s gerichtet werden, der dem Kläger durch jene Verwendung entstanden ist. Denn die Gemeinde ist um die Entschädigungssumme bereichert, die sie im Enteignungsverfahren dem Eigentümer zu bezahlen gehabt hätte. **b)** SeuffBl. **07** 455 (Zweibrücken). Bereicherung durch Gewährung von Mitteln zum technischen Studium und zur Erlangung besserer Stellen.

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

V o r b e m e r k u n g: Die Bestimmungen des 25. Titels boten der Wissenschaft und Praxis auch im Berichtsjahre reichliche Gelegenheit zur Entwickelung von Grundsätzen, die sich mit allen möglichen Teilen des Rechtsgebiets berühren und geeignet sind, das Recht dem praktischen Leben dienstbar zu gestalten. Gerade im Ausbau dieser Bestimmungen zeigt sich die schöpferische Kraft der Rechtsprechung, ihre Befähigung, den stetigen Neuerscheinungen des Lebens zu folgen, auch ohne daß jedesmal zu einer Änderung der Gesetzgebung geschritten werden muß. Ein Blick auf die zahllosen Einzelfälle, die in diesem Abschnitte mitgeteilt sind, läßt erkennen, daß die verschiedensten Gebiete in Betracht gezogen sind. Die Rechtsprechung ist es auch im Berichtsjahre wiederum, welche den weitaus größten Raum einnimmt. — Die Notwendigkeit der Voranstellung einer Vorgruppe ergab sich auch für den Bericht in diesem Jahre.

Im einzelnen sei aus der Vorgruppe auf die Arbeit Krückmanns hingewiesen. Von Bedeutung ist die Entscheidung des RG. über die Einwilligung des Verletzten. Zum großen Teile kehren bereits bekannte Entscheidungen wieder. Erwähnt seien die Fragen der Verletzung obligatorischer Rechte, die Verneinung einer Haftung für Verletzung des Vermögens im allgemeinen ohne Beeinträchtigung eines speziellen Rechtsguts. Die Haftpflicht der Gemeinden für die Verkehrssicherheit der Wege, die Haftpflicht der Vermieter und Hauswirte für die Instandhaltung und Beleuchtung der Häuser, die Streupflicht haben wiederholte Entscheidungen veranlaßt. Unter Berücksichtigung der verschiedenen Verkehrsbedürfnisse müssen die Entscheidungen verschieden ausfallen. Von besonderer Bedeutung ist die Entscheidung des RG. über die Haftung bei unentgeltlicher Mitnahme eines Fahrgastes in einem Automobil oder einem mit Pferden bespannten Wagen (vgl. § 823 Abs. 1 Ziff. 5 bb, § 833 Ziff. 6 a). — Zum § 826 sind ebenfalls wieder zahlreiche Erkenntnisse ergangen. Die Lohnkämpfe, die sich von Jahr zu Jahr häufen, beschäftigen in immer größerem Maße die Gerichte. Eine interessante Entscheidung über die Preisunterbietung ist in dem Falle „Reklam" ergangen (§ 826 Ziff. 16 ee β). — Aus der Judikatur zu § 831 sei an die Fälle der Haftung des Automobileigentümers für seinen Chauffeur, des Eigentümers eines Wagens für seinen Kutscher hingewiesen. — Zu § 832 ist eine lehrreiche Entscheidung des KG. über die Haftung des Schullehrers bei Ausflügen ergangen. — § 833 bietet wieder eine Fülle von Anregungen. Im allgemeinen läßt sich nach dem Stande der bisherigen Judikatur, insbesondere des RG. sagen, daß dieser Bestimmung eine Ausdehnung gegeben wird, welche den Anforderungen des Verkehrs durchaus gerecht wird. Die Befürchtung, welcher von gewissen Seiten Ausdruck gegeben wird, daß diese Bestimmung zuungunsten des sog. „kleinen" Mannes, der Pferd und Wagen hält, ausgelegt werde, scheint nicht begründet. Trotz des Votums des Juristentags, der sich einstimmig gegen die Novelle zum § 833 ausgesprochen hat, ist sie wieder eingebracht und vom Reichstag angenommen worden. — Zu § 839 sind zahlreiche wichtige Entscheidungen mitgeteilt. — Die Ersatzansprüche der §§ 843, 844 werden in einer Reihe sehr eingehender und wichtiger Erkenntnisse behandelt. — Bei § 852 sei auf die Entscheidung des RG. über die Verjährung bei fortdauernden Schädigungen hingewiesen.

Literatur: Bauer, Der Begriff des Schutzgesetzes. — v. Blume, Versäumnis des Empfangs einer Willenserklärung, JheringsJ. **51** 1. — Brückner, Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Gastwirt usw., R. **07** 1106. — Finger, Komm. z. Ges. zur Bekämpf. des unlaut. Wettbw., Berlin 1907. — Grunow, Die Tierhaltung nach dem BGB. Berlin (Diss.). — Hamm, Das Züchtigungsrecht der Lehrer, DJZ. **07** 447. — Hilse, R. **07** 692. — Iffland, Eine Lücke in der ZPO., DJZ. **07** 1081. — Krückmann, Verschuldungsabrechnung und Gefährdungsaufrechnung, JheringsJ. **52** 428. — Kuhlenbeck, Die Ehre als Recht im Sinne des § 823 BGB., R. **07** 482. — v. Lippmann, Zur Abänderung des § 833 BGB., SeuffBl. **72** 1015. — Oertmann, Boykott, SeuffBl. **72** 217, 274. — Oppler, Urteilsvollstreckung und Verstoß gegen die guten Sitten, R. **07** 439. — Ortlieb, Anfechtungsges. u. § 826 ABürgR. **30** 32. — Planck, Zur Auslegung und Anwendung des § 826 BGB., DJZ. **07** 7. — Reichel, Verjährung der Deliktsansprüche, R. **07** 178. — Schumacher, Zur Änderung des § 833, JW. **07** 233.

Zu §§ 823 ff. 1. a) *Krückmann 428 ff. Ein Rechtsverhältnis zwischen Schädiger und Verletztem hat auf die Deliktshaftung Einfluß vermittels der Verschuldensabrechnung; z. B. wenn dem Schädiger nach dem betr. Rechtsverhältnisse von der Haftung für Verschulden etwas nachgelassen wird, so wirkt dies auf die Deliktshaftung zurück, weil dann immer eine Erlaubnis, eine Ermächtigung zur Begehung gewisser schuldhafter Handlungen (z. B. leicht fahrlässiger bei dem Gläubigerverzuge) vorliegt, eine solche Erlaubnis aber begriffsnotwendig absolute, d. h. sowohl in Ansehung der Kontraktsklage wie der Deliktsklage wirken muß, oder sonst überhaupt keine Erlaubnis ist.

b) *Krückmann aaO. 463 ff. Entsprechend der Verschuldensabrechnung gibt es auch eine Gefährdungsabrechnung, z. B. bei § 833.

2. Kausalzusammenhang (s. oben § 249 Ziff. 2 u. § 833 Ziff. 4; JDR. 2 zu §§ 823 ff. Ziff. 2, 4 Ziff. 3, 3 Ziff. 4, 2 Ziff. 8, 1 Ziff. 5).

a) SächsRpflA. 07 62 (Dresden). Nicht jede Handlung, die die Verpflichtung zum Schadensersatze zu begründen geeignet ist, ruft allemal auch Schaden hervor. Zahllose rechtswidrige Handlungen bleiben ohne nachteilige Wirkung, und dieselbe Handlung kann in dem einen Falle unschädlich sein, in einem anderen Schaden verursachen. Deshalb besteht keine allgemeine Vermutung dafür, daß eine rechtswidrige Handlung schädlich gewirkt habe. Vielmehr kann immer nur aus den Verhältnissen des einzelnen Falles heraus beurteilt werden, ob diese Wirkung eingetreten ist. Es muß daher in jedem einzelnen Falle die Überzeugung von der schädlichen Wirkung der Handlung begründet sein, ehe der Richter durch Zwischenurteil (im Sinne des § 304 ZPO.) den Ersatzanspruch dem Grunde nach feststellen darf.

b) BayRpflZ. 07 333 (Zweibrücken). Eine Vermutung für den ursächlichen Zusammenhang zwischen Schaden und Verschulden besteht nicht.

c) **RG.** R. 07 378 Ziff. 752. Für den Begriff des Kausalzusammenhangs kommt nicht in Frage, was mit Notwendigkeit geschehen oder nicht geschehen wäre, sondern was nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge in Berücksichtigung der besonderen Umstände, insbes. der getroffenen Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war.

d) α. **RG.** R. 07 182. Hat der Beklagte bewiesen, daß der Kläger schon vor dem Unfall an einem bestimmten Leiden litt und daß die schweren Folgen des Unfalls ohne diese krankhafte Anlage nicht eingetreten sein würden, so ist der ursächliche Zusammenhang dennoch nicht aufgehoben, die entscheidende Ursache der jetzigen Gesundheitsbeschaffenheit des Klägers war der Unfall. Die Krankheitsanlage kann aber für die Frage nach der Höhe des Anspruchs von Bedeutung sein.

β. **RG.** R. 07 688. Hat jemand durch einen Unfall eine Beinverletzung erlitten, die bei ordnungsmäßiger Behandlung ohne Nachteile hätte heilen müssen, ist aber durch einen Kunstfehler des behandelnden Arztes eine Verkürzung des Beines eingetreten, so kann für diesen schädlichen Erfolg nicht mehr der Unfall als adäquate Ursache angesehen werden.

3. Riedel, R. 07 1172, über Schuldhaftung und Kausalhaftung. Er tritt für eine Ausbildung des Prinzips der Gefährdungshaftung ein.

4. Verschulden (s. JDR. 5 zu §§ 823 ff. Ziff. 3, 4 Ziff. 4, 3 Ziff. 5, 2 Ziff. 9, 1 Ziff. 6; s. auch oben § 276 Ziff. 2—4).

a) **RG.** R. 07 309. Eine Fahrlässigkeit, Außerachtlassung der im Verkehr und speziell der in dem Verkehre bei Ausübung der Jagd erforderlichen Sorgfalt kann darin noch nicht ohne weiteres gefunden werden, daß ein Jäger mit dem geladenen Gewehr in der Hand einen $1/2$ m hohen Drahtzaun, mag daran auch ein niedriger Stacheldraht angebracht sein, übersteigt, vorausgesetzt allerdings, daß er dabei behutsam und unter Anwendung der im einzelnen Falle tunlichen Vorsichtsmaßregeln verfährt, insonderheit also sein Gewehr sichert.

b) **RG.** JW. 07 673, ZVersWes. 07 459. Wer sich selbst in Lebensgefahr begibt, um andere zu retten, handelt nur dann ohne Verschulden, wenn er nach den Umständen des Falles berechtigterweise annehmen durfte, sein Vorhaben werde von Erfolg begleitet sein, und nur beim Vorliegen solcher Umstände kann von Erfüllung einer sittlichen Pflicht die Rede sein. S. a. o. zu § 254 Ziff. 8 f β.

c) Konkurrierendes Verschulden s. oben § 254, unten § 833.

5. Widerrechtlichkeit, Notwehr und Notstand (s. JDR. 5 zu §§ 823 ff. Ziff. 4, 4 Ziff. 5, 2 Ziff. 10, 1 Ziff. 7).

a) **RG.** JW. 07 209, ZVersWes. 07 174. Unterschied zwischen „gesetzwidrig" und „strafbar" bei der Frage, ob ein gegen Unfall Versicherter gegen einen ihn Herausfordernden eine gesetzwidrige Handlung vorgenommen hat. — Gesetzwidrig ist

weitergehend als „strafbar"; während strafbar nur das im Gesetze mit Strafe bedrohte Tun ist, ist gesetzwidrig schon eine Handlung, welche, weil sie das Gesetz nicht billigt, ihm zuwiderläuft.

b) **RG. 66** 306, JW. **07** 709. Es handelt sich um die Frage, ob durch die Einwilligung des Verletzten in die an sich unerlaubte Handlung die Widerrechtlichkeit als beseitigt erscheint. Die Meinung, wonach der Einwilligung des Beschädigten diese Wirkung beizumessen sein soll, würde hier keinesfalls in Betracht kommen, weil bei der Tötung als die Beschädigten nach §§ 844, 845 BGB. andere Personen als der Verletzte zu gelten haben, hier eben die Klägerin, und deren Einwilligung nicht in Frage steht. Was aber die Einwilligung des Verletzten anlangt, so ist zwar die Frage, ob diese der Annahme einer Widerrechtlichkeit der Verletzung entgegensteht, nach Verschiedenheit der Fälle verschieden zu beantworten. Aber entschieden zu verneinen ist sie, und zwar, ungeachtet der abweichenden Ansicht Plancks, schon auf Grund des § 216 StGB., für den Fall der Verletzung des Lebens eines anderen.

c) BraunschwZ. **07** 130 (Braunschweig). Wer sich auf Notwehr beruft, hat sie zu beweisen. Die Hauptschwierigkeit besteht darin, festzustellen, ob das gewählte Verteidigungsmittel sich innerhalb des zur Abwehr Erforderlichen gehalten hat. Für diesen Begriff des „Erforderlichen" ist nicht zu verlangen, daß die angewendete Art der Verteidigung bei objektiver Prüfung sich als das in diesem Falle allein Angebrachte oder Zweckmäßigste ergibt; es muß vielmehr für ausreichend gehalten werden, wenn der Angegriffene, sofern ihm überhaupt eine genaue Abwägung der sich ihm darbietenden Mittel zugemutet werden kann, das angewandte Mittel nach Lage der Sache für geeignet halten konnte, wenn er sich so verhalten hat, wie jedermann in gleicher Lage sich voraussichtlich verhalten haben würde. Bei Überschreitung der Notwehr liegt keine Fahrlässigkeit vor, wenn die Überschreitung auf nicht als Verschulden zuzurechnende Umstände zurückzuführen ist (vgl. JDR. **1** vor §§ 823 ff. Ziff. 6 g, **3** zu §§ 823 ff. Ziff. 5 f).

d) R. **07** 251 (Zweibrücken). Das Moment der Rechtswidrigkeit entfällt, wenn die an sich schädigende Handlung durch übergeordnete dienstliche Interessen veranlaßt war.

e) JustdRundsch. **1** 181 (LG. München). Nicht rechtswidrig handelt, wer zwar eine notarielle Beurkundung eines Kaufvertrags über ein Grundstück mündlich versprochen hat, aber den notariellen Abschluß verweigert.

6. BraunschwZ. **07** 160 (Braunschweig). Auf die vom Vertreter begangenen unerlaubten Handlungen läßt sich die Haftung des Vertretenen nicht erstrecken. Ist jemand auf Grund einer Vollmacht zu einer Verrichtung (Abschluß eines Mietvertrags) bestellt, so findet § 831 Anwendung.

7. **RG.** SächsRpflA. **07** 302, PuchéltsZ. **07** 331, RheinA. **104** II 252. Wer mit einem Dritten in einen Gefahren bietenden Verkehr tritt, obwohl er weiß, daß nach Lage der Umstände der Dritte Sicherheitsvorkehrungen zur Abwehrung dieser Gefahr nicht treffen wird, kann nicht daraus, daß diese fehlten, Rechte gegen den Dritten herleiten; er hat nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr auf diese Sicherheitsmaßregeln verzichtet und die dadurch für ihn bedingte Gefahr auf sich genommen. Ihm gegenüber kann die Unterlassung dieser Maßregeln dem anderen nicht zum Verschulden angerechnet werden. Der Gast, der über die Polizeistunde in einem Lokale verweilt, nimmt die Gefahren auf sich, die durch das Auslöschen der Flurlampen entstehen (s. o. § 276 Ziff. 6 a β u. § 823 Abs. 1 Ziff. 5 d δ). — Ebenso das in der Entsch. angef. Urt. des RG. v. 22. Oktober 1906 (Rep. VI 75/06) über die Haftung des Fuhrwerksbesitzers dem eingeladenen Fahrgaste gegenüber.

8. Klage auf Unterlassung (s. JDR. **5** zu §§ 823 ff. Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 11, **1** Ziff. 10).

a) **RG.** JW. **07** 47, PucheltsZ. **07** 328. Jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetze geschütztes Recht berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind; das Schuldmoment kommt bei einer solchen Klage ebensowenig in Betracht, wie die Wahrnehmung berechtigter Interessen.

b) **RG.** R. **07** 974. Zur Begründung eines Anspruchs auf Unterlassung gehört, daß die Gefahr einer Wiederholung einer objektiv widerrechtlichen Handlung vorliegt.

c) **RG.** JW. **07** 505, SächsRpflA. **07** 162 (Dresden). Klage auf Unterlassung.

d) **RG.** PucheltsZ. **07** 328. Eine unerlaubte Handlung berechtigt den Beschädigten nur zur Klage auf Beseitigung, künftige Unterlassung und Schadensersatz; unter Beseitigung würde nach Befinden die Zurücknahme der widerrechtlichen Behauptung fallen, soweit sich deren Folgen noch geltend machen.

9. Klagenkonkurrenz (s. JDR. **5** zu §§ 823 ff. Ziff. 5, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 7, **1** Ziff. 8). **RG.** JW. **07** 358 läßt dahingestellt, ob zwischen dem Anspruch aus §§ 463 und 826 eine Konkurrenz besteht (s. unten zu § 852).

10. Beweislast (s. JDR. **5** zu §§ 823 ff. Ziff. 8, **4** Ziff. 11, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 12, **1** Ziff. 11).

a) **RG.** JW. **07** 139, SeuffBl. **07** 590. Übereinstimmend mit dem früheren Rechte ist auch für das Recht des BGB. anzunehmen, daß zur Begründung eines auf vorsätzliche Tötung oder Körperverletzung gegründeten Schadensersatzanspruchs die Behauptung, daß die Tötung oder Körperverletzung widerrechtlich erfolgt sei, neben der Darlegung, daß die Handlung vorsätzlich geschehen sei, vom Kläger nicht besonders aufgestellt zu werden braucht, daß es vielmehr die Aufgabe eines sog. entstehungs- oder rechtshindernden Einwandes des Beklagten bildet, darzulegen, daß ein die Widerrechtlichkeit, die an sich der Tötung oder Körperverletzung anhaftet, ausschließender besonderer Umstand, wie Notwehr, die Handlung geboten habe. Daraus folgt dann, daß nicht der Kläger die Widerrechtlichkeit der Handlung, sondern lediglich der Beklagte die Voraussetzungen des die Widerrechtlichkeit ausschließenden Tatbestandes, insbesondere die der Notwehr, zu beweisen hat.

b) **RG.** R. **07** 1464. Hat ein Gläubiger bei einer gegen den Schuldner betriebenen Zwangsvollstreckung Vermögensstücke des Schuldners rechtswidrig versteigern lassen und sich dadurch schadensersatzpflichtig gemacht, so hat der Schuldner, da ihm durch die Versteigerung das Eigentum an den Gegenständen entzogen worden ist, seiner Beweispflicht, daß ihm ein Schaden entstanden sei, genügt, wenn er dartut, daß der Steigerlös hinter dem wirklichen Werte der Sachen zurückgeblieben sei. Wendet der Gläubiger alsdann ein, daß der Schuldner sich doch in Kürze eine Versteigerung der Sachen habe gefallen lassen müssen und daß auch diese Versteigerung einen höheren Steigerlös nicht ergeben haben würde, so ist er nach dieser Richtung beweispflichtig.

11. **RG.** R. **07** 1136. Der Beschädigte braucht sich das, was ihm von dritter Seite aus Anlaß eines Unfalls zugewendet worden ist, nicht auf seinen Schadensanspruch anrechnen zu lassen. Anders liegt jedoch die Sache, wenn den Dritten an dem Unfalle gleichfalls ein Verschulden trifft und die Leistung durch den Dritten zur Erfüllung der diesem obliegenden Schadensersatzpflicht erfolgt.

12. **RG.** R. **07** 378 Ziff. 753. Für jeden einzelnen Schadensersatzanspruch muß erst festgestellt werden, daß irgendein Schaden dieser Art überhaupt entstanden ist. Aber für den immateriellen Schaden bedarf es, wenn einer der im § 847 als Voraussetzungen für den Ersatz in Geld hingestellten Fälle überhaupt vorliegt, nach der Natur der Sache niemals einer besonderen Feststellung.

§ 823. I. Abs. 1. 1. Körperverletzung (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 2, **4** Ziff. 4, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 5).

a) Hamm. Der Arzt, der durch eine operative oder innerliche Behandlung das Leben, den Körper oder die Gesundheit des Kranken verletzt, muß bei Fahrlässigkeit dem Kranken bzw. den unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen den Schaden ersetzen, ohne Rücksicht darauf, ob er die Behandlung berechtigt oder unberechtigt vorgenommen hat. Liegt keine Fahrlässigkeit vor, war die Verletzung des Körpers die notwendige Folge der Behandlung, somit dem Kranken von dem Arzte vorsätzlich zugefügt, so haftet der Arzt für den Fall, daß er den operativen oder innerlichen Eingriff rechtswidrig vorgenommen hat. Dabei ist es gleichgültig, ob die Operation zur Heilung geführt hat oder nicht. Tatsächlich wird es allerdings bei einer geglückten Operation an einem Schaden fehlen, da der Schaden, der durch die Operation und die damit verbundene Verletzung des Körpers eintritt, regelmäßig durch die Vorteile der Heilung ausgeglichen wird. Andererseits trifft die Haftung des Arztes bei einer unbefugten Operation selbst für den Fall zu, daß durch den Eingriff eine Verletzung des Körpers nicht stattgefunden hat; eine Verletzung der Freiheit liegt bei einer wider den Willen des Kranken geschehenen Operation stets vor. — Auf jeden Fall hat der Arzt bei einer widerrechtlichen Operation keinen Anspruch auf Honorar. S. a. o. zu § 683 Ziff. 2.

b) Gilbert, FischersZ. **33** 15 ff., über das Züchtigungsrecht des Lehrers, bes. in Sachsen. S. a. o. zu § 679 Ziff. 1.

c) BraunschwZ. **07** 140 (Braunschweig). Verletzung eines Schulkindes infolge Abfliegens eines Stückes des zur Züchtigung eines anderen Kindes vom Lehrer gebrauchten Stockes. Haftung des Lehrers in concreto verneint.

2. Verletzung des Eigentums (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 4, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 4, **1** Ziff. 7).

a) **RG.** EisenbE. **23** 233. Haftung einer Kleinbahn für Beschädigung durch Funkenflug. Vgl. zu §§ 823 Abs. 1; JDR. **5** Ziff. 4 b, **4** Ziff. 6 d, **3** Ziff. 5 b.

b) **RG.** JW. **07** 299, SächsRpflA. **07** 422. Es ist davon auszugehen, daß, wenn der Tatbestand vorliegt, der nach § 907 BGB. dem Eigentümer eines Grundstücks das Recht zum Widerspruche gegen eine auf dem Nachbargrundstücke bestehende Anlage gibt, ihm in den Fällen, wo ihm dieses Recht ausnahmsweise gesetzlich versagt wird, ein Anspruch auf den Ersatz des Schadens zusteht, der aus der unzulässigen Einwirkung der Anlage auf sein Grundstück entsteht.

c) **RG.** R. **07** 1135. Darin, daß ein Bankier von einem Kunden Wertpapiere, von denen er weiß, daß sie dem Kunden nicht gehören, zur Lombardierung entgegennimmt, kann eine widerrechtliche Verletzung des Eigentums an den Wertpapieren gefunden werden.

d) R. **07** 974 (Cassel). Wenn ein Gesetz (z. B. das Kurhessische Jagdgesetz vom 7. September 1865) bestimmt, daß Schwarz- und Rotwild nur in Parks oder solchen Revieren unterhalten werden darf, die dergestalt befriedet sind, daß das Wild weder ausbrechen noch an fremdem Eigentume Schaden anrichten kann, so kann einen Anspruch auf Ersatz des durch die Verletzung eines solchen Gesetzes entstandenen Schadens nur der Eigentümer (Pächter ꝛc.) des beschädigten Grundstücks, nicht aber der Jagdberechtigte oder derjenige erheben, der den Ersatz des Wildschadens durch Vertrag mit dem Jagdberechtigten übernommen hat.

3. Verletzung des Vermögens im allgemeinen (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 5, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 5, **1** Ziff. 7 b).

a) **RG.** **65** 210, JW. **07** 251. § 823 Abs. 1 schützt nicht ganz allgemein gegen jede, sei es vorsätzlich, sei es fahrlässig herbeigeführte Vermögensbeschädigung, er setzt vielmehr innere Verletzung eines speziellen Rechtsguts eines anderen voraus, und als ein solches mag das Recht eines jeden auf ungestörte und uneingeschränkte

Betätigung der eigenen gewerblichen Tätigkeit erachtet werden können, keinenfalls aber ist schon die Aussicht auf Erwerb und die Aussicht auf Gewinnung von Kundschaft dazu zu rechnen.

b) SeuffBl. **07** 1107 (München). Keine Haftung nach BGB. für fahrlässige Vermögensbeschädigung außerhalb eines Vertrags. Ebenso KGBl. **07** 79 (KG.).

c) SeuffA. **62** 65 (Braunschweig) § 823 Abs. 1 ist auf den Fall der culpa in contrahendo nicht anwendbar.

4. Sonstiges Recht (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 6, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 8).

a) **RG. 64** 155, DJZ. **07** 65 (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 6 e α). Unter die sonstigen Rechte fällt das Recht auf freie Erwerbstätigkeit nicht, es sei denn, daß ein konkreter, in einem gewerblichen Unternehmen verkörperter Gewerbebetrieb vorliegt. Die ärztliche Berufstätigkeit ist nicht schlechthin ein Gewerbe. Vgl. DJZ. **07** 1091 (Dresden).

b) HansGZ. **07** Beibl. 20 (Hamburg). Der eingerichtete Gewerbebetrieb ist ein durch § 823 Abs. 1 geschütztes Gut. Schadensersatz durch Boykott. Ebenso HansGZ. **07** Beibl. 34 (Hamburg).

c) Kuhlenbeck, R. **07** 482, führt unter Berücksichtigung der Literatur und Rechtsprechung aus, daß die Ehre ein Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. ist.

d) SächsRpflA. **07** 162 (Dresden). Zu den sonstigen Rechten des § 823 Abs. 1 gehört auch der Besitz. AA. OLG Kiel JDR **5** § 823 Abs. 1 Ziff 6 b.

e) **RG.** JW. **07** 332. Der Pfandschuldner ist an sich nicht gehindert, einzelne Zubehörstücke durch Veräußerung dem Pfandverbande zu entziehen; er handelt aber widerrechtlich und macht sich ersatzpflichtig, wenn er Veräußerungen arglistig zu dem Zwecke vornimmt, dem Gläubiger die Ausübung des Pfandrechts zu erschweren oder zu vereiteln. Er verletzt das dingliche Hypothekenrecht.

f) Breit, SeuffBl. **06** 589 ff. (596). Mag auch die Ansicht des Reichsgerichts (**RG. 57** 353 ff.) zutreffend sein, daß unter die „sonstigen Rechte" des § 823 Abs. 1 Forderungsrechte nicht fallen, so ist kein Grund vorhanden, die „Rechte des rechtlichen Könnens" gleichfalls auszuschließen, die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 1 also auf absolute Rechte zu beschränken.

g) v. Blume, JheringsJ. **51** 1—24. § 823 Abs. 1 bezieht sich nur auf absolute Rechte. Das Recht, eines anderen Rechtsbeziehungen durch Willenserklärung zu gestalten, ist durch § 823 nicht geschützt.

h) Schutz des obligatorisch Berechtigten (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 6 e, **4** Ziff. 8 f, **3** Ziff. 7 f, **2** Ziff. 6 f, **1** Ziff. 8 e).

α. **RG.** R. **07** 1534. Die Verletzung eines obligatorischen Rechtes durch einen Dritten fällt nicht unter § 823 Abs. 1 BGB. Das RG. läßt dahingestellt, ob dies auch dann gilt, wenn jene Verletzung mittelbar ein Pfandrecht an jener Forderung trifft.

β. SächsRpflA. **07** 160 (Dresden). Durch einen Dritten kann ein bestehendes Vertragsverhältnis mit einer unerlaubten Handlung i. S. des Gesetzes nicht verletzt werden.

γ. BraunschwZ. **07** 129 (Braunschweig). § 823 bezieht sich nicht auf Verletzung vertragsmäßiger Pflichten.

5. Einzelne Fälle (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7, **4** Ziff. 9, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 9).

a) **RG.** R. **07** 973. Es verstößt gegen die im Verkehre gebotene Vorsicht, wenn an Orten, wo Kinder sich aufzuhalten und zu spielen pflegen, Gegenstände unverwahrt und ohne Aufsicht stehen gelassen werden, bei denen die Gefahr besteht, daß Kinder, die sich damit zu schaffen machen, dabei sich oder andere an ihrer Gesundheit verletzen. Aber dies gilt nicht schlechthin von allen Gegenständen, bei denen

eine solche Schadenszufügung überhaupt möglich erscheint, die erwähnte Gefahr muß vielmehr zufolge der besonderen Beschaffenheit des Gegenstandes nach den Erfahrungen des täglichen Lebens eine naheliegende sein.

b) SeuffBl. **07** 678 (Zweibrücken). Verschulden eines Dampfsägewerkbesitzers, der einen mit der Tätigkeit des Holzschneidens nicht besonders vertrauten Mann an eine gefährliche, mit der vorschriftsmäßigen Sicherung nicht versehene Maschine stellt. Fehlender Kausalzusammenhang.

c) Haftung für Wege, Straßen, Verkehrsorte (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 d, **4** Ziff. 9 c, **3** Ziff. 9 c, **2** Ziff. 7 c, **1** Ziff. 9 d).

α. **RG.** R. **07** 1136. Die privatrechtliche Verantwortlichkeit einer Gemeinde für Beschädigungen, die durch mangelhafte Instandhaltung eines dem öffentlichen Verkehre dienenden Ortswegs herbeigeführt sind, hängt nicht davon ab, daß die Gemeinde Eigentümerin des Weges ist. Es genügt eine tatsächliche und rechtliche Beziehung, die die Verpflichtung zur Sorgfalt gegenüber dem Publikum schafft. Diese Beziehung liegt in der Zweckbestimmung, vermöge deren die Gemeinde die Sache dem öffentlichen Verkehre widmet; mit dieser Zweckbestimmung übernimmt sie die Verantwortung für die Sicherheit des von ihr eröffneten Verkehrs (vgl. **RG. 54** 53). Diese Sätze treffen nicht zu auf eine Provinzialstraße, auch wenn die Unterhaltung dieser Straße tatsächlich von der Gemeinde ausgeübt worden ist. Denn hier ist es nicht die Gemeinde, sondern der Staat bzw. die Provinz, welche die Straße dem öffentlichen Verkehre gewidmet und übergeben hat. Diese sind die Eigentümer der Straßenfläche und für diese unterhaltspflichtig. Diese Unterhaltspflicht kann auch nicht durch einen privatrechtlichen Vertrag (vgl. **RG. 40** 297, **64** 7 ff.) auf einen anderen abgewälzt werden.

β. **RG.** SeuffBl. **07** 24. Haftung einer Dorfgemeinde für den Zustand einer Straße. Es ist als eine Überspannung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt anzusehen, wenn man von einer Dorfgemeinde fordert, daß sie die Straße von hartgefrorenen Bodenteilen, die sich infolge des Fahr- und Fußverkehrs vom Straßenkörper losgelöst haben, freihalte.

γ. R. **07** 448 (Cassel). Eine ländliche Gemeinde genügt der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, wenn sie zur Verhütung der Gefahren, die aus der infolge des Schlittenfahrens der Kinder in den Ortsstraßen entstehenden Glätte drohen, die Bestreuung der Straßen mit abstumpfendem Material (Asche, Sand) öffentlich anordnet und das Schlittenfahren der Kinder in den Ortsstraßen öffentlich verbietet.

δ. R. **07** 251 (Stuttgart). Ist infolge der Vereisung einer Ortsstraße durch Umstürzen eines Wagens ein Schaden entstanden, so haftet nach §§ 823, 31, 89 BGB. die Gemeinde, sofern ihre Organe, insbesondere der Ortsvorsteher, in fahrlässiger Weise das Einschreiten unterlassen haben. Die Anstellung eines besonderen Wegemeisters enthebt die verfassungsmäßigen Vertreter der Fürsorge und Oberaufsicht nicht. Ihre Haftung ist auch nach § 831 BGB. begründet, wenn der Entlastungsbeweis in betreff der der Gemeinde obliegenden Leitung der Verrichtungen nicht geführt werden kann.

ε. BraunschwZ. **07** 137 (Braunschweig). Eine Brücke von $2\frac{1}{2}$ m Länge und 2 m Breite, die den Zugang zu einem Hause bildet, insbesondere in einem wenig verkehrsreichen Teile einer mittleren Stadt, bedarf nicht ohne weiteres eines Geländers.

ζ. **RG.** R. **07** 447. Ob ein Gewässer (Eisweiher) durch eine Einzäunung verwahrt werden muß, hängt vom Umfange des Verkehrs und von den örtlichen und sonstigen Verhältnissen im einzelnen Falle ab. Der Verwahrungspflichtige ist für die dauernde Instandhaltung der Einzäunung verantwortlich.

η. **RG.** R. **07** 1135 Ziff. 2722. Zur Beleuchtungspflicht der Gemeinde. —

Ebd. Ziff. 2725. Pflicht des Unternehmers von Pflasterarbeiten zur Beleuchtung der Arbeitsstelle.

ϑ. Beleuchtungspflicht. BadRpr. **07** 41 (Karlsruhe). Verpflichtung einer Gemeinde zur Straßenbeleuchtung bei Tiefbauarbeiten. Die Vertreter der Gemeinde haben die Überwachungspflicht über die Beleuchtung. — **RG.** R. **07** 251. Unerheblich ist, ob bisher Unfälle infolge mangelhafter Beleuchtung an der Unfallstelle nicht vorgekommen sind. Maßgebend ist nur, ob ein gefährlicher Zustand — durch Nichtbeleuchtung des einzigen Zugangs zwischen der Eingangspforte und der Ausstellungshalle — gegeben und als solcher für den Unternehmer der Ausstellung erkenntlich war und ob der Verletzte infolge dieses gefährlichen Zustandes den geltend gemachten Schaden erlitten hat. — **RG.** R. **07** 378 Ziff. 754. Kein Verschulden der Bahnverwaltung, wenn sie einen Nebenweg, den nur Ortskundige benutzen, nicht beleuchtet. — BraunschwZ. **07** 136 (Braunschweig). Keine Verpflichtung zur Beleuchtung in kleinen Ortschaften.

ι. **RG.** HansGZ. **07** Beibl. 217 (vgl. das in ders. Sache ergangene Urteil JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 d). Eine Gemeinde, auch eine Stadtgemeinde, wird der Regel nach nicht für verpflichtet zu erachten sein, ihre Straßen durch die ganze Nacht zu beleuchten; ebenso kann nicht die Rede davon sein, daß sie den nächtlichen Verkehr überall, wo nicht Gebäude die Straßenzüge begrenzen oder wo Unterschiede im Straßenniveau in der Dunkelheit übersehen werden könnten und so eine gewisse Gefahr des Stürzens für den Passanten entsteht, Schutzwehren angebracht werden müßten. Wohl aber ist eine solche Verpflichtung anzuerkennen, wo an besonderen Stellen besondere Gefahren, die über die gewöhnliche Gefahr des Nachtverkehrs auf den Straßen hinausgehen, begründet sind.

κ. **RG.** R. **07** 699. Haftung einer Gemeinde wegen nicht gehöriger Verwahrung einer Grube bei Ausschachtungsarbeiten.

λ. **RG.** PrVerwBl. **29** 30. Haftung einer Stadtgemeinde für Schäden, die auf schuldhaft unterlassene Verrichtungen ihrer Baudeputation zurückzuführen sind. Die Baudeputation ist eine verfassungsmäßige Vertreterin der Beklagten. — WürttJ. **19** 270 (Stuttgart). Haftung einer Gemeinde für mangelhafte Sicherung einer Straße, deren Unterhaltung die Amtskörperschaft vertragsmäßig übernommen hat (württ. Recht).

μ. **RG.** R. **07** 447. Der Steinbruchbesitzer haftet für Unfälle, die durch die Enge und schlechte Beschaffenheit des Abfuhrwegs für die die Abfuhr der Steine ausführenden Fuhrunternehmer herbeigeführt werden.

d) Haftung der Gastwirte, Vermieter, Hauseigentümer (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 e, **4** Ziff. 9 d, **3** Ziff. 9 d, **2** Ziff. 7 c γ, **1** Ziff. 9 e).

α. HansGZ. **07** Beibl. 199 (Hamburg). Verpflichtung desjenigen, der in Gebäuden oder auf Wegen einen Verkehr für andere eröffnet zur Herstellung und Erhaltung der Vorkehrungen, welche der gefahrlose Verkehr erfordert. Haftung des Hauseigentümers für mangelnde Beleuchtung. — BayRpflZ. **07** 438 (Augsburg), BraunschwZ. **07** 132 ff. (Braunschweig), MecklZ. **26** 20 (Rostock). Eröffnung des Verkehrs in einem Wirtshause.

β. Brückner s. oben zu § 535 Ziff. I 1 b. Neben der Haftpflicht des Gastwirts aus dem Vertrage mit dem Gaste geht die außervertragliche jedem Besucher des Gastlokals gegenüber bestehende Haftpflicht einher. Diese außervertragliche Haftpflicht kann von dem Gaste namentlich dann herangezogen werden, wenn es sich um den bei der vertraglichen Haftpflicht nicht zulässigen Anspruch auf Schmerzensgeld handelt.

γ. **RG.** JW. **07** 332, ZVersWes. **07** 459. Der Rechtssatz, daß derjenige, der durch Vermietung einen Verkehr in seinem Hause für andere eröffnet, die Zugänge in verkehrssicherem Zustande zu halten hat, ist aus der Anschauung und den Anforderungen des Verkehrs hervorgegangen. Die Verpflichtung des Eigentümers erstreckt

sich jedoch nur auf den allgemeinen Verkehr in seinem Hause, nicht aber auf den darüber hinausgehenden Verkehr, der durch die besonderen persönlichen, gesellschaftlichen oder gewerblichen Bedürfnisse und Gepflogenheiten eines Mieters hervorgerufen wird. Diesen Verkehr hat der Mieter eröffnet. Sache des Mieters ist es daher, den ausgedehnten Verkehr durch Übernahme jener Obliegenheiten zu sichern. Derjenige, der infolge Versäumung von Vorkehrungen zu Schaden kommt, die durch den von einem Mieter veranlaßten besonderen Verkehr geboten sind, wird sich deshalb an den Mieter zu halten haben.

δ. BadRpr. **07** 223 (Karlsruhe). Haftung des Wirtes für den verkehrssicheren Zustand des Zuganges zum Wirtschaftslokale. — **RG.** R. **07** 973. Haftung für Zustand des Hauses. Verschulden verneint. Vgl. **RG.** R. **07** 1067 Ziff. 2548. — **RG.** R. **07** 1464. Befindet sich in einem Hauseingang eine Luke, durch die nach Entfernung des Verschlusses das Brennmaterial in den Keller einzubringen ist, so handelt der Hauseigentümer fahrlässig, wenn er es unterläßt, von vorherein geeignete Vorsichtsmaßregeln zu treffen, durch die in Zeiten, wo die Luke geöffnet ist, der Gefahr des Hineinstürzens vorgebeugt wird.

ε. Instandhaltung von Treppen. HansGZ. **07** Beibl. 293 (Hamburg). Keine Verpflichtung des Hauseigentümers angenommen, den obersten Treppenabsatz zu beleuchten, der zu Werkstellen und Bodenräumen führt, obwohl dort Hausmädchen und die in den Werkstellen Beschäftigten verkehrten. — HansGZ. **07** Beibl. 295 (Hamburg). Verpflichtung des Hauseigentümers und des Verwalters, allzu sehr abgenutzte Treppenstufen zu erneuern. — BraunschwZ. **07** 132 (Braunschweig). Verpflichtung des Inhabers eines Ladens, die zu dem Laden führende Treppe in ordnungsmäßigem Zustande zu erhalten. — **RG.** BraunschwZ. **07** 133 über die Haftung des Hauseigentümers für die ordnungsmäßige Beschaffenheit der Hausschwelle. Vorliegend kein Verschulden angenommen. — **RG.** R. **07** 378 Ziff. 755. Verpflichtung des Hauseigentümers zur Verdeckung und Verwahrung des Kellereinganges. Ein Verbot an die Mieter, vor Absteigen in den Keller stets die vorhandenen Sicherheitsmaßregeln zu treffen, entlastet den Hausbesitzer nicht, da er mit der Nichterfüllung rechnen muß. — BayRpflZ. **07** 438 (Augsburg). Haftung des Mieters für mangelhafte Verschließung eines Kellereinganges.

ζ. **RG.** R. **07** 1135. Befindet sich auf dem Hofe eines Warenhauses in der Nähe eines allerdings nicht für die Besucher des Warenhauses bestimmten Aborts eine nicht gehörig verwahrte Kelleröffnung, so genügt der Inhaber des Warenhauses, wenn ihm bekannt ist, daß von den Angestellten den Käufern die Benutzung jenes Aborts schon gestattet wurde, und daß hiermit trotz Wiederholung des Verbots auch fernerhin zu rechnen sei, der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht schon dadurch, daß er den Angestellten verbietet, nach Beginn der Dunkelheit die Klappen, mit denen die Kelleröffnung zu bedecken ist, offen stehen zu lassen und fremden Besuchern des Warenhauses den Besuch dieses Aborts zu gestatten.

η. **RG.** R. **07** 246. In dem unbefestigten Hinlegen eines Stoffläufers auf dem Gange in einem Hotel, dessen Belag Tonfliese mit nicht geriefter Oberfläche gebildet haben, kann eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht gefunden werden. Die auf einem solchen Läufer Schreitenden merken alsbald, ob der Läufer befestigt ist oder nicht, und werden letzterenfalls ihr Verhalten danach einrichten.

ϑ. **RG.** SächsRpflA. **07** 302, PucheltsZ. **07** 331, RheinA. **104** II 252. Keine Haftung des Wirtes, wenn ein Gast, der bewußt über die Polizeistunde in einer Wirtschaft verweilt, auf dem Hofe einen Unfall erleidet. S. oben § 276 Ziff. 6a β u. vor §§ 823 ff. Ziff. 7.

ι. **RG.** JW. **07** 73. Haftpflicht des Gastwirts verneint, wenn eine mit Hutsteifen versehene Leiste, die jahrelang in Ordnung war, herabfällt.

κ. Beleuchtungspflicht.

αα. **RG.** R. **07** 829. Der Hauseigentümer, der für eine gehörige Beleuchtung der Treppen seines Miethauses zu sorgen hat, darf die Verrichtung der Beleuchtung und deren ordnungsmäßige Überwachung einem Hausmeister oder einem Mieter übertragen. Er haftet dann nach § 831 für die sorgfältige Auswahl dieser Personen und außerdem für die Wahrnehmung einer allgemeinen Aufsicht nach § 823 Abs. 1. Diese allgemeine Aufsicht erfordert nicht eine regelmäßige Kontrolle; es genügt vielmehr für gewöhnlich, wenn der Hauseigentümer gelegentlich an Ort und Stelle sich vergewissert, daß die Beleuchtung ordnungsmäßig erfolgt. Wird dem Hauseigentümer aber mitgeteilt, daß von den dazu bestellten Personen die Beleuchtung unordentlich oder unregelmäßig bewirkt wird, so erfordert es die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, daß er die geeigneten Maßregeln trifft, um den Übelstand abzustellen.

ββ. R. **07** 1402 (KG.). Eine Beleuchtung des Hofes allein aus dem Grunde, weil die Besucher der Gastwirtschaft oft den Hof statt des Pissoirs benutzen, kann von dem Gastwirte nicht verlangt werden. Es genügt, wenn er das Pissoir und den Weg dazu für die Gäste erkennbar machte. Die Gäste, die lieber den Hof benutzen, tun dies auf ihre eigene Gefahr. — **RG.** SchlHolstAnz. **07** 298. Verpflichtung des Hauswirts, für Beleuchtung der Treppenaufgänge zu sorgen, auch wenn eine polizeiliche Vorschrift hierüber nicht besteht. Eigenes Verschulden des Verletzten. — BraunschwZ. **07** 135 (Braunschweig). Haftung wegen mangelhafter Beleuchtung.— **RG.** R. **07** 1464 Ziff. 3641. Haftung wegen Nichtbeleuchtung des Zugangs zu einer Villa.

λ. BraunschwZ. **07** 130 (Braunschweig). Wer einen Automaten zum Zwecke des Verkaufs aufstellt, hat dafür die Garantie zu übernehmen, daß derjenige, der an dem Automaten ziehen will, ungefährdet herangelangen kann.

e) Streupflicht (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 f, **4** Ziff. 9 e, **3** Ziff. 9 e, **2** Ziff. 7 e, **1** Ziff. 9 f).

α. **RG.** JW. **07** 251. Fahrlässigkeit liegt nicht vor, wenn man bezüglich der Streupflicht bei Glatteis die Verpflichtung ohne Fahrlässigkeit nicht kennt.

β. **RG.** HansGZ. **07** Beibl. 209. Verpflichtung des Staates (Bremen), bei Glatteis die Umgebung eines Brunnens durch Streuen abzustumpfen. Der Beklagte ist von seiner Verantwortlichkeit befreit, wenn er die Arbeiten des Streuens zum Schutze gegen die Gefahren des Glatteises einem geeigneten Unternehmer vertragsmäßig übertragen hat, vorausgesetzt, daß diese Übertragung im vollen Umfange seiner eigenen Verpflichtungen stattgefunden hat und daß er die Ausführungen in gehöriger Weise überwacht. Legt er dem Unternehmer die Verpflichtung auf, an den Sonntagen nur einmal zu streuen, so genügt er seiner Verpflichtung nicht.

γ. **RG.** BayRpflZ. **07** 193. Unterläßt eine Stadtgemeinde die Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Beseitigung des Glatteises auf einer Brücke, so ist die Unterlassung nicht schuldhaft und verpflichtet nicht zum Schadensersatze, wenn die Gemeinde, sei es auch infolge eines Rechtsirrtums, die Verbindlichkeit nicht kannte und wenn Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruhte. In dem vorliegenden Falle hatte der Kreis und die Stadtgemeinde auf dem Standpunkte gestanden, daß den Kreis die Verpflichtung treffe. Der Kreis hatte seit Jahren die Verpflichtung erfüllt.

δ. **RG.** PrVerwBl. **29** 10. Ersatzpflicht der Stadtgemeinde. Die Stadtgemeinde hat eine schuldhafte Handlung bestritten, weil sie nach Observanz und Polizeiverordnung zum Streuen nicht verpflichtet sei. Diese Verteidigung, daß die Beklagte wegen eines entschuldbaren Irrtums über den Sinn der Observanz und Polizeiverordnung außer Verschulden sei, darf nicht unbeachtet bleiben.

ε. R. **07** 1402 (Hamm). Die Stadtgemeinde, welche zur Bestreuung der Straßen bei Glatteis eine für die gewöhnlichen Verhältnisse ausreichende Zahl von Personen

anstellt, kann nicht haftpflichtig gemacht werden, wenn an einem Tage, an dem das Glatteis in einem Maße herrschte wie fast nie sonst, diese Zahl nicht ausreicht. Es liegt in der Natur der Sache, daß in einer großen Stadt die Straßen nur nach und nach bestreut werden können.

ζ. BadRpr. **07** 198 (Karlsruhe). Die Streupflicht richtet sich nach den Bedürfnissen des Verkehrs. Eine Verpflichtung, zu früher Morgenstunde oder später Abendstunde zu streuen, besteht nicht.

η. RheinA. **104** I 121 (Düsseldorf). Die Pflicht der Gemeinde, ihren Bürgersteig bei Eisglätte zu bestreuen, fällt fort, wo Observanz diese Pflicht dem Anlieger auferlegt.

ϑ. **RG.** R. **07** 377 Ziff. 748. Der Hausbesitzer, der vormittags 8 Uhr bemerkt, daß trotz Glätte noch nicht gestreut ist, hat dafür zu sorgen, daß das Versäumte alsbald nachgeholt werde. — BayObLG. (Straff.), SeuffBl. **07** 58. Die Verpflichtung des Hausbesitzers, bei Glatteis Sand zu streuen, erstreckt sich nicht auf die Nachtstunden. Besondere Ausnahmen gelten für Nachtcafés, Theaterrestaurants usw.

ι. MecklZ. **26** 20 (Rostock). Die Verpflichtung des Mieters zum Streuen erstreckt sich nur auf solche Örtlichkeiten, an denen wirklich ein Verkehr stattfindet. Bei solchen Räumlichkeiten aber, die nicht regelmäßig und nur in beschränktem Maße von dem Mieter allein benutzt werden, kann eine Verpflichtung des Vermieters, durch Streuen jedem Unfalle vorzubeugen, nicht anerkannt werden; es muß vielmehr bei ihnen dem Mieter, als dem die fraglichen Räumlichkeiten und Zugänge ausschließlich benutzenden, selbst überlassen bleiben, Gefahren aus derartigen gefahrbringenden Zuständen, die er selbst ohne Beschwer zu beseitigen in der Lage ist, seinerseits vorzubeugen.

κ. **RG.** JW. **07** 364. Keine Rechtspflicht zum Bestreuen eines vor einem Privathaus angelegten Backsteinpflasters bei Eisglätte. Der Beklagte hat nur aus freundnachbarlicher Duldung den Verkehr auf dem Pflaster zugelassen, so daß ihm nicht die Rechtspflicht oblag, für dessen Sicherheit besonders tätig zu sein.

λ. **RG.** R. **07** 377 Ziff. 749. An jeden Wirt sind in betreff der durch Glatteis auf den Wirtschaftszugängen entstehenden Gefahr höhere Anforderungen zu stellen, als an den Hausbesitzer in betreff des Glatteises auf öffentlichem Bürgersteige.

μ. BraunschwZ. **07** 71 (Braunschweig). Haftung einer Eisenbahn für einen durch mangelhafte Reinigung eines Bahnüberganges von Eis und Schnee verursachten Unfall.

f) Haftpflicht der Notare (s. unten zu § 839). **RG.** R. **07** 251. Erteilt jemand einem Notar den Auftrag, für ihn die Eintragung einer Darlehnshypothek an zweiter Stelle (für eine abgelöste Hypothek) zu bewirken, so ist die tatsächliche Eintragung der Hypothek an späterer, nicht mehr Deckung bietender Stelle, die Folge der Nichterfüllung des Auftrags durch den Notar, die Grundlage für einen Schadensersatzanspruch.

g) Posthaftpflicht (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 h, **4** Ziff. 9 g, **3** Ziff. 9 g).

h) Ersatzansprüche aus Betrieben und Anlagen (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 i, **4** Ziff. 9 h).

α. **RG.** R. **07** 1402. Eine Stadtgemeinde, die durch einen selbständigen Unternehmer Kanalisationsarbeiten ausführen läßt, genügt der ihr obliegenden Verpflichtung, für die Sicherheit des Verkehrs auf den von den Kanalisationsarbeiten betroffenen städtischen Straßen zu sorgen und deshalb die von dem Unternehmer zu bewirkende Ausführung geeigneter Schutzmaßregeln zu überwachen, wenn sie zu diesem Zwecke für die einzelnen Straßen zuverlässige Bauaufseher und außerdem auch technisch vorgebildete Leute anstellt. Dagegen kann nicht auch eine Verpflichtung des für Bauangelegenheiten bestellten verfassungsmäßigen Vertreters der Stadt anerkannt werden, seinerseits wieder persönlich die mit der Überwachung betrauten

technischen Beamten speziell nach der Richtung zu überwachen, ob sie genügend für die Absperrung der Aufgrabungen in den einzelnen Straßen sorgen, es sei denn, daß nach dieser Richtung ein besonderer Anlaß gegeben ist. — OLG. **14** 36 (Hamburg). Haftung der Gemeinde für die Unterlassung von Sicherheitsmaßregeln beim Aufgraben einer Straße.

β. PucheltsZ. **07** 492 (Colmar). Der Reichsmilitärfiskus haftet in Elsaß-Lothringen für den Schaden, den jemand dadurch erleidet, daß der in Ausübung des ihm anvertrauten Militärhoheitsrechts handelnde Offizier aus Versehen unzulängliche Absperrungsmaßregeln getroffen hat.

γ. **RG.** R. **07** 636. Der Satz, daß der Eisenbahnunternehmer den Fahrgästen gegenüber für den ordnungsmäßigen Zustand der Zu- und Abgänge zu ihren Beförderungsmitteln haftet, gilt nicht ohne weiteres für jeden Zugangsweg zum Bahnsteige, sondern nur für die zu den Bahnanlagen gehörigen Wege, die nach den von der Eisenbahn getroffenen Einrichtungen die Reisenden nehmen müssen, um an den Zug zu gelangen oder um die Bahnanlage zu verlassen. Bei Annahme einer Beleuchtungspflicht ist weiter zu prüfen, ob im konkreten Falle zur Zeit des Unfalls — mondhelle Nacht — eine Beleuchtung geboten war. — **RG.** EisenbE. **23** 169. Haftung des Eisenbahnfiskus für die Verkehrssicherheit der Bahnhofszugangswege. Prellpfähle sind so anzubringen, daß die Pfähle sich genügend von dem umgebenden Erdboden abheben. — **RG.** JW. **07** 315, SächsRpflA. **07** 423 ff. (426), SeuffBl. **07** 645. Ein auf dem Bahnsteige stehendes Gerüst ist, insbesondere bei der auf den Bahnsteigen gewöhnlichen Eile der Passanten, geeignet, Gefahren für die körperliche Unversehrtheit zu erzeugen. Auf ein solches Hindernis muß das Publikum in zweckentsprechender Weise aufmerksam gemacht werden. Für eine Unterlassung haftet die Eisenbahn. — **RG.** BadRpr. **07** 120. Haftung des Eisenbahnfiskus wegen Nichtbeobachtung der im staatlichen Eisenbahnverkehr erforderlichen Sorgfalt durch seine verfassungsmäßig berufenen Vertreter. — R. **07** 887 (Stuttgart). Der Anspruch auf Schmerzensgeld kann bei Verletzungen im Eisenbahnbetriebe nur auf die §§ 823, 831 BGB., nicht dagegen auf die Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes gestützt werden.

δ. EisenbE. **23** 138 (Hamm). Der Unternehmer einer Kleinbahn haftet nicht für den Schaden, den ein gebrochener Leitungsdraht der Reichstelegraphenverwaltung dadurch anrichtet, daß er elektrische Kraft von der Starkstromleitung der Kleinbahn ableitet und dadurch ein Pferd verletzt.

ε. **RG.** R. **07** 698. Bietet die Örtlichkeit einer Arbeitsstätte — steiler Absturz nach einem Bache — für die dort arbeitenden Personen Gefahren, so kann der Umstand, daß die Arbeiter mit der Örtlichkeit genau vertraut sind, die Verpflichtung des Unternehmers nicht beseitigen, zum Schutze gegen die Gefahr des Absturzes ein Geländer oder eine sonstige den Absturz hindernde Einfriedigung anzubringen, es sei denn, daß die Art der auszuführenden Arbeiten solche Sicherheitsvorkehrungen überhaupt nicht gestattet.

ζ. SchlHolstAnz. **07** 284 (Kiel). Haftung der Kanalverwaltung für die ordnungsmäßige Beschaffenheit der dem Verkehre dienenden Einrichtungen im Kanale.

η. **RG.** JW. **07** 11. Der Bauunternehmer hat dafür zu sorgen, daß während des Baues Passanten nicht verletzt werden. Verbietet es die Enge der Straße, längs des Gerüstes einen Bauzaun zu errichten, so müssen andere Maßnahmen getroffen werden. Ungewöhnliche Verhältnisse erfordern ungewöhnliche Sicherheitsmaßregeln.

ϑ. **RG.** BankA. **6** 159, BadRpr. **07** 93. Läßt eine Bank an dem ihre Schalterräume überdeckenden Glasdache während der Geschäftsstunden Reparaturen vornehmen, so ist sie für die durch herabfallendes Glas einem Kunden hierbei zugefügte Verletzung schadensersatzpflichtig.

i) Schadensersatz aus Vollstreckungshandlungen (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 k, **4** Ziff. 9 k).

k) HansGZ. **07** Beibl. 250 (Hamburg). Haftung für Empfehlung s. oben § 676 Ziff. 1.

l) *Hilse in dem techn. Gemeindebl. **07** 335. Wird durch Verletzung der Regeln der Baukunst seitens des ausführenden Bauwerkmeisters oder des Bauleiters das Nachbargrundstück in seinen baulichen Würden geschädigt, so haben nicht nur diese, vielmehr auch der Bauherr dem davon getroffenen Grundeigner unter solidarischer Haftung vollen Schadensersatz zu leisten, wobei die Gemeinden für ihre technischen Baubeamten einstehen müssen.

m) **RG.** JW. **07** 673. Haftung des Hausbesitzers für Gegenstände, die bei der Reparatur des Daches herabfallen und einen Dienstverpflichteten verletzen.

n) Haftung wegen unterlassenen Klebens von Invaliditätsversicherungsmarken (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 o). S. a. o. zu § 254 Ziff. 8 f α.

α. In WürttZFG. **07** 61 wird die Frage der Haftung des Arbeitgebers bei Nichtverwendung von Marken der Invaliditäts- und Altersversicherung im Anschluß an die bisherige Rechtsprechung erörtert (R. **05** 647 (Kiel), **RG. 58** 102, **63** 53). Angeführt wird OLG. Stuttgart. Die Gesetze über Kranken- und Invalidenversicherung sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2. Nach der Gestaltung, die die Kranken- und Invalidenversicherung in Württemberg gefunden hat, liegt dem Dienstboten an sich keine eigene Sorge für die Wahrung seiner Rechte ob; er kann sich darauf verlassen, daß Dienstherr und Behörden die ihnen auferlegten Pflichten erfüllen. Konkurrierendes Verschulden deshalb angenommen, weil der Dienstbote die Versäumnis des Dienstherrn noch gutgeheißen hatte, als er von dieser Kenntnis erhielt.

β. **RG.** EisenbE. **23** 140 = **RG. 63** 53, s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 o.

o) **RG.** R. **07** 766. Wird bei Gründung einer GmbH. nicht kundbar gemacht, daß ein Gesellschafter seine Einlage in entlehntem Gelde leistet, so liegt darin weder ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften noch die Unterdrückung einer für den Vermögensstand des Gesellschaft rechtserheblichen Tatsache. Der Tatbestand eines Betrugs oder einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung wird auch damit noch nicht erfüllt, daß eine GmbH. gegründet wird, die materiell auf unsicherer Grundlage beruht oder sich als nicht lebensfähig erweist.

p) LeipzZ. **07** 295 (KG.). Der Gläubiger, welcher vor der Konkurseröffnung Sachen des Gemeinschuldners gepfändet hat, macht sich schadensersatzpflichtig, wenn er in Kenntnis der inzwischen erfolgten Konkurseröffnung und der Anfechtbarkeit seiner Pfändung die Versteigerung der Sachen vornehmen läßt. In der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung trotz Kenntnis von der Konkurseröffnung liegt eine widerrechtliche und schuldhafte Verletzung der Rechte der Konkursmasse an den gepfändeten Sachen. S. a. o. zu § 254 Ziff. 8 e.

q) **RG.** R. **07** 1067. Hat der Inhaber eines später für nichtig erklärten Patents vorher einem anderen Gewerbetreibenden die Benutzung und Verwertung der patentierten Einrichtung untersagt, und hat infolgedessen dieser andere Gewerbetreibende in seinem Gewerbebetriebe Schaden erlitten, so ist doch eine Fahrlässigkeit, wie sie zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs erforderlich ist, auf seiten des Patentinhabers nicht anzunehmen, wenn dieser, wiewohl ihm die Patentunwürdigkeit hinsichtlich eines Hauptmerkmals der ihm patentierten Einrichtung bekannt war, doch die Gesamtkombination um deswillen für schutzfähig gehalten hat, weil daneben auch noch andere neue Momente in seinem Patentanspruche hervorgehoben worden waren.

r) **RG. 64** 273. Wer auf Grund einer bestehenden Eintragung sein Warenzeichen benutzt, übt nur das Recht aus, das ihm das Gesetz gewährt, und handelt nicht wider-

rechtlich; ob er bei der Anmeldung sich bewußt war oder bei der Benutzung den Zeichens sich bewußt sein mußte, daß Verwechselungen mit einem besser berechtigten Zeichen entstehen können, ist für die Frage der Widerrechtlichkeit der Benutzung des Zeichens nicht entscheidend, da das Patentamt selbständig, eventuell im Widerspruchsverfahren, prüft und geprüft hat, ob eine Kollisionsgefahr mit einem früher eingetragenen Zeichen vorhanden ist.

s) Telegrammadresse. Wertheimer, GewRSchutz **07** 348 ff., insbes. 355. Zum Schutze der Telegrammadresse kann § 823 herangezogen werden. — DJZ. **07** 241 (KG.). Keine Schadensersatzpflicht des Gläubigers für einen ungerechtfertigten Widerspruch im Verteilungsverfahren.

t) **RG.** R. **07** 377. Ein Verschulden des Gerichtsvollziehers liegt nicht vor, wenn er, ohne Anhalt dafür, daß in einem neuen Bietungstermine höhere Gebote gemacht werden würden, die Versteigerung trotz geringen Meistgebots zu Ende führt.

u) PuchеltsZ. **07** 265, ElsLothJZ. **07** 126 (Colmar). Die Haftung eines Hüttenbesitzers für Vergiftung des Fischbestandes durch die Hüttenabwässer wird weder durch die Genehmigung der Behörde zur Einleitung der Hüttenabwässer in einen Wasserlauf, noch dadurch beseitigt, daß er diese Abwässer in einer den Vorschriften der Aufsichtsbehörde entsprechenden Weise behandelt.

v) SchlHolstAnz. **07** 299 (Kiel). Haftung der Schulgemeinde für die ordnungsmäßige Beschaffenheit der auf dem Turnplatz aufgestellten Turngeräte. Die Schulvorsteher sind die verfassungsmäßigen Vertreter der Schulgemeinde.

w) HessRspr. **8** 53 (AG. Darmstadt). Eine Gemeinde hatte eine Versteigerung unrichtig bekannt gemacht. Kläger war zu dem unrichtig angegebenen Termine gefahren und verlangte Ersatz seiner Auslagen. Seine Klage wurde abgewiesen.

x) WürttJ. **19** 269 (Stuttgart) über die Schadensersatzpflicht einer Gemeinde für Verwendung eines fremden Grundstücks zu einer Straße.

y) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 380 (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 u). Haftung für die durch Abbrennen eines Feuerwerks fahrlässig bewirkte Tötung eines Menschen.

z) OLG. **14** 39 (Hamburg). Schadensersatzpflicht des Ehebrechers s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 r.

aa) BraunschwZ. **07** 139 (Braunschweig). Haftung wegen Fahrlässigkeit beim Losgehen eines Gewehrs (s. JDR. **5** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 bb).

bb) **RG. 65** 17, JW. **07** 100, FrankfRunsch. **40** 190, DJZ. **07** 298. S. weitere Entscheidungen u. § 833 Ziff. 6. In der bloßen Gestattung des Mitfahrens an sich ist nicht der Abschluß eines obligatorischen Vertrags zu erblicken, sondern ein bloß tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung. Anders würde jedoch die Sache liegen, wenn das eventuelle Mitfahren des Klägers verabredet sein sollte im Zusammenhange von Vorbesprechungen unter den Parteien über den möglichen Ankauf eines Automobils aus der Fabrik der Beklagten von seiten des Klägers. Dann würde ein bestimmter rechtlicher Zweck und ein rechtliches Interesse, sei es bloß auf der Seite der Beklagten, oder auch auf der des Klägers, vorgelegen haben, und daher würde sich der Vorgang charakterisieren als der Abschluß eines den eventuell in Aussicht genommenen Kaufvertrag vorbereitenden Vertrags.

cc) Haftung im Automobilverkehre. S. a. o. zu § 254 Ziff. 8 b. R. **07** 246 (Zweibrücken). Der Eigentümer des in schneller Fahrt begriffenen Automobils genügt beim Scheuen von Pferden seiner Anordnungs- und Aufsichtspflicht dadurch nicht, daß er zum langsamen Fahren ermahnt, er muß vielmehr das Anhalten und Abstellen des Automobils veranlassen. — BraunschwZ. **07** 164 (Braunschweig). Die erhöhte Gefahr, welche der Verkehr mit Kraftfahrzeugen für das Publikum auf öffentlichen Wegen notwendig mit sich bringt, verlangt von den Lenkern der Motorwagen eine über das gewöhnliche Maß hinausgehende, gesteigerte

Vorsicht. — WürttJ. **19** 267 (Stuttgart). Verschulden eines Automobilfahrers durch zu schnelles Fahren. — R. **07** 699 (Stuttgart). Fahrlässigkeit beim Anschieben eines Motorrades auf schlüpfriger Straße.

dd) RG. R. **07** 765. Fahrlässigkeit beim Radfahren. S. a. o. zu § 254 Ziff. 8 c d.

II. Abs. 2.

1. *Bauer. Als Begriffsmerkmale für das Vorliegen eines Schutzgesetzes ergeben sich: a) Eine Notlage derjenigen Personen, auf die sich der Schutz des § 823 Abs. 2 BGB. bezieht. So stellen sich insbesondere die Vorschriften sozialer Natur als Schutzgesetze dar, so die § 617 und § 618 BGB., § 62 Abs. 1—3 HGB., § 120 GewO. — b) Die zwingende Natur derartiger Gesetze. Dementsprechend finden sich Schutzgesetze vorwiegend im Gebiete des öffentlichen Rechtes und hier wieder besonders im Strafrecht. Aber die Schutzgesetze sind auf das Gebiet des StrR. nicht beschränkt. Auch im Privatrechte finden sich solche. Die Tatsache, daß bei der Anwendung der Vertragsvorschriften wie §§ 617, 618 BGB., § 62 Abs. 1—3 HGB., ferner der §§ 266, 329, 356 StGB., sowie des § 181 SeemO. als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. notwendig eine Konkurrenz von Ansprüchen ex contractu und solchen ex delicto vorliegt, steht der Qualität dieser Normen als Schutzgesetze nicht entgegen. — 29 ff. wird eingehend gegen die Ansicht von v. Liszt und Kuhlenbeck polemisiert, die die Schutzgesetze auf die Strafvorschriften rein vorbeugender Natur — wie die Mehrzahl der Polizeivorschriften — beschränkt. Im folgenden wird unterschieden zwischen dem nur unmittelbar wirkenden „Schutz" und seiner Reflexwirkung, die sich als eine Ausstrahlung, eine Begleiterscheinung des Schutzes für dritte Personen darstellt. Diesem Unterschied entsprechend ist im einzelnen Falle zu fordern, daß durch den Verstoß gegen das Schutzgesetz gerade die Person geschädigt werde, zu deren Schutze dies bestimmt ist, daß ferner gerade das Rechtsgut verletzt werde, dessen Schutz die betreffende Norm vorsieht, daß schließlich die Verletzung gerade in Verwirklichung einer solchen Gefahr geschehe, gegen die sich die betreffende Vorschrift richtet. — Es wird untersucht, wer der „andere" ist, zu dessen Schutze das Gesetz gegeben ist. Einzelpersonen (einzelne Menschen) und Gesamtheitspersonen (juristische Personen) im allgemeinen. Besonderes gilt für den Staat und die juristischen Personen des öffentlichen Rechtes. Hier wird unterschieden: a) der Staat als Inhaber der obersten Herrschaftsgewalt, b) als Subjekt des Privatrechts, als Fiskus. — Nur in dieser zweitgenannten Eigenschaft hat das BGB. den Staat in den Kreis seiner Regelungen gezogen. Dementsprechend kommt dem Staate auch nur in dieser Eigenschaft der Schutz des § 823 Abs. 2 BGB. zu (vgl. auch EGZPO. vom 30. Januar 1877 § 4). In dieser Hinsicht ist § 329 StGB. als Schutzgesetz anzusehen, dagegen nicht als solches die Strafvorschriften über Hoch- und Landesverrat. — Nunmehr erhebt sich die von der vorigen scharf zu scheidende Frage: Wie wird „ein anderer" bestimmt? Nur individuell oder auch gattungsmäßig (als zu einer unbestimmten Vielheit mitgehörig)? Die herrschende Ansicht hat die Frage falsch formuliert, indem sie diese faßt: Ist „ein anderer" der einzelne Mensch, auch der Staat, auch die „Allgemeinheit" („Publikum", „Gesamtheit")? — Vielmehr ist von der Frage auszugehen: Was ist die „Allgemeinheit"? Ist sie ein einheitlich in sich geschlossenes Gesamtheitsgebilde — etwa nach Art einer juristischen Person — und dementsprechend ein selbständiges Schutzobjekt, das einen Gegensatz zum einzelnen darstellt, oder nur eine Bezeichnung — etwa eine generelle — des einzelnen? — Aus den verschiedensten Gründen kommt hier der Verf. zu dem Resultat: Insofern im Hinblick auf § 823 Abs. 2 der Begriff „Publikum" in Frage kommt, bedeutet er eine rein sprachliche Zusammenfassung, einen Sammelnamen, eine generelle Bezeichnung des einzelnen. Daher ist der Begriff „Publikum" („Allgemeinheit") ein bloßes Phantom, insofern man

ihn als eine besondere Einheit und Gesamtheitsart behandelt, unterschieden von der Einzelperson als einzelner Mensch wie von der juristischen Person des Staates. — Nunmehr bleiben die Fragen übrig: Ergeben sich Gründe dafür, daß aus den Schutzgesetzen die Vorschriften auszuscheiden sind, die den einzelnen generell bestimmen? a) aus den Protokollen? b) aus der Auslegung der Wendung: „eines anderen"? c) aus Billigkeitsgründen? Diese drei Fragen werden verneint. — Der letzte Teil der Abhandlung beschäftigt sich mit der selbständigen Bedeutung des § 823 Abs. 2, insbesondere mit der Frage: inwieweit greift Abs. 2 über Abs. 1 hinaus? 1. Hinsichtlich der objektiven Voraussetzungen, indem er schützt: a) das Vermögen, Denn die Schädigung des Vermögens als Ganzes, als einer „rechtlichen Einheit" (Zitelmann, Internat. Privatrecht II 23) ist scharf zu scheiden von der im Abs. 1 aufgenommenen „Verletzung des Eigentums". Diese liegt vor, wenn eine den Gegenstand des Eigentums bildende bestimmte einzelne Sache entzogen, beschädigt oder vernichtet wird (gegen v. Liszt, Deliktsobligationen 28). Auch als ein „Recht" im Abs. 1 kann das Vermögen nicht angesehen werden (gegen Eltzbacher, Rechtswirksames Verhalten 330 f.). — Insbesondere kann für eine Haftung aus fahrlässiger Vermögensschädigung nur § 823 Abs. 2 BGB. in Frage kommen. §§ 163, 300 StGB. Schutzgesetze. — b) Die Ehre (arg. aus § 824 und § 825 BGB.). c) Den Besitz (arg. aus § 93 und § 865 BGB.). — 2. Hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen: Schon der bloße Verstoß gegen das Schutzgesetz stellt im Unterschiede zu Abs. 1 die haftungsbegründende Tatsache dar, aber nur bei Gefährdungsdelikten (so mit Träger, Kausalbegriff 201 ff. § 31 gegen die herrschende Ansicht).

2. ZJagdR. **07** 315 (Kassel). Den an die Verletzung eines Schutzgesetzes geknüpften Schadensersatzanspruch kann nur derjenige geltend machen, der gerade durch das betreffende Gesetz geschützt werden sollte.

3. **RG.** R. **07** 1402. Bei einem schuldhaften Verstoße gegen ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 kommt es nicht darauf an, ob der das Schutzgesetz Verletzende bestimmte Folgen seines Verhaltens voraussehen mußte, sondern nur darauf, ob er schuldhafterweise das Gesetz übertreten hat.

4. Einzelne Schutzgesetze (s. JDR. **5** § 823 Abs. 2 Ziff. 3, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 5).

a) Schutz der Ehre (s. oben Abs. 1).

b) Schutz des Besitzes (s. oben Abs. 1 Ziff. 4 d).

c) Bürgerliches Gesetzbuch.

α. § 858. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 985 (s. JDR. **5** § 823 Abs. 2 Ziff. 3 c β, **4** Ziff. 6 e β).

β. §§ 1627, 1631. BadRpr. **07** 1 (Karlsruhe). Die Aufsichtspflicht des Vaters über sein Kind (§§ 1627, 1631) besteht nur durch besondere gesetzliche Bestimmung des BGB., welche nicht zu den Schutzgesetzen i. S. des § 823 Abs. 2 zu rechnen ist. Vgl. unten zu § 840.

d) Handelsgesetzbuch. **RG.** GoldschmidtsZ. **60** 489 = DJZ. **06** 1093 s. JDR. **5** § 823 Abs. 2 Ziff. 3 d (Haftung der Aufsichtsratsmitglieder).

e) Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschr. Haftung. Oppenheimer, Plutus **4** 332, erachtet den § 41 Abs. 4 GmbHG. betr. die Bilanzveröffentlichungen für ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2.

f) Strafgesetzbuch.

α. § 137. **RG.** R. **07** 1465. Ist ein Anspruch auf Auflassung eines Grundstücks gepfändet und hat darauf der eingetragene Eigentümer das Grundstück zugunsten eines Dritten belastet, so liegt ein Arrestbruch nach § 137 StGB. nicht vor, da diese Bestimmung auf die Pfändung von Forderungen und zwar auch, wenn die gepfändete Forderung auf Übertragung einer körperlichen Sache gerichtet ist, keine Anwendung

findet (vgl. **RG.** [Straff.] **24** 40 ff., 202 ff.). Damit entfällt der Tatbestand einer unerlaubten Handlung gemäß § 823 Abs. 2 BGB.

β. §§ 185 ff. (s. JDR. **5** § 823 Abs. 2 Ziff. 3 f β, **4** Ziff. 6 h, g, **3** Ziff. 4 k γ, **2** Ziff. 3 c β, **1** Ziff. 5 d α). OLG. **14** 41 (Hamburg). Der Beleidiger, dem der Schutz des § 193 StGB. zur Seite steht, verstößt nicht gegen ein Schutzgesetz. Vgl. DJZ. **07** 65.

γ. § 360 Ziff. 4 u. 5. BauersZ. **14** 126. § 360 Ziff. 4 u. 5 StGB. als Schutzgesetz.

δ. § 366 Ziff. 8. BraunschwZ. **07** 130 (Braunschweig). § 366 Ziff. 8 StGB. kann bei Aufstellung eines Automaten in einer Restauration in Betracht kommen. — R. **07** 1136 (Frankfurt). Der Gastwirt, der in seinem Wirtslokale das Schießen seitens seiner Gäste geduldet hat, haftet für einen hierdurch verursachten Schaden nicht nach § 823 Abs. 2 BGB. verb. mit § 367 Ziff. 8 StGB.

ε. § 367 Ziff. 12 (s. JDR. **5** § 823 Abs. 2 Ziff. 3 f ϑ, **4** Ziff. 6 h ϑ, **3** Ziff. 4 k ε, **2** Ziff. 3 d γ, **1** Ziff. 5 d ζ). **RG.** R. **07** 1465. Das Gesetz erfordert nicht, daß bei einer Öffnung im Sinne des § 367 Nr. 12 StGB. jede Gefahr unmöglich gemacht wird. Es genügt die Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, also eine Sicherung, die nach der gewöhnlichen Erfahrung geeignet und ausreichend ist, die in die Nähe der gefährlichen Öffnung kommenden Personen zu schützen. Für die Abmessung dessen, was zur Erreichung dieses Zweckes erforderlich ist, ist in erster Linie Rücksicht zu nehmen auf die Art des Verkehrs, der in der Nähe der Gefahrstelle stattfindet. — **RG.** R. **07** 511. Der Vorschrift des § 367 Nr. 12 StGB. wird nicht schon dadurch genügt, daß die Öffnung bedeckt wird, es ist weiter erforderlich, daß die Art der Bedeckung, was das Material und die Befestigungsweise betrifft, genügende Sicherheit bietet. — OLG. **14** 36 (Hamburg), **14** 43 (Stuttgart). § 367 Ziff. 12 StGB. als Schutzgesetz.

g) Invalidenversicherungsgesetz (s. JDR. **5** § 823 Abs. 2 Ziff. 3 i). Leonhard, JW. **07** 824 f. (gegen Hilse). § 139 InvVG. ist als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. anzusehen. — Gegen einen Rechtsanwalt, der eine ihm von seinem Machtgeber anvertraute, auf den Namen eines Dritten ausgestellte Quittungskarte dem Karteninhaber vorenthalten hat, ist bei Eintritt eines Schadens durch die Verweigerung der Aushändigung eine Ersatzpflicht aus § 139 InvVG. verb. mit § 823 Abs. 2 BGB. herzuleiten. — WürttZFG. **07** 61 (Stuttgart) s. oben Abs. 1 Ziff. 5 n α. Die Kranken- und Invalidenversicherungsgesetze sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2.

h) PucheltsZ. **07** 275 (Zweibrücken). Die im Rahmen des § 120 LwUVG. erlassenen Unfallverhütungsvorschriften sind keine Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 (s. JDR. **5** § 823 Abs. 2 Ziff. 3 k).

i) **RG.** **64** 249, SeuffA. **62** 364. Die interdicta ne quid in flumine publico und quod in flumine publico sind Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2.

k) **RG.** FrankfRundsch. **40** 187 = JDR. **5** § 823 Abs. 2 Ziff. 3 m. § 128 Pr. BergG. keine Schutzvorschrift i. S. des § 823 Abs. 2.

l) ALR. I. 6 § 26, BraunschwZ. **07** 141 (Braunschweig), StGB. § 366 Ziff. 2 BraunschwZ. **07** 142 (Braunschweig), § 367 Ziff. 12 BraunschwZ. **07** 142 ff. (Braunschweig), Unfallverhütungsvorschriften als Schutzgesetze BraunschwZ. **07** 144 (Braunschweig).

m) BraunschwZ. **07** 164 (Braunschweig). Das braunschweigische Landesgesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen ist ein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2. Ebenso SchlHolstAnz. **07** 348 (Kiel).

§ 824. 1. R. **07** 378 (KG.). Objektiv widerrechtliche Kreditschädigung gibt auch ohne die Voraussetzungen eines Verschuldens den Anspruch auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen.

2. BraunschwZ. **07** 145 (Braunschweig). Erfordert wird die Behauptung oder Verbreitung einer unwahren Tatsache.

3. OLG. **14** 41 (Hamburg). Keine Haftung für die Erstattung einer tatsächlich unrichtigen Anzeige, welche der Anzeigende für wahr hielt. Der Ersatzpflicht steht auch § 824 Abs. 2 entgegen, weil der Empfänger der unrichtigen Mitteilungen, der Staat, ein berechtigtes Interesse an ihnen hatte.

4. **RG.** R. **07** 378. Über die Beweislast im § 824 Abs. 1 BGB., § 187 StGB. einerseits, § 6 Abs. 1 UnlWG., § 186 StGB. andererseits.

§ 825. 1. PucheltsZ. **07** 710 (Colmar). Die Anwendung besonderer Kunstgriffe gehört nicht zu den Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs nach § 825. Vgl. JDR. **5** § 825 Ziff. 1.

2. **RG.** SächsRpflA. **07** 103 s. schon JDR. **5** § 825.

3. Schwab, SeuffBl. **72** 631. Bei den Ansprüchen aus § 825 handelt es sich nicht um Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe, sondern um Ersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen. Für diese Ansprüche gelten daher die allgemeinen Zuständigkeitsnormen, nicht die Bestimmung des § 23 GVG. über die ausschließliche Zuständigkeit der Amtsgerichte. Vgl. JDR. **1** § 825 Ziff. 2.

§ 826. 1. Allgemeines. *Finger, Komm. z. UnlWG. § 826 erstreckt sich auf alle Gebiete des Rechts- und Verkehrslebens, geschäftliches und nicht geschäftliches. Er ergänzt die Sondergesetzgebung über unlauteren Wettbewerb (374). Anwendungsgebiete im besonderen: Ringe, Kartelle, Sperre, Schleudern, Boykott, schwarze Listen, falsche Auskunft, Aufnahme kontraktbrüchiger Arbeiter, Verleitung zum Vertragsbruch, Anreißertum, Lockartikel (376—378); Urteile über andere, Abwehr, Warenbezeichnung, Geheimnis, Erfinderehre (378, 379). — Gute Sitten. Darunter ist das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden des nach Lage des Falles maßgebenden Personenkreises zu verstehen. Entscheidend ist nur das Wie der Handlung, sei es Mißbrauch eines Rechtes (§ 226 BGB.) oder der allgemeinen Freiheit. § 226 schließt § 826 nicht aus. Wahrung berechtigter Interessen verstößt nicht gegen die guten Sitten (381). — Anderer ist jeder durch die Handlung Verletzte, nicht nur der Erwerbsgenosse des Täters, sondern auch Abnehmer (381). — Der Vorsatz umfaßt auch den dolus eventualis (Bewußtsein der Möglichkeit der Schadenszufügung). Fahrlässigkeit genügt nicht, Absicht ist nicht erforderlich. Der Verstoß gegen die guten Sitten ist nur objektives Merkmal. Die Handlung kann Tun oder Unterlassung sein (382). — Jeder Verletzte hat die Klage auf Schadensersatz, in erster Linie auf Naturalrestitution (§ 249 BGB.), z. B. Bekanntmachung, und Unterlassung; diese als Folge jeder unerlaubten Handlung, aber nur bei der Gefahr der Wiederholung der Handlung (383). Aus § 826 kann auch auf Löschung von Warenzeichen oder Firmen geklagt werden (384).

2. Planck. Auch vom Standpunkte des RG. ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Handlung gegen die guten Sitten verstößt, der Umstand in Betracht zu ziehen, ob die Handlung in Ausübung eines besonderen Rechtes oder nur kraft der allgemeinen Freiheit erfolgte; in dem ersteren Falle ist ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht so leicht anzunehmen wie in dem letzteren Falle. — Zur Annahme des Vorsatzes genügt es, daß der Handelnde das Bewußtsein hat, daß durch seine Handlung einem anderen Schaden zugefügt werde. — Die wichtigste und schwierigste Frage besteht darin, unter welchen Voraussetzungen anzunehmen ist, daß eine vorsätzliche Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgt sei. Einverständnis herrscht darüber, daß bei der Beantwortung dieser Frage nicht von einem Ideale der Sittlichkeit auszugehen sei und daß überhaupt die subjektiven Ansichten darüber, was die Sittlichkeit erfordere, nicht maßgebend sein dürfen. Auszugehen ist vielmehr davon, was nach dem jeweiligen Gesamtbewußtsein des Volkes als sittlich verwerflich angesehen wird. Dieser Standpunkt

hat dadurch seinen Ausdruck im Gesetze gefunden, daß nicht von einem Handeln gegen die Gebote der Sittlichkeit, sondern von einem Verstoße gegen die guten Sitten gesprochen wird. Um das Bewußtsein des Volkes über die sittliche Zulässigkeit oder Verwerflichkeit einer Handlung festzustellen, ist nicht erforderlich, daß alle Glieder des Volkes eine bestimmte Ansicht über die sittliche Verwerflichkeit der betreffenden Handlung haben. Manche Handlungen kommen nur in gewissen Kreisen vor. Für die Beurteilung derartiger Handlungen müssen die sittlichen Anschauungen der Kreise, in welchen sie vorzukommen pflegen, in Betracht gezogen werden. Auf sich bildende Unsitten darf keine Rücksicht genommen werden. Die Hauptschwierigkeit beginnt bei der Beurteilung des einzelnen Falles. Es kommt hier darauf an, den wirtschaftlichen und sozialen Hintergrund zu erkennen, auf dem die einzelne Handlung vorgenommen ist, die Motive, aus welchen sie hervorging, und den Zweck, zu welchem sie vorgenommen wurde, zu ermitteln; denn diese Momente sind es hauptsächlich, welche den sittlichen Charakter der Handlung bestimmen, und dieselbe Handlung kann je nach den Umständen des Falles eine sittlich zulässige oder eine sittlich verwerfliche sein. Von diesem Standpunkt aus hat das RG. in einer großen Zahl von Fällen die Frage erörtert, ob eine Handlung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalte. Verf. bespricht die Entscheidungen des **RG.** DJZ. **06** 1027 (JDR. **5** § 826 Ziff. 9 b) u. **62** 137.

3. BraunschwZ. **07** 149 DJZ. **07** 247, (Braunschweig). Es besteht keine allgemeine sittliche Verpflichtung, die Ausübung eines Rechtes zu unterlassen, wenn sie einem anderen zum Schaden gereicht, und damit das eigene beabsichtigte Interesse dem Interesse des anderen nachzusetzen.

4. V o r s a t z (s JDR. **5** § 826 Ziff. 3, **4** Ziff. 3, **3** Ziff. 4, **2** Ziff. 1 b, **1** Ziff. 1 b).

a) **RG.** SeuffBl. **07** 380. Zum Vorsatze nach § 826 genügt, daß der Handelnde das Bewußtsein hatte, er werde das Vermögen eines anderen schädigen. Konnte er nicht übersehen, wen gerade der Verlust treffen werde, so richtete sich sein Vorsatz gegen jeden, den er durch seine vorsätzliche Handlung bewußt gefährdete. — Schl. HolstAnz. **07** 229 (Kiel). Zum Vorsatze genügt das Bewußtsein des Verpflichteten, daß sein Handeln einen anderen schädigen werde, die Schädigung eines anderen braucht nicht Endzweck des Handelnden zu sein.

b) **RG.** JW. **07** 201, PucheltsZ. **07** 577. Der Begriff der „Vorsätzlichkeit" erfordert keineswegs eine Willensrichtung dahin, daß es l e d i g l i c h darauf abgesehen sei, einem anderen Schaden zuzufügen (**RG. 62** 139, **63** 148).

c) **RG.** BayRpflZ. **07** 275 über den Begriff des Vorsatzes des § 826. — Hess. Rspr. **8** 130 (LG. Mainz). Begriff des Vorsatzes wie **RG. 57** 241, **58** 216, 397, JW. **06** 352, DJZ. **06** 1095. — **RG.** FrankfRundsch. **40** 187 f. JDR. **5** § 826 Ziff. 3 b.

5. **RG.** SeuffBl. **72** 380. Der Tatbestand des § 826 reicht weiter als der der Beihilfe zum Betruge. Vgl. JDR. **5** § 826 Ziff. 4.

6. E x c e p t i o d o l i. **RG.** R. **07** 1465. Hat ein Wechselschuldner bei Verfall des Wechsels den Wechselgläubiger gebeten, den Wechsel einstweilen liegen zu lassen, unter der Versicherung, er solle nichts verlieren, er werde, sobald andere Gläubiger befriedigt seien, gleichfalls befriedigt werden, und ist der Wechselgläubiger hierdurch veranlaßt worden, von der rechtzeitigen Klagerhebung Abstand zu nehmen, so kann, wenn der Wechselschuldner später sich auf die Verjährung des Wechsels beruft, diesem Einwande die Einrede der Arglist unter der weiteren Voraussetzung entgegengesetzt werden, daß der Wechselschuldner bei Abgabe jenes Versprechens das Bewußtsein hatte, dadurch werde möglicherweise eine Unterbrechung der Verjährung verhindert. Vgl. Kraus, BayRpflZ. **07** 346. S. im übrigen über die exc. doli o. zu § 242.

7. D i e g u t e n S i t t e n (s. JDR. **5** § 826 Ziff. 5, **4** Ziff. 4, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 3, **1** Ziff. 3) s. ob Ziff. 2.

a) **RG.** ElſLothJZ. **07** 169. Die Frage, ob eine Handlung gegen die guten Sitten verſtößt, iſt eine Rechtsfrage (**RG. 58** 214, JW. **05** 370, JDR. **3** § 826 Ziff. 5, **4** Ziff. 4 b). — Bei der Feſtſtellung, ob eine ſolche Handlung vorliegt, iſt davon auszugehen, daß an ſich keine allgemeine ſittliche Pflicht beſteht, die Ausübung eines Rechtes oder die Benutzung einer Erwerbsgelegenheit zu unterlaſſen, wenn dieſe Ausübung oder Benutzung einem anderen zum Schaden gereicht, und ſo das eigene berechtigte Intereſſe demjenigen eines anderen nachzuſetzen. Vielmehr müſſen beſondere Umſtände vorliegen, wenn eine einen anderen ſchädigende Rechtsausübung oder Erwerbstätigkeit als gegen die guten Sitten verſtoßend angeſehen werden ſoll, und zwar iſt auch bei der Würdigung ſolcher Umſtände ein allgemeiner, durchſchnittlicher Maßſtab in bezug auf die Erforderniſſe eines gegen die guten Sitten verſtoßenden Verhaltens anzulegen. S. u. Ziff. 16 l.

b) SächſRpflA. **07** 445 (Dresden). Die Motive allein machen eine Handlung nicht zu einer gegen die guten Sitten verſtoßenden; die objektiven Umſtände, unter denen die Handlung vorgenommen wird, müſſen ſo beſchaffen ſein, daß ſie in Verbindung mit den Motiven gegen die guten Sitten verſtoßen. Ein Verſtoß gegen die guten Sitten iſt in der Regel nicht anzunehmen, wenn durch die ſchadenzufügende Handlung berechtigte wirtſchaftliche Intereſſen gewahrt werden ſollen.

c) R. **07** 636 (Zweibrücken). Die Frage, ob eine gegen die guten Sitten verſtoßende Handlungsweiſe vorliegt, iſt aus der geſamten Tätigkeit des Handelnden zu entſcheiden, und zwar ohne Rückſicht darauf, wem die Vorteile zugute kommen.

d) BadRpr. **07** 235 (Karlsruhe). § 826 verlangt nicht, daß jeder vornehm und edel, ſondern nur, daß er nicht gerade unanſtändig handle.

e) HanſGZ. **07** Beibl. 20 (Hamburg). Für die Anwendung des § 826 iſt es gleichgültig, ob der entſtandene Schaden ein großer oder weniger großer iſt. Die Frage, ob eine Handlung gegen die guten Sitten verſtößt, kann nur nach dieſer Handlung ſelbſt und ihren Begleitumſtänden, nicht aber nach ihrem Erfolge beurteilt werden.

8. § 826 und die formale Rechtskraft der Urteile (ſ. JDR. **5** § 826 Ziff. 6, **4** Ziff. 6).

a) Bitter, PrVerwBl. **28** 312, ſtimmt dem **RG. 61** 359 ff. (JDR. **5** § 826 Ziff. 6, **4** Ziff. 6) zu. Feſtzuhalten iſt, daß das rechtskräftige Urteil ſelbſt, ſoweit es nicht in dem geordneten Verfahren des Wiederaufnahmeverfahrens zur Aufhebung gelangt, an ſich beſtehen bleibt, daß jedoch der Tatbeſtand des Dolus des aus dem Urteile Berechtigten einen ſelbſtändigen Klaganſpruch erzeugt, welcher auch die Ausbeutung des rechtskräftigen Urteils verhindert. Der Schadenserſatzanſpruch geht auf Herausgabe des vollſtreckbaren Titels und Unterlaſſung der Zwangsvollſtreckung. Was von rechtskräftigen Urteilen gilt, gilt auch von Verfügungen, Beſchlüſſen und anderen obrigkeitlichen Akten, unter der Vorausſetzung, daß der Tatbeſtand des § 826 vollſtändig erfüllt iſt. Darüber ſ. 313 f.

b) Oppler, R. **07** 439. In den vom RG. entſchiedenen Fällen handelt es ſich um Vollſtreckung von Urteilen, die durch den Gläubiger erſchlichen waren und von denen er in voller Kenntnis dieſer Rechtswidrigkeit im Zwangswege Gebrauch gemacht hat. Darüber hinaus darf die Rechtskraft nicht angefochten werden.

c) **RG.** R. **07** 1403. Hat in einem Prozeſſe der Beklagte vergleichsweiſe den Klaganſpruch unter Verzicht auf die dagegen vorgebrachten Einwendungen in Höhe einer beſtimmten Summe anerkannt und Kläger den weitergehenden Anſpruch fallen laſſen, ſo liegt ein privatrechtlicher Verfügungsakt vor, auf den nicht ohne weiteres die Grundſätze über die Anfechtbarkeit von Urteilen aus § 826 BGB. Anwendung finden können.

d) Iffland, DJZ. **07** 1081. Verſtoß eines Judikatsgläubigers gegen die guten Sitten durch Vollſtreckung des Urteils, das er durch Meineid eines Zeugen erwirkt hat.

9. Unterlassungsanspruch (s. IDR. **5** § 826 Ziff. 7, **4** Ziff. 7, **3** Ziff. 6, **2** Ziff. 5). **RG.** BadRpr. **07** 229. Klage auf Unterlassung schädigenden nachbarlichen Bordellbetriebs. Die Schädigung kann nicht durch den Hinweis bestritten werden, daß die Grundstückspreise in dem Bordellquartiere gestiegen sind. — **RG.** BauersZ. **14** 163 s. IDR. **5** § 826. — **RG.** SeuffBl. **07** 111 s. IDR. **5** § 826 Ziff. 8 b.

10. Verleitung zum Vertragsbruche. SchlHolstAnz. **07** 87 (Hamburg). Verleitung eines Werkmeisters zum Kontraktbruche gegen seinen bisherigen Arbeitgeber verstößt gegen die guten Sitten (HansGZ. **06** 288, IDR. **5** § 826 Ziff. 8).

11. § 826 im gewerblichen Lohnkampfe (s. IDR. **5** § 826 Ziff. 9, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 7, **2** Ziff. 6, **1** Ziff. 4).

a) **RG. 66** 379, IW. **07** 746. In dem Lohn- und Klassenkampfe zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern ist der Boykott nicht ein schlechthin gegen die guten Sitten verstoßendes unerlaubtes Kampfmittel, und er wird dies auch nicht ohne weiteres dadurch, daß dabei von der einen oder anderen Seite, insbesondere von den Arbeitnehmern durch die Presse oder sonst durch Druckschriften die Unterstützung weiterer, an dem Streite an sich unbeteiligter Kreise angerufen wird. Wohl aber kann diese Maßnahme durch die Art, wie sie ins Werk gesetzt wird, den Charakter einer unerlaubten Handlung annehmen, und eine solche Sachgestaltung liegt hier vor. Die in einem Kampfe der bezeichneten Art durch die Presse oder durch Verbreitung von Flugschriften an die Bevölkerung eines Ortes oder Bezirks im allgemeinen oder doch an große Bevölkerungskreise gerichtete Aufforderung, für den einen Streitteil Partei zu ergreifen und zu dessen Gunsten auf den Ausgang des Kampfes durch den Gegner schädigende Maßnahmen tätig einzuwirken, kann nur dann als sittlich erträglich und daher erlaubt angesehen werden, wenn bei denen, deren Beteiligung an dem Kampfe durch solche öffentliche Kundgebungen nachgesucht wird, eine ausreichende Kenntnis davon, um was es sich bei dem Streite handelt, und die Umstände, die zu diesem geführt haben, vorausgesetzt werden darf. Es muß daher in Fällen, wo es sich nicht um Streitfragen allgemeiner Natur oder um sonst in dem in Betracht kommenden Bezirke bereits allgemein bekannte Verhältnisse handelt, von demjenigen, der auf dem bezeichneten Wege an sich unbeteiligte Kreise zu seinem Vorteil in den Kampf hineinzuziehen unternimmt, verlangt werden, daß er vor oder mit den hierauf abzielenden öffentlichen Kundgebungen den Sachverhalt wahrheitsgemäß soweit klarlegt, daß diejenigen Personen, an welche er sich wendet, in die Lage gesetzt werden, sich ein eigenes Urteil in der Sache zu bilden und danach ihr Verhalten einzurichten. Als gegen die guten Sitten verstoßend muß es daher betrachtet werden, wenn bei solchen Aufforderungen seitens im Kampfe stehender Arbeitnehmer unternommen wird, in öffentlichen Kundgebungen durch allgemeine auf das Solidaritätsgefühl der Arbeiter berechnete Schlagworte diese wider den Gegner aufzureizen und zu einem diesem nachteiligen, insbesondere ihn an seinem Vermögen schädigenden Verhalten zu veranlassen.

b) **RG. 64** 52 s. IDR. **5** § 826 Ziff. 9 b.

c) **RG.** IW. **07** 365. Wie es einem einzelnen Unternehmer nicht verargt werden könnte, wenn er einen Mann von der körperlichen und geistigen Beschaffenheit des Klägers in seinem Betriebe zu beschäftigen ablehnt, so kann auch den Vertretern des beklagten Vereins nicht der Vorwurf eines gegen die guten Sitten verstoßenden Verhaltens gemacht werden, wenn sie die Anordnung getroffen haben, daß dem Kläger ein Handzettel des Vereins nicht erteilt und ihm dadurch die Möglichkeit, bei einem der zum Vereine gehörigen Betriebe angenommen zu werden, entzogen werde.

d) HansGZ. **07** Beibl. 113 (Hamburg). Aussperrung eines Arbeiters. Der einzelne Arbeitgeber kann willkürlich einen Arbeitsuchenden zurückweisen,

der Verband aber, dem allein alle Arbeitgeber einer Branche das Recht, Arbeiter anzustellen, übertragen haben, hat die sittliche Pflicht sorgfältiger Prüfung der Gründe für eine Zurückweisung, weil dadurch der Arbeitsuchende brotlos zu werden Gefahr läuft. Bei dieser Pflicht ist einerseits der Eingriff in das Erwerbsleben des Arbeitsuchenden, andererseits die durch seine Anstellung den Betrieben etwa drohende Gefahr abzuwägen. In bezug auf diese darf nicht die Anschauung einzelner Arbeiter, sondern es muß das Interesse des gesamten Verbandes entscheiden. Ferner kommt es nicht auf die wirkliche Gefährlichkeit eines Arbeiters an, sondern auf die Überzeugung des Leiters des Nachweisbureaus, denn diesem soll ja ein Verstoß gegen die guten Sitten bewiesen werden.

e) **RG.** DJZ. **07** 769. Aussperrung eines Arbeiters nach Sachlage kein Verstoß gegen die guten Sitten. — SeuffA. **62** 396 (Dresden). Eine Verrufserklärung verstößt gegen die guten Sitten, wenn sie geeignet ist, den Gegner brotlos zu machen.

f) R. **07** 511 (Hamburg). Ist von einem Arbeitgeberverband für einen größeren Bezirk ein Arbeitsnachweis eingerichtet, so kann sich der Arbeitgeberverband nach § 826 BGB. schadensersatzpflichtig machen, wenn der Arbeitsnachweis einem Arbeitnehmer ohne genügende Gründe keine Arbeit nachweist.

g) **RG.** JW. **07** 333. Es wird festgestellt, daß die Beklagten in den Flugblättern vor dem Kläger gewarnt und ihn als der Kundschaft des Publikums persönlich unwürdig hingestellt haben, offenbar zu dem Zwecke, seine wirtschaftliche Existenz zu untergraben und ihn dauernd erwerbs- und brotlos zu machen. Hierin ist die Feststellung zu erblicken, daß es den Beklagten nicht darum zu tun gewesen ist, das Verhalten des Klägers ihnen gegenüber und sein Geschäftsgebaren zur Kenntnis des Publikums zu bringen, um diesem eine objektive Beurteilung zu ermöglichen, sei es in dessen Interesse, sei es in ihrem eigenen Interesse dem Publikum gegenüber, sondern daß sie mit der Verbreitung der Flugblätter in einer gehässigen, den Kläger persönlich herabwürdigenden Weise lediglich den Zweck verfolgt haben, den Kläger wirtschaftlich zu ruinieren. Bei einer solchen Sachlage kann von einem berechtigten Interesse im Sinne des § 824 Abs. 2 nicht die Rede sein; es greift vielmehr der § 826 Platz.

h) SächsAnn. **28** 514 (Dresden). Ein Boykott verstößt gegen die guten Sitten, wenn er unberechtigte Zwecke verfolgt.

i) HansGZ. **07** Beibl. 20 (Hamburg). Boykott einer Wirtschaft, deren Inhaberin sich weigert, die Forderungen der bisher darin beschäftigten Musiker zu erfüllen, ist zulässig, soweit sich die boykottierenden Musiker an ihre Kollegen wenden mit dem Ersuchen, bei der Inhaberin der Wirtschaft nicht eher in Arbeit zu treten, als bis die Sache erledigt ist, unzulässig, soweit sich die boykottierenden an andere Arbeiter wenden mit der Aufforderung, das Lokal zu meiden.

k) HansGZ. **07** Beibl. 34, SchlHolstAnz. **07** 167 (Hamburg). Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn Wirte sich zusammen tun und durch öffentliche Bekanntmachungen das Publikum von dem Besuche solcher Wirtschaften abzuhalten versuchen, die das Bier von Brauereien ausschenken, welche den Bierpreis erhöht haben. — OLG. **14** 40, SchlHolstAnz. **07** 83 (Hamburg). Fall, in welchem die Verhängung der Sperre über eine Gastwirtschaft als Verstoß gegen die §§ 823, 826 erachtet wurde. Vgl. SeuffA. **62** 332 (Hamburg).

l) GewG. Magdeburg, NaumburgAK. **07** 70. Schadensersatzanspruch des Arbeitsgebers gegen den Arbeitnehmer wegen Arbeitsniederlegung beim Streike ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist.

m) **RG.** LeipzZ. **07** 434. Ein Transportunternehmer, welcher seinen Abladern einen besonderen Rabatt gewährt, verstößt nicht gegen § 826, wenn auch durch derartige Vergünstigungen neu gegründeten Unternehmungen der Wettbewerb erschwert

wird. Das Mittel der Rabattzusage seitens des älteren Unternehmers ist völlig erlaubt, um seinem Geschäfte die feste Kundschaft der Ablader, die zur gedeihlichen Entwickelung seines Unternehmens notwendig ist, zu sichern und auf die Dauer zu erhalten.

n) Oertmann, SeuffBl. **07** 217, 274. Im wesentlichen Wiedergabe des Gutachtens JDR. **5** § 826 Ziff. 9 a.

12. Geschäftsgeheimnisse. **RG. 65** 333, JW. **07** 252, DJZ. **07** 657. Für Personen, die als Angestellte, Arbeiter ꝛc. in einem gewerblichen Betriebe tätig gewesen sind, besteht nicht die Rechtspflicht, was sie aus Anlaß ihrer Tätigkeit über die Einrichtungen dieses Betriebs und das dort angewendete Verfahren kennen gelernt haben, auch nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses geheim zu halten und insbesondere nicht in eigenem Nutzen zu verwerten, auch nicht soweit es sich um Dinge handelt, an deren Geheimhaltung der Betriebsinhaber offenbar oder ausgesprochenermaßen ein großes Interesse hat. Es kann aber auch nicht zugegeben werden, daß in Fällen dieser Art der Angestellte, der nach Beendigung des Dienstverhältnisses die Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse seines früheren Arbeitgebers allein oder in Gemeinschaft mit anderen zu seinem Nutzen verwertet, damit ein Verhalten betätigt, das nach der allgemeinen Anschauung aller billig und gerecht denkenden Menschen als unerlaubt und unanständig angesehen wird. Dem Interesse des Betriebsinhabers an der Wahrung seiner Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse und daran, daß ihm nicht unter deren Ausnutzung von früheren Angestellten Konkurrenz gemacht wird, steht deren nicht minder berechtigtes Interesse gegenüber, die Kenntnisse und Fertigkeiten, die sie sich in ihrer Tätigkeit erworben haben, zu ihrem Fortkommen auszunutzen. — Es sind Fälle denkbar, in denen es als grob unsittlich i. S. des § 826 anzusehen ist, wenn ein durch eine Konkurrenzklausel nicht gebundener Angestellter ein während seiner Dienstzeit zu seiner Kenntnis gelangtes Geschäftsgeheimnis nach seinem Dienstaustritte für sich verwertet.

13. § 826 u. AnfG. (s. JDR. **5** § 826 Ziff.13).

a) Über die Verbindung einer Schadensersatzklage aus § 826 mit der Klage aus dem AnfG. § 3 Ortlieb, ABürgR. **30** 32 ff. s. AnfG.

b) R. **07** 572 (KG.). Wenn ein Schuldner im Einvernehmen mit seinen Kindern eine ihm angefallene Erbschaft zugunsten seiner Kinder ausschlägt, um seinen Gläubigern die Möglichkeit einer Befriedigung zu entziehen, und die Kinder die ausgeschlagene Erbschaft annehmen, so gibt das den Gläubigern zwar keinen Anfechtungsanspruch gegenüber den Kindern, wohl aber einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 826 BGB.

14. Verhältnis zum Wettbewerbsgesetze vgl. zu UnlWG. § 1 (s. JDR. **5** § 826 Ziff. 12, **4** Ziff. 9, **3** Ziff. 8, **2** Ziff. 7, **1** Ziff. 5). **RG.** R. **07** 975. Läßt der durch unlauteren Wettbewerb eines anderen Geschädigte die Tatsache der Verurteilung des letzteren über den Rahmen des § 13 UnlWG. hinaus veröffentlichen, so liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vor, wenn jener an den Veröffentlichungen zur Beseitigung des ihm aus dem unlauteren Wettbewerb entstandenen Schadens ein berechtigtes Interesse hatte und auch in der Form und in dem Umfange der Veröffentlichungen ein Handeln gegen die guten Sitten nicht zu finden ist.

15. § 826 und das WarenZG. (s. JDR. **5** § 826 Ziff. 14, **4** Ziff. 10, **3** Ziff. 9). Vgl. Finger, UnlW. **7** 20.

a) **RG. 66** 236, LeipzZ. **07** 655, JW. **07** 507, DJZ. **07** 1146. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn jemand ein Warenzeichen sich in der Absicht eintragen läßt, die seit langem eingeführte Ware eines anderen zu verdrängen und seine durch das Zeichen geschützte Ware als die Ware des anderen auszugeben. — Das Warenzeichengesetz ist, wenn es auch das ihm zugewiesene Gebiet ausschließlich regelt,

immerhin ein Sondergesetz und will den Grundsätzen des BGB., welche Schutz gegen illoyale Handlungen im Verkehrsleben bezwecken, den Eingang nicht verschließen.

b) **RG.** SeuffBl. **07** 1089. Die Anmeldung eines Warenzeichens, das ein anderer bereits in Benutzung genommen hat, ist erlaubt, kann aber gegen die guten Sitten verstoßen.

c) Mitt. d. Verb. deutscher Patentanw. **7** 99 (Zweibrücken). Der gesetzliche Schutz eines Warenzeichens schließt die Anwendung der Schutzbestimmungen des BGB. nicht aus.

d) HansGZ. **07** Hptbl. 249 (Hamburg). In der Verwendung eines Warenzeichens, das zum Schutze für Fabrikate, deren Alleinvertrieb übernommen wurde, nach Auflösung des Vertrags über den Alleinbetrieb liegt kein Verstoß gegen § 826.

16. Einzelne Fälle (s. JDR. **5** § 826 Ziff. 15, **4** Ziff. 12, **3** Ziff. 11, **2** Ziff. 9, **1** Ziff. 7).

a) Haftung für Auskunft (s. JDR. **5** Ziff. 15 c, **4** Ziff. 12 c).

α. R. **07** 1465 (Hamburg). Eine falsche Auskunft kann nach § 826 den Auskunftgeber schadensersatzpflichtig machen, wenn erwiesen wird, daß die Auskunft in Kenntnis ihrer Unwahrheit und in dem Bewußtsein, daß sie den Empfänger der Auskunft möglicherweise schädigt, erteilt ist. — **RG.** JW. **07** 47. Haftung für unrichtige Auskunft. Die Klage, festzustellen, daß eine erteilte Kreditauskunft unrechtmäßig gewesen sei, ist unzulässig. — HessRspr. 8 130 (LG. Mainz). Haftung für Auskunftserteilung. S. a. o. zu § 676 Ziff. 1.

β. OLG. **14** 36 (Dresden). Durch Beifügung des Zusatzes „ohne Obligo" kann der eine Auskunft Erteilende nur die Haftung dafür ablehnen, daß die in gutem Glauben, wenn schon vielleicht ohne Anwendung der erforderlichen Sorgfalt gegebene Auskunft sich später tatsächlich als richtig herausstellen sollte, nicht aber für die Folgen einer wissentlich falschen Auskunftserteilung, also einer unerlaubten Handlung. S. a. o. zu § 676 Ziff. 2.

b) Arglistige Täuschung (s. JDR. **5** § 826 Ziff. 15 e).

α. Krückmann, BayRpflZ. **07** 29. Täuschung beim Kaufe. Nach § 826 ist nicht nötig, positiv zu täuschen, sondern es genügt schon das bloße Nichtaufklären, wenn sich der Verkäufer sagt, der Käufer werde durch die Aufklärung, wenn auch nur über etwaige Zweifel, stutzig werden und vom Kaufe ganz oder unter den abgemachten Bedingungen abstehen.

β. **RG.** LeipzZ. **07** 906. Derjenige, welcher durch arglistige Täuschung einen anderen zum Abschluß eines Vertrags bestimmt hat, kann sich gegenüber dem Schadensersatzanspruche des Getäuschten grundsätzlich nicht darauf berufen, daß letzterer infolge von Vertrauensseligkeit und mangelnder Vorsicht das Opfer seiner Arglist geworden ist.

γ. **RG.** JW. **07** 670. Der bei einem Vertragsschlusse Betrogene ist nicht darauf beschränkt, Aufhebung des Vertrags und Rückgabe des in Erfüllung des Vertrags Geleisteten zu verlangen; er kann vielmehr unter Aufrechterhaltung des Vertrags wegen der gegen ihn verübten, gegen die guten Sitten verstoßenden arglistigen Täuschung Ersatz des ihm entstandenen Schadens gemäß § 826 BGB. verlangen. S. o. zu § 249 Ziff. 1a.

δ. **RG.** R. **07** 1465. Der Verkäufer ist verpflichtet, alle die Kaufsache betreffenden erheblichen Umstände, von denen er annehmen muß, daß sie nach allgemeiner Erfahrung den Kauf- und Preisfestsetzungswillen des Käufers zu beeinflussen geeignet und dem Käufer unbekannt sind, diesem vor Kaufabschluß mitzuteilen. Ein Verstoß gegen diese Pflicht kann aber nicht schon darin angenommen werden, wenn der Verkäufer eines Miethauses den Mietwert eines leerliegenden Ladenlokals auf einen bestimmten Betrag angibt, ohne hinzuzufügen, daß dieser Betrag als Miete für den Laden

bisher noch nicht erzielt worden sei; es ist vielmehr Sache des Käufers, in solchem Falle den Verkäufer darüber zu befragen, auf welchen Grundlagen der Ansatz des Mietwerts für den Laden beruhe.

ε. MecklZ. **25** 205 (Rostock). Verstoß gegen die guten Sitten durch arglistige Täuschung. — HansGZ. **07** Hptbl. 129 (Hamburg). Haftung eines Mäklers wegen Arglist.

c) HansGZ. **07** Beibl. 53 (Hamburg). Beklagte hatte der Klägerin im Wege der Submission einen Bau übertragen. Klägerin hatte mit den übrigen Submittenten vereinbart, daß diese eine Vergütung erhalten sollten, falls Klägerin aus der Submission siegreich hervorgehe. Auf die Klage ist von dem Preise der Betrag der an die anderen Submittenten zugestandenen Vergütung abgesetzt worden. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn sich die Klägerin von der Beklagten nicht nur den von ihr berechneten Herstellungspreis zuzüglich des von ihr für die Ausführung des Baues beanspruchten Verdienstes, sondern auch noch die ihrerseits auf Grund der mit den übrigen Unternehmern getroffenen Vereinbarung an diese zu zahlenden Vergütungen ausbedang. In diesem Verhalten liegt eine arglistige Täuschung der Beklagten über den Inhalt der Offerte. Die Vereinbarung der Submittenten, durch welche die Beklagte zur Bewilligung eines höheren Preises an die Klägerin bestimmt wurde, enthält eine illoyale, gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise, für deren Folgen die Klägerin der Beklagten aufzukommen hat und welche die Klägerin nicht durch eine Berufung auf entgegenstehende Anschauungen und Gepflogenheiten in den Kreisen der Bauunternehmer zu einer erlaubten machen kann.

d) OLG. **13** 431, R. **07** 182 (Braunschweig). Ein Anspruch aus § 826 ist nicht gegeben, wenn jemand nur der Vorwurf trifft, daß er sich bei der Beurteilung eines industriellen Unternehmens dem aus Gefälligkeit zu Beratenden gegenüber einer Übertreibung oder einer wahrheitswidrigen Mitteilung schuldig gemacht und damit gegen die sittliche Verpflichtung zur Wahrheit verstoßen hat.

e) SchlHolstAnz. **07** 90 (Hamburg) s. JDR. **5** § 826 Ziff. 15 k.

f) **RG.** DJZ. **07** 65. Klage eines Arztes gegen einen Standesverein wegen Abbruchs der Standesbeziehungen seiner Mitglieder mit ihm.

g) R. **07** 1067 (Colmar). Die Aufnahme eines Ortes in die sog. Caveteliste, die im „Fachorgane des Verbandes der Ärzte Deutschlands zur Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen" veröffentlicht wird, verstößt nicht gegen die guten Sitten, sofern nicht in dieser Veröffentlichung nach den besonderen, von dem Gegner des Verbandes darzulegenden Umständen des Falles eine Schikane zu finden ist.

h) **RG.** SeuffBl. **07** 380. Es verstößt noch nicht gegen die guten Sitten, wenn ein bereits überschuldetes Geschäft mit Hilfe des noch vorhandenen Kredits fortgeführt wird. Die Benutzung des Kredits ist an sich erlaubt, und es ist der Regel nach Sache des Verkäufers, sich über die Zahlungsfähigkeit seines Käufers Aufklärung zu verschaffen. Anders, wenn es sich nicht um die Fortführung des Geschäfts, um die bloße Hinausschiebung des Zusammenbruchs handelt, sondern der Zweck war, mit Hilfe des Scheines eines loyalen Geschäftsbetriebs Waren auf Kredit zu erlangen, die nicht für diesen Betrieb bestimmt waren und lediglich dazu dienen sollten, einem Dritten Pfänder zu verschaffen. Darin würde ein gegen Treu und Glauben verstoßender Mißbrauch des kaufmännischen Kredits liegen.

i) SchlHolstAnz. **07** 229 (Kiel). Es enthält einen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn ein Kaufmann oder sein Vertreter in Kenntnis der Unvermeidlichkeit des Konkurses über das Vermögen des Geschäfts noch neue Verpflichtungen für dasselbe eingeht.

k) **RG.** ElsLothJZ. **07** 161. Der Sachwucher erfüllt auch den Tatbestand einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung. Deshalb kann einer hierauf gegründeten Schadensersatzforderung gegenüber nicht mit einer Gegenforderung des Sachwucherers

aufgerechnet werden. Für die Berechnung des Ersatzanspruchs des Bewucherten ist grundsätzlich die Zeit der Annahme der Leistung durch den Wucherer entscheidend und danach grundsätzlich deren Wert zu dieser Zeit maßgebend.

l) **RG.** ElsLothJZ. **07** 169 (s. oben Ziff. 7a). Kein Verstoß gegen die guten Sitten liegt darin, daß ein Verwandter des Inhabers einer Firma seine im Geschäfte der letzteren erworbenen Kenntnisse dazu benutzt, um mit diesem in Wettbewerb zu treten. Für die Entscheidung der Frage, ob der Gebrauch eines der Etikette der Firma ähnlichen Zeichens im Konkurrenzgeschäft einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, kommt es darauf an, ob der Wettbewerbende das ähnliche Zeichen gerade wegen seiner Ähnlichkeit gewählt hat und sich desselben bedient, um damit das Publikum in bezug auf die von ihm vertriebene Ware zu täuschen.

m) **RG.** R. **07** 1403. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn jemand die ihm zur Herstellung eines Reklamekatalogs von einem anderen übergebenen Abbildungen auch für die Reklamekataloge anderer Auftraggeber (Konkurrenzfirmen) benutzt.

n) SeuffBl. **07** 1008 (Dresden). Kein Verstoß gegen § 826 (u. § 823) liegt vor, wenn ein Journallesezirkel in den redaktionellen und in den Inseratenteil der von ihm vertriebenen Zeitschriften Reklameblätter mit Inseraten einheftet.

o) **RG. 66** 227. Eine unerlaubte Handlung liegt nicht vor, wenn eine Theaterzeitung die objektiven Angaben aus Theaterzetteln wiedergibt, die von der Theaterleitung öffentlich angeschlagen sind.

p) Oertmann, PrVerwBl. **28** 750 über die Frage, wann eine Zeitung oder Zeitschrift für die Richtigkeit der in ihrem „Sprechsaal" oder „Briefkasten" enthaltenen Angaben und Vorschläge haftet.

q) KGBl. **07** 105 (KG.). Der Eigentümer von Leihmöbeln, welcher sein Eigentum nicht nach außen hin erkennbar macht, macht sich gegenüber dem Vermieter der Wohnung in welche die Leihmöbel von dem Wohnungsmieter, der die Möbel nur leihweise besitzt, eingebracht werden, unter Umständen eines zum Schadensersatze verpflichtenden unerlaubten Verhaltens gemäß § 826 schuldig und kann deshalb sein Eigentum gegenüber dem Vermieterpfandrechte des Wohnungsvermieters nicht geltend machen, weil er wissen mußte, daß der Wohnungsvermieter nur im Vertrauen auf das Eigentum seines Mieters an der Einrichtung die Wohnung an ihn vermieten würde.

r) ElsLothJZ. **07** 119, PucheltsZ. **07** 165 (Colmar). Es verstößt gegen das auch für den Prozeßbetrieb geltende Erfordernis gutgläubigen Verhaltens, wenn Kläger nach einer außergerichtlich unter den Parteien vorbehaltlos über die Zurücknahme der Klage getroffenen Einigung den im Verhandlungstermin ausgebliebenen Beklagten mit dem Antrag auf Versäumnisurteil wegen der Kosten überrascht und es für vorläufig vollstreckbar erklären läßt; zur Rückforderung der zur Abwendung der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung an den Gläubiger gezahlten Kosten ist der Schuldner nach § 826 berechtigt.

s) **RG.** JW. **07** 201, PucheltsZ. **07** 577, SeuffA. **62** Nr. 160, DJZ. **07** 481. Die Vereinbarung zweier Hypothekengläubiger, sich bei der Zwangsversteigerung des Bietens zu enthalten, verstößt für sich allein noch nicht gegen die guten Sitten. Im vorliegenden Falle ist ein Verstoß gegen die guten Sitten deshalb gegeben, weil die Vertragschließenden durch planmäßiges Handeln dahin gewirkt haben, daß dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zuwider ihnen ein Teil des Wertes des Pfandgrundstücks auf Kosten des Eigentümers zufiel.

t) BraunschwZ. **07** 152 (Braunschweig). Verstoß gegen die guten Sitten durch Widerspruch gegen die Auszahlung eines Versteigerungserlöses.

u) R. **07** 1404 (Hamm). Der Vater, der von seinem Sohne zur Deckung seiner Forderungen gegen diesen Geldbeträge annimmt, die, wie er weiß, aus dem eingebrachten Gute der Ehefrau des Sohnes stammen, und ohne Zustimmung der

letzteren, also entgegen § 1377 BGB., in dieser Weise verwendet werden, macht sich der Ehefrau des Sohnes gegenüber aus § 826 schadensersatzpflichtig.

v) BraunschwZ. **07** 155 (Braunschweig). Verstoß gegen die guten Sitten durch Beihilfe zur Schädigung des in der Verwaltung des Vaters stehenden Kindesvermögens.

w) α. NaumburgAK. **07** 59 (LG. Stendal). Wer gegen einen anderen auf Grund einer von diesem getanen Äußerung Privatklage wegen Beleidigung erhebt, obwohl er weiß, daß die von dem anderen behauptete Tatsache wahr ist, verstößt gegen die guten Sitten und ist dem anderen, der mangels Zeugen den Wahrheitsbeweis nicht antreten konnte, zum Ersatze der erlittenen Geldstrafe und Kosten verpflichtet.

β. BadRpr. **07** 181 (Karlsruhe). Auch das Aussprechen einer schwer beleidigenden Äußerung, zu welcher man keine tatsächlichen Anhaltspunkte hat, verstößt dann gegen die guten Sitten, wenn die Äußerung in versteckter Form getan ist.

x) R. **07** 699 (Colmar). Wo das Gesetz die Gültigkeit einer Willenserklärung an eine bestimmte Form geknüpft hat, läuft die Geltendmachung des Mangels dieser Form nicht den guten Sitten zuwider und erzeugt keine Schadensersatzpflicht dessen, der ihn geltend macht.

y) RG. R. **07** 830. Kein Verstoß gegen die guten Sitten, wenn jemand das mit dem im Inland eingetragenen Zeichen eines anderen versehene Verpackungsmaterial in der Absicht, daß es dort verwendet werde, an den Dritten ins Ausland schickt, der dort das Zeichen in gesetzlicher und nicht gegen die guten Sitten verstoßender Weise erworben hat.

z) HessRspr. 7 145 (Darmstadt). Verstoß gegen die guten Sitten, wenn jemand seine Angestellten unter Drohung der Kündigung zwingt, eine bestimmte Wirtschaft nicht zu besuchen.

aa) Telegrammadresse s. Wertheimer, GewRschutz **07** 348 ff., insbes. 355. Zum Schutze der Telegrammadresse kann § 826 herangezogen werden.

bb) *Hilse GewRschutz **07** 92. Bauentwürfe werden, soweit sie von höherem künstlerischen Werte sind, durch das G. v. 9. Januar 1907, sonst durch § 1 Ziff. 3 UrhG. v. 19. Juni 1901, gegen unbefugte Vervielfältigung geschützt. Der Verfertiger behält das geistige Eigentum daran, insoweit er es nicht durch Vertrag einem anderen abgetreten hat. Der im Bauwesen übliche Brauch, Bauentwürfe zum Zwecke des Wettbewerbes um eine sich bietende Arbeitsgelegenheit einzufordern, und später einen derselben behufs Einholens der Bauerlaubnis der Behörde einzureichen, auch hierbei den Namen des Verfertigers zu entfernen und durch den des ausführenden Werkmeisters zuersetzen, ist daher unstatthaft und widerstreitet den guten Sitten. Infolgedessen ist der Verfertiger der Bauzeichnung befugt, Schadensersatzansprüche gegen den Bauherrn und dessen Bauwerkmeister geltend zu machen, auch deren Bestrafung unter Zuerkennen einer Buße zu beantragen. Derselbe ebenso in der BaugewZtg. **07** 219 u. in GrundstA. **07** 305.

cc) RG. R. **07** 1403. Es kann einem Gewerbetreibenden oder einem gewerblichen Verbande nicht verwehrt sein, seinen Abnehmern die Verpflichtung aufzuerlegen, unter einem bestimmten Preise nicht zu verkaufen, und diese Verpflichtung wiederum ihren Käufern aufzuerlegen, überhaupt für die Anknüpfung und Aufrechterhaltung geschäftlicher Beziehungen besondere Bedingungen zu stellen und bei deren Nichtannahme die Lieferung ihrer Handelsartikel zu verweigern.

dd) RG. SächsRpflA. **07** 334. Kein Verstoß gegen die guten Sitten durch Rabattgewährung.

ee) Preisunterbietungen (s. JDR. **5** § 826 Ziff. 15 x, **4** Ziff. 12 r, **3** Ziff. 11 m).

α. SächsAnn. **28** 279 (Dresden). Ein Verbot, öffentlich Waren (Musikalien) zu Schleuderpreisen anzubieten, kann nur dann erlassen werden, wenn nachgewiesen wird, daß die Waren auf unrechtmäßiger Art erworben sind, um sie billiger verkaufen zu können. Im vorliegenden Falle ist etwas Derartiges nicht erwiesen.

β. SchlHolstAnz. **07** 97 (Kiel). Verkauf von Heften der Reklamschen Universalbibliothek unter dem Preise von 0,20 M. (vgl. JDR. **5** § 826 Ziff. 15 x β u. γ). Ein Warenhaus, das Hefte der Reklamschen Universalbibliothek unter dem von der Verlegerin festgesetzten Preise von 0,20 M. verkauft, verstößt insofern gegen die guten Sitten, als es die Hefte von Personen oder Firmen erworben hat, von denen es beim Erwerbe wußte oder weiß, daß jene Personen oder Firmen der Firma Reklam gegenüber verpflichtet waren, die Hefte nicht an Warenhäuser abzugeben. — An sich liegt in der Preisherabsetzung auch gegen den Willen der Klägerin (Reklam) kein Verstoß gegen die guten Sitten (vgl. JDR. **5** § 826 Ziff. 15 x, **4** Ziff. 12 r, **3** Ziff. 11 m). Ebenso liegt kein Verstoß gegen die guten Sitten in dem Verkaufe von Heften, die nicht von den vorbezeichneten Firmen oder Personen, sondern ohne Vertragsbruch anderweitig, z. B. aus der Konkursmasse eines Sortimenters, erstanden sind.

γ. v. T u h r, DJZ. **07** 282 bespricht **RG. 63** 394, DJZ. **06** 1025 (JDR. **5** § 826 Ziff. 15 x); er hält die Entscheidung für richtig, aber nicht dem Rechtsgefühl entsprechend. Das Warenhaus, das Bücher zu Eigentum erwirbt, kann nicht verhindert werden, die Bücher unter dem Ladenpreise zu verkaufen; man kann aber das Warenhaus hindern, die Bücher unter dem Ladenpreise zu erwerben. Verf. gibt einen Weg hierfür an.

δ. F u l d, GewRschutz. **07** 95 ff. Derjenige, welcher sich auf unerlaubtem bezw. von den guten Sitten gemißbilligtem Wege gegen den Willen des Produzenten Waren von ihm zu verschaffen weiß und unter dem gesetzten Ladenpreise gewerbsmäßig veräußert, kann zur Unterlassung und zum Schadensersatz verurteilt werden. — Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist nicht schon dadurch gegeben, daß ein Kaufmann, um seinen Absatz zu erhöhen, Waren unter den sonst üblichen Preisen verkauft, obwohl er sich sagen muß, daß er damit gegen das Interesse seiner Erwerbsgenossen handelt.

ff) S o n t a g, UnlW. **6** 82 ff. Unter dem Vorsatze ist hier auch schon die Vornahme der Handlung in V o r a u s s i c h t der eintretenden Schädigung zu verstehen. — Wer einen D i e n s t b o t e n a u f r e i z t, die bisherige Stellung aufzukündigen, um sich bei ihm vermieten zu können, ist verpflichtet, dem früheren Dienstherrn den Schaden zu ersetzen, welchen er durch das Wegengagieren des Dienstboten erlitten hat.

§ 828. RG. PucheltsZ. **07** 121. Dem deliktsfähigen Kinde liegt die Behauptungs- und Beweispflicht ob, daß ihm bei der Begehung die vom Gesetz erforderte Einsicht gefehlt habe.

§ 830. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 990. Bei der Teilnahme an einer unerlaubten Handlung kommt es auf die Art und das Maß der Tätigkeit des einzelnen Mittäters nicht an; wieviel der einzelne Mittäter zu dem schädlichen Erfolge beigetragen hat, ist gleichgültig; die Gemeinschaft des Willens erzeugt die gemeinschaftliche Verursachung, so daß der Erfolg, wie auch immer der einzelne Mittäter hierzu beigetragen haben mag, als das Produkt der Gesamtwirksamkeit erscheint. Allerdings muß der Einzelne irgendwie zur Ausführung der gemeinsam gewollten Tat mit tätig geworden sein, hierzu eine Mitwirkung, wenn auch nach Umständen eine bloß intellektuelle, geleistet haben. Hierzu genügt z. B. Rückendeckung durch andere Genossen beim Raufhandel.

2. BraunschwZ. **07** 159 (Braunschweig). Haftung wegen Teilnahme an einer Schlägerei.

3. **RG. 65** 157 ff., 160, LeipzZ. **07** 282. Beihilfe zur Patentverletzung macht auch zivilrechtlich haftbar. Hierzu gehört aber nicht nur, daß der Täter objektiv die Patentverletzung des anderen befördert, es muß auch das subjektive Moment hinzutreten, daß seine Handlungen gerade zur Unterstützung des patentverletzenden Verhaltens des anderen dienen sollen.

§ 831. 1. BraunschwZ. **07** 69 (Braunschweig). Der § 831 stellt eine Präsumtion für das Verschulden des Geschäftsherrn und für die Kausalität solchen Verschuldens bezüglich des durch die bestellte Person angerichteten Schadens auf, läßt aber den Gegenbeweis zu.

2. **a)** BadRpr. **07** 197 (Karlsruhe). S. u. Ziff. 10 d α. Die Haftbarkeit aus § 831 beruht auf dem Gedanken, daß es demjenigen, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, auch möglich sein werde, den Angestellten zu überwachen. Diese Möglichkeit fehlt bei Handlungen, die der Angestellte ohne Wissen und Willen des Geschäftsherrn vornimmt.

b) SchlHolstAnz. **07** 330 (Kiel). Die Anwendung des § 831 setzt voraus, daß wirklich eine Bestellung zur Vornahme derjenigen Handlungen stattgefunden hat, die die verkehrssichere Beschaffenheit (eine Wirtschaft) herbeiführen sollten.

3. HansGZ. **07** Beibl. 293 (Hamburg). Der Geschäftsherr und der Bestellte müssen in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse zueinander stehen.

4. **RG.** R. **07** 1534. Werden einem selbständigen Unternehmer von dem Besteller eines Werkes einige seiner Arbeiter als Hilfsarbeiter gestellt, so ist hinsichtlich der Verrichtungen, die diesen Hilfsarbeitern bei Ausführung des Werkes unter Leitung des Unternehmers obliegen, nicht der Besteller, der die Hilfsarbeiter gestellt hat, sondern der Unternehmer, der sie anzuleiten hat, nach § 831 BGB. verantwortlich.

5. MecklZ. **25** 208 (Rostock). Ein Sachverständiger, der zur Vornahme bestimmter Arbeiten von seinem Prinzipale geschickt wird, nimmt häufig noch andere Arbeiten vor, ohne vorher seinen Prinzipal zu fragen. Hier handelt er auf eigene Verantwortung, und es kann sein Prinzipal nur dann als „Besteller" i. S. des § 831 angesehen werden, wenn der Handelnde eine allgemeine Vertretungsbefugnis hat oder im allgemeinen auch zu Arbeiten der in Frage kommenden Art bestellt worden ist. — Die Vorschrift des § 831 setzt voraus, daß die Bestellung schon zur Zeit der Schadenszufügung oder, genauer ausgedrückt, zu derjenigen Zeit erfolgt ist, in welcher die Handlungen vorgenommen sind, mit denen der Schaden im Kausalzusammenhang steht. Eine nachträgliche Genehmigung kann nicht eine Rückwirkung in der Art haben, daß der Angestellte zu der in Frage kommenden Verrichtung als von Anfang an bestellt gilt; § 184 Abs. 1 BGB. ist auf den vorliegenden Tatbestand nicht anwendbar.

6. Inhalt. Maß der Pflicht (s. IDR. **5** § 831 Ziff. 3, **4** Ziff. 1, **3** Ziff. 1, **2** Ziff. 1, **1** Ziff. 4).

a) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 997. Bei der Auswahl eines Betriebsleiters (bei Straßenarbeiten) handelt es sich nicht nur um die technischen Fähigkeiten für die betreffende Verrichtung, sondern auch um die moralischen Qualitäten, wie sie namentlich bezüglich der Beobachtung gesetzlicher Schutzvorschriften, der Fürsorge für die Sicherungsmaßregeln bei Bauunternehmungen in Betracht kommen: Gewissenhaftigkeit, Pünktlichkeit und Zuverlässigkeit der mit der selbständigen Wahrnehmung solcher Verrichtung betrauten Personen.

b) **RG.** JW. **07** 674, R. **07** 1320 Ziff. 3307. Liegt hinsichtlich der Ausführung einer durch andere vorzunehmenden Verrichtung dem Geschäftsherrn eine Leitungspflicht ob, so hat der Geschäftsherr zu seiner Entlastung allerdings zu beweisen, daß er bei der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Wird dem Geschäftsherrn dagegen vorgeworfen, daß er eine Kontrolle, die er hätte

ausüben müssen, vernachlässigt habe, so kann dies nur nach § 823 als eine ihm nachzuweisende Fahrlässigkeit in Betracht kommen; einer der Entlastungsbeweise aus § 831 steht dagegen hier nicht in Frage. S. u. Ziff. 9.

c) **RG.** SeuffBl. **07** 40 (Zweibrücken). Haftung des Schießbudenbesitzers für die Handlungen seiner Bediensteten. S. JDR. **5** § 831 Ziff. 3 b.

d) **RG.** R. **07** 379. Auswahl eines Putzergehilfen auf einem Baugerüst.

7. SchlHolstAnz. **07** 342 (Kiel). Die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn aus § 831 beschränkt sich auf die in Ausübung des erteilten Auftrags erfolgte Tätigkeit des Geschäftsführers und ist nicht auszudehnen auf eine bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrags entwickelte, außerhalb dieses Auftrags liegende Tätigkeit des Geschäftsführers. Vgl. JDR. **5** § 831 Ziff. 5.

8. Personenkreis (s. JDR. **5** § 831 Ziff. 6, **4** Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **2** Ziff. 2, **1** Ziff. 3, 5, 6).

a) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1103. Ein Postassistent ist kein Vertreter des Postfiskus i. S. der §§ 830, 831 BGB. S. JDR. **5** § 831 Ziff. 6 d letzter Abs.

b) OLG. **14** 2 (Celle). Ein Postillon ist kein verfassungsmäßiger Vertreter des Reichspostfiskus, ebensowenig wie ein Bahnmeister oder der Hausmeister eines Postamts (s. JDR. **3** § 831 Ziff. 2 b). Nach §§ 31 ff. Allg. DAnw. für Post und Telegraphie ist der Postillon nicht von der Postverwaltung, sondern von dem Posthalter angestellt.

c) PuceltsZ. **07** 50 (Colmar). Eine Stadtgemeinde, die einem Unternehmer Abbrucharbeiten, bei denen auch Sprengungen vorkommen, überträgt, haftet nicht nach § 831, wenn bei den Sprengungen jemand getötet wird. Der Unternehmer ist nicht zu einer Verrichtung bestellt.

d) BraunschwZ. **07** 66 (Braunschweig). Ein Assistenzarzt ist kein Willensorgan eines Krankenhauses, für welches der Staat als Unternehmer des Krankenhauses haftet.

e) **RG.** SeuffBl. **07** 537, ZVersWes. **07** 174, DJZ. **07** 481. Haftung des Eigentümers eines Theaters für seine Angestellten. S. oben § 276 Ziff. 6 f.

f) R. **07** 1067 (Hamburg). Eine Versicherungsgesellschaft haftet für Arglist ihrer Agenten, die keine „Dritten" i. S. des § 123 BGB. sind.

9. Beweis und Gegenbeweis (s. JDR. **5** § 831 Ziff. 7, **4** Ziff. 5, **3** Ziff. 3).

a) **RG.** R. **07** 887. Wird ein Schadensersatzanspruch auf § 831 BGB. gegründet, so hat der Beschädigte allerdings zu beweisen, daß die Verrichtung, die den Schaden herbeigeführt hat, im Auftrage des Inanspruchgenommenen ausgeführt worden ist. Behauptet aber der letztere, daß er noch vor Vollendung der Arbeit und bevor das schädigende Ereignis eingetreten ist, seinen Auftrag zurückgezogen habe, so ist er hierfür beweispflichtig.

b) **RG.** JW. **07** 333. Der dem Geschäftsherrn im letzten Satze von § 831 Abs. 1 nachgelassene Beweis muß dahin geführt werden, daß der Schaden auch bei Anwendung der in den vorhergehenden Sätzen bezeichneten Sorgfalt entstanden sein würde, keineswegs genügt der Beweis, daß bei Anwendung dieser Sorgfalt der Schaden möglicherweise auch hätte entstehen können; es liegt auch auf der Hand, daß, wenn dieser Beweis zur Ausschließung der Haftung des Geschäftsherrn ausreichend wäre, diese Haftung beinahe immer wegfallen würde.

c) **RG.** JW. **07** 674. Zu den Entlastungsbeweisen des § 831 Abs. 1 gehört niemals der Nachweis gehörig ausgeübter Kontrolle. Wie das RG. schon öfters hervorgehoben hat, hat zwar nach § 831 Abs. 1 der Geschäftsherr in den Fällen, wo er selbst die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, zu beweisen, daß er bei der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe; aber wenn der Beklagte eine Kontrolle, die er hätte ausüben müssen, vernach-

lässigt haben sollte, so kann das nur nach § 823 BGB. als eine ihm nachzuweisende Fahrlässigkeit in Betracht kommen. S. o. Ziff. 6b.

10. Einzelne Fälle (s. JDR. **5** § 831 Ziff. 9, **4** Ziff. 6, **3** Ziff. 5, **2** Ziff. 5).

a) **RG.** BayRpflZ. **07** 194. Haftung des Eisenbahnfiskus für das Verschulden seiner Beamten. Unfall auf dem Bahnhof infolge fehlender Beleuchtung. Entlastungsbeweis nach § 831.

b) v. Stempel, DJZ. **07** 1023. Für den Schaden, den der Lenker eines „Krümperfuhrwerks" mit diesem anrichtet, haftet neben dem Kutscher der Reichsmilitärfiskus gemäß § 831.

c) GruchotsBeitr. **51** 600. Die Sorgfalt bei der Auswahl eines Kutschers, der in einer kleinen verkehrsarmen Stadt und einem Kutscher, der in einer Großstadt (Berlin) fahren soll, ist eine verschiedene. Der Kutscher in einer Großstadt muß nicht nur die Pferde zu lenken und einen Wagen zu führen verstehen, er muß auch Besonnenheit, Geistesgegenwart und eine gewisse moralische Reife besitzen. S. schon JDR. **5** § 831 Ziff. 9 b = DJZ. **06** 1206.

d) α. BadRpr. **07** 197 (Karlsruhe). S. oben Ziff. 2 a. Sorgfalt bei Auswahl eines Chauffeurs. Wenn man davon ausgeht, daß ein Chauffeur, dessen Anstellung i. S. des § 831 einwandfrei sein soll, nicht nur technische, sondern auch gewisse geistige und moralische Qualitäten besitzen muß, so kann es sich dabei doch nur um solche moralische Eigenschaften handeln, die mit der Fähigkeit, ein Automobil gefahrlos für das Publikum zu lenken, in ursächlichem Zusammenhange stehen. — Keine Haftung des Automobilbesitzers, wenn der Chauffeur wider dessen Wissen und Willen mit dem Automobil zu seinem Vergnügen ausfährt.

β. **RG.** R. **07** 182. Durfte nach den bestehenden polizeilichen Vorschriften oder zur Betätigung der allgemein im Verkehre gebotenen Sorgfalt der Chauffeur auf der betreffenden Strecke so schnell, wie er es getan, nicht fahren, und war der Beklagte — der in dem Automobile saß — verpflichtet, ihn durch Erteilung einer Anordnung davon abzuhalten, so besteht zwischen seiner Unterlassung und dem Unfalle (Tötung eines Straßenpassanten) ursächlicher Zusammenhang auch dann, wenn anzunehmen ist, daß bei den Verhältnissen entsprechender langsamer Fahrt der Chauffeur dem Automobile diejenige Wendung, welche schließlich den Unfall herbeigeführt hat, nicht gegeben haben würde, oder daß dann der Zusammenstoß des Kraftwagens mit dem Getöteten nicht erfolgt wäre, weil dieser sich noch in Sicherheit zu bringen in der Lage gewesen wäre, oder endlich, daß bei langsamer Fahrt der Zusammenstoß solche Folgen, wie sie tatsächlich eingetreten sind, nicht gehabt haben würde.

γ. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 598. Haftung des Eigentümers eines Automobils für seinen Chauffeur s. schon JDR. **5** § 831 Ziff. 9 c = **RG.** PuckeltsZ. **06** 449.

δ. **RG.** ElsLothJZ. **07** 6 = JDR. **5** § 831 Ziff. 9 c Abs. 1.

RG. BauersZ. **14** 214 s. JDR. **5** § 831 Ziff. 9 c = **RG.** R. **06** 937.

d) **RG.** JW. **07** 16. Haftung des Eigentümers eines Motorrades für den durch einen Lehrling bei der Benutzung verursachten Schaden. Der Entlastungsbeweis nach § 831 ist nicht geführt worden. Der Eigentümer durfte nach den bestehenden polizeilichen Vorschriften dem noch nicht 18 Jahre alten Lehrling überhaupt nicht den Auftrag geben, mit einem Motorrade zu fahren.

e) PuckeltsZ. **07** 514 (Karlsruhe). Haftung eines Zeitungsverlegers, der sich zur Beibringung von Wahlresultaten eines Fahrradboten bedient, für den von diesem angerichteten Schaden.

RG. GruchotsBeitr. **51** 1103, SchlHolstAnz. **07** 23, EisenbE. **23** 187 s. JDR. **5** § 831 Ziff. 9 e.

f) WürttJ. **19** 151 (Stuttgart) über die Haftung der Postverwaltung für Unfälle von Fahrgästen bei Postbotenfahrten.

g) HansGZ. **07** Hptbl. 109 (Hamburg). S. JDR. 5 § 831 Ziff. 9f. Da die Lotsen keine Staatsbeamten sind und der Staat auch keine Garantie für ihre tadellose Amtsführung übernommen hat und übernehmenkann, so haftet er auch nicht für Schäden, welche einzelnen Schiffahrtsinteressenten von den Lotsen kulposerweise zugefügt werden.

h) **RG.** R. **07** 309. Der Fiskus haftet für den Schaden, den eine vom Staate zur Wartung und Beaufsichtigung der Geisteskranken in einer staatlichen Irrenanstalt angestellte Wärterin bei Ausführung dieser Verrichtungen widerrechtlich (durch Alleinlassen des Geisteskranken) angestiftet hat.

i) **RG.** PucheltsZ. **07** 325. Haftung für Unfälle bei Sprengungsarbeiten, Verletzung der Leitungs- und Überwachungspflicht; Haftung des Unternehmers oder der städtischen Polizeibehörde.

k) SächsRpflA. **07** 346 (Dresden). Die Schulgemeinde einer Lehranstalt haftet für den einer Schülerin in Ausführung ihrer Verrichtungen zugefügten Schaden auch dann, wenn der Lehrer selbst persönlich dafür nicht verantwortlich gemacht werden kann.

l) R. **07** 572 (Cöln). Für Angestellte, die sich auf dem Gebiete der gewerblichen Rechtsschutzes einer Verfehlung schuldig machen, haftet der Geschäftsherr nicht ohne weiteres gemäß § 831 BGB.

m) **RG.** R. **07** 454. Der Rechtsanwalt, der zur Erfüllung seiner Berufspflicht eines Bureauvorstehers sich bedient, hat für den Schaden aufzukommen, der demjenigen, dem er zur Erfüllung verpflichtet ist, daraus entsteht, daß der Bureauvorsteher unrichtig verfährt, nicht anders, als wenn er selbst in dieser Weise verfahren hätte.

n) Über Haftung des Mieters für Beschädigungen beim Umzuge s. Huth, DJZ. **07** 283, Welter ebd. 655.

§ 832. 1. R. **07** 1465 (Colmar). Die Aufsichtspflicht der Mutter über ihren als Bureaugehilfen in einer Fabrik angestellten 15jährigen Sohn erstreckt sich nicht auf Überwachung desselben während der Zeit, in welcher er in der Fabrik beschäftigt ist. Dagegen hat sie sein Leben und Treiben außerhalb der Bureaustunden zu überwachen und, wenn es Anlaß zu der Vermutung gibt, daß er auf unrechtmäßige Weise sich Geldmittel verschafft, die nach Lage der Sache gebotenen Maßregeln zu ergreifen. Sie haftet, wenn sie diese Pflicht vernachlässigt, zwar nicht für den gesamten, durch fortgesetzte Unterschlagungen des Sohnes der Fabrik entstandenen Schaden, wohl aber für denjenigen Teil, der bei rechtzeitigem Einschreiten hätte verhindert werden können. Ein konkurrierendes Verschulden, auf das sich die Mutter berufen kann, liegt auf Seite der Fabrikleitung vor, wenn der noch sehr jugendliche Angestellte nicht gehörig beaufsichtigt ist und ihm größere Geldbeträge ohne genügende Kontrolle anvertraut worden sind.

2. R. **07** 183 (Stuttgart). Ist ein im 8. Lebensjahre stehendes Kind von einem 11jährigen Kinde zum Rübenmahlen mittels einer Rübenmaschine angehalten worden und hierbei verunglückt, so ist nach Umständen die Haftung der Eltern des älteren Kindes nach §§ 831, 832 begründet. Ein eigenes Verschulden des verletzten Kindes nach §§ 254, 828 Abs. 2 kommt nicht in Frage.

3. R. **07** 1067 (Hamburg). Die Eltern haften mit ihrem Sohne als Gesamtschuldner für den Schaden, den ihr 18jähriger Sohn einem 11jährigen Knaben mit einem Luftgewehre zugefügt hat, wenn sie es unterlassen haben, die erforderliche Aufsicht über ihren Sohn auszuüben.

4. SchlHolstAnz. **07** 232 (Kiel). Der Pflicht zur Beaufsichtigung eines Kindes, dem ein gefährliches Spielzeug (Windbüchse) anvertraut ist, ist dadurch nicht genügt, daß der Aufsichtspflichtige Anordnungen über die Aufbewahrung und Benutzung des Spielzeugs getroffen hat.

5. OLG. **14** 38 (KG.) Der Schullehrer handelt nicht fahrlässig, wenn er sich (bei einem Ausfluge) darauf verläßt, daß die Schüler seinen allgemeinen Anweisungen Folge leisten werden. Auch im Verteilen von Knallblättchen an einzelne Schüler liegt keine Fahrlässigkeit. — Wenn die Schulaufsicht in erster Linie den Zweck der Erziehung der Schüler verfolgt, so ist damit keineswegs ausgeschlossen, daß diese Aufsichtspflicht auch die Verhütung der Beschädigung Dritter, besonders der Mitschüler während des Schulunterrichts bezweckt. Auch die Beaufsichtigung durch die Eltern hat in erster Linie erzieherische Zwecke. Für die Dauer des Schulunterrichts aber sind die Eltern verhindert, die Aufsicht über ihre der Schule anvertrauten minderjährigen Kinder auszuüben. Hier treten die Lehrer an die Stelle der Eltern. Anderenfalls würde für einen Schaden, der durch ein minderjähriges Kind, das nicht persönlich aus § 828 verantwortlich gemacht werden könnte, während der Schulzeit einem Dritten zugefügt ist, eine Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen überhaupt nicht bestehen. Die Eltern würden sich jedenfalls mit Erfolg darauf berufen können, daß sie ihrer Aufsichtspflicht durchaus genügt haben, indem sie das Kind der Schule anvertrauten. Der Umstand, daß auch großjährige Schüler der Schulaufsicht unterstehen, schließt nicht aus, daß diese Aufsichtspflicht betreffs der Minderjährigen eine weitergehende, auch die Verhütung von Schadenszufügungen bezweckende ist. Auch bei Schulausflügen hat der Lehrer die Aufsichtspflicht. Im vorliegenden Falle ist die Haftung verneint, weil nachgewiesen ist, daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden wäre. S. JDR. **5** 832 Ziff. 4.

6. **RG. 65** 290, JW. **07** 255, PrVolksschulArch. **6** 116, ZVersWes. **07** 226, DJZ. **07** 657. Haftung eines Lehrers für die einem Schüler von einem anderen Schüler auf einem Schulfeste fahrlässigerweise zugefügte Körperverletzung (gegen W i n t e r JDR. **1** § 832 Ziff. 3).

§ 833. 1. *K r ü c k m a n n , JheringsJ. **52** 466 ff. Wie der Verschuldenshaftung die Verschuldensaufrechnung, so entspricht der Gefährdungshaftung die Gefährdungsaufrechnung. Ob die Tierhalterhaftung in concreto ausgeschlossen ist, richtet sich danach, ob der Geschädigte sich in deliktsrechtlich zunehmbarer Weise selbst gefährden kann. Es kommt hier, abweichend von der Gefährdungsabrechnung, nur auf die Person des Geschädigten an. Ob §§ 827, 828 anzuwenden sind, ist zweifelhaft.

2. B e g r i f f d e s T i e r h a l t e r s (JDR. **5** § 833 Ziff. 1).

a) *G r u n o w. „Tierhalter" im Sinne des § 833 ist derjenige, der ein Tier in seiner Wirtschaft hält; als solcher hat er für die besonderen Gefahren der Halbvernunft des Tieres einzustehen, die gegenüber einem anderen Wirtschaftskreise hervortreten (vgl. K o h l e r , Lehrbuch des BGB. 488 ff., 495/497). Haftet auch der Tierhalter ohne weiteres, so kann gleichwohl unter besonderen Umständen seine Verschuldung in Betracht kommen, so z. B. wenn ein Handeln des Tieres für die Beschädigungen nicht Ursache, sondern nur Bedingung war, so daß der Schaden nur dann den Tierhalter treffen kann, wenn ein dominium causae vorliegt, wenn also die Bedingung durch sein Verschulden gesetzt worden ist. — Die Scheidung zwischen Haus- und anderen Tieren ist zu verwerfen. § 833 gibt nur den Rechtszustand wieder, der dem Verkehrsbedürfnis entspricht. Dieses Verkehrsbedürfnis verlangt eben, daß der Tierhalter für allen Schaden zu haften hat, der im Bereiche der spezifischen Gefährdung durch tierische Lebensfunktionen liegt, welche sich einerseits als vom tierischen Willen bedingte Handlungen, andererseits als eine rein physiologische Tätigkeit der Organe darstellen, es sei denn, daß sich das Tier in unmittelbarer und unbedingter Abhängigkeit vom menschlichen Willen befindet (vgl. B o z i , Tierhaftung, R. **06** 41). Ist der Kausalzusammenhang zwischen der schädigenden Wirkung der tierischen Lebensfunktion und der eingetretenen Schadenswirkung einmal als vorhanden festgestellt worden, so ist der volle Schadensersatz nach den im BGB. Titel 25 vorliegenden Bestimmungen zu gewähren.

b) WürttJ. **19** 20 (Stuttgart). Tierhalter ist nur derjenige, der die zur Ausnutzung des Tieres erforderlichen Maßnahmen trifft. Das kann aber nur der mittelbare oder unmittelbare Besitzer des Tieres sein.

c) Einzelne Fälle.

α. SächsRpflA. **07** 230. Tierhalter ist auch derjenige, der einen einem anderen gehörigen Hund in seinem Geschäftsbetriebe benutzt.

β. OLG. **14** 50 (Colmar). Tierhalter ist der Pfandgläubiger, der einen Hund gepfändet und in Gewahrsam erhalten hat.

γ. SchlHolstAnz. **07** 7 (Kiel). Wer das Vieh eines anderen gegen Entschädigung zur Grasung auf sein Grundstück nimmt, wird dadurch zum Tierhalter.

δ. HansGZ. **07** Beibl. 143 (Hamburg). Der Reitbahnbesitzer, welcher sein Pferd einem Reitklub vermietet, damit der Reiter bei einem Rennen es benutzen könne, ist als Tierhalter anzusehen. Der Fall des **RG. 62** 79 liegt nicht vor, da hier das Pferd unentgeltlich überlassen war. Im vorliegenden Falle hatte der bekl. Reitbahnbesitzer es vermietet, es also zur Zeit des Unfalls in seinem Interesse und in seinem Geschäftsbetriebe genau so verwendet, wie er es überhaupt geschäftlich zu verwenden pflegte.

ε. **RG. 66** 1, JW. **07** 333, DJZ. **07** 715 — unter Aufhebung des OLG. Hamburg JDR. **5** § 833 Ziff. 1 e β —. Die Landwirtschaftskammer für Schleswig-Holstein in Hamburg, welche den direkten Absatz von Schlachtvieh an den Hamburger Schlachtviehmarkt für die Schlachtviehbesitzer in Schleswig-Holstein vermittelt, ist hinsichtlich des fraglichen Schlachtviehs nicht Tierhalterin.

ζ. HessRspr. 8 60 (Darmstadt). Kläger, der beim Beklagten in keinem Dienstverhältnisse stand, half dem Beklagten beim Aufrichten eines umgefallenen Mistfuhrwerks und wurde hierbei durch das Pferd des Beklagten verletzt. Für den Schaden ist nicht der Beklagte als Tierhalter, sondern die Berufsgenossenschaft haftbar zu machen.

3. SeuffA. **62** 59 (Jena) s. schon JDR. **5** § 833 Ziff. 2.

4. Kausalzusammenhang. S. JDR **5** Ziff. 3; **4** Ziff. 7; **3** Ziff. 8; **2** Ziff. 8; **1** Ziff. 5 u. 6.

a) R. **07** 58 (Colmar). Ein Schaden ist dann „durch ein Tier" verursacht, wenn dessen Verhalten diejenige Bedingung bildet, die einen Erfolg wie den eingetretenen nach den Erfahrungen des Lebens und dem normalen Gange der Dinge mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit begünstigt hat und die als Ursache zu bezeichnende Bedingung nicht ihrerseits eine notwendige oder regelmäßige Folge des Vorhergegangenen ist. Nicht erforderlich ist, daß unmittelbar durch den Körper des Tieres die Beschädigung verursacht worden ist; es genügt auch die Beschädigung mittels eines durch dasselbe in Bewegung gesetzten Gegenstandes. Ausgeschlossen wird der erforderliche ursächliche Zusammenhang, wenn der Schaden nicht durch eine willkürliche Handlung des Tieres herbeigeführt, dasselbe vielmehr einer Lenkung gefolgt, also ein Werkzeug in der Hand des Leiters gewesen, dieser also der Urheber des Schadens gewesen ist. Dagegen tritt jener Zusammenhang wieder ein, wenn ausnahmsweise das Tier, obwohl es an einen Wagen gespannt gewesen, von dem Kutscher nicht gelenkt, d. h. wenn ihm die Herrschaft über die Zügel verloren gegangen und dadurch das Tier führerlos geworden ist. Im letzteren Falle liegt aber dann dennoch eine willkürliche Handlung vor, wenn das Tier, obwohl der Lenker es nicht mehr geführt hat, sich lediglich in der ihm von demselben anfänglich gegebenen Richtung und in der angewiesenen Gangart fortbewegt hat oder wenn es zu einer etwaigen Änderung der Richtung durch eine unbewußte Bewegung des schlafenden Kutschers veranlaßt worden ist.

b) **RG.** JW. **07** 308. Wenn man auch die Haftung eines Tierhalters nach § 833 BGB. nicht soweit ausdehnen darf, daß er ohne jede Einschränkung auch für alle nur mittelbaren Folgen des Tuns des Tieres zu haften habe, die hiermit nur

in entferntestem Zusammenhange stehen, so war es doch hier in dem natürlichen und regelmäßigen Verlaufe der Dinge begründet, daß der Ehemann der Klägerin vor der ihm drohenden Gefahr durch einen Sprung aus dem Wagen sich zu retten suchte. Auf derartige Ereignisse muß der durch die Haftung des Tierhalters eingeführte Schutz miterstreckt werden.

c) α. WürttZ. **19** 45 (Stuttgart). Keine direkte mechanische Berührung des Körpers des Tieres mit dem Körper des verletzten Menschen (oder mit der beschädigten Sache) erforderlich.

β. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 197. Für die Anwendung des § 833 ist es nicht unter allen Umständen erforderlich, daß das Tier dem Beschädigten die Verletzung unmittelbar zugefügt hat.

γ. BadRpr. **07** 341 (Karlsruhe). Auch bei nur mittelbarer Verletzung ist der Kausalzusammenhang gegeben.

d) SchlHolstAnz. **07** (Kiel). Der Schaden entsteht durch das Tier, wenn das unter Leitung eines Kutschers stehende Pferd der Leitung der Lenkers nicht mehr folgt und aus eigenem Antriebe Bewegungen macht, die vom Kutscher nicht gewollt sind.

e) OLG. **14** 48 (Hamburg). Der Hund des Beklagten hatte den radelnden Kläger angefallen. Kläger war, als er den Hund mit dem Fuße abwehren wollte, gefallen. Ursächlicher Zusammenhang angenommen. Mitwirkendes Verschulden.

RG. R. **07** 1320, BayRpflZ. **07** 472. Für den Schaden, den ein Hund dadurch angerichtet hat, daß er gegen ein Motorrad springt und durch diesen Anprall den Fahrer zu Fall bringt, ist der Halter des Hundes aus § 833 für schadensersatzpflichtig erklärt worden.

f) **RG.** R. **07** 59. Wenn Pferde dadurch erschreckt werden, daß der Wagen, an den sie gespannt sind, ihnen plötzlich auf die Hacken rollt, so ist dies ein Vorkommnis, das sich voraussehen läßt und dem der Leiter des Fuhrwerkes vorbeugen kann.

g) PucheltsZ. **07** 271 (Zweibrücken). Haftung der Tierhalters für Unfälle, die einen Fahrgast beim Absteigen vom Wagen treffen.

h) PosMSchr. **07** 103 (Königsberg). Der Tierhalter haftet nicht für den dem Eisenbahnfiskus dadurch entstandenen Schaden, daß ein Eisenbahnzug durch Überfahren von Kühen zum Entgleisen gebracht worden ist.

5. Willkürliche Tätigkeit des Tieres (s. IDR. **5** § 833 Ziff. 4, **4** Ziff. 8, **3** Ziff. 9, **2** Ziff. 9).

RG. **65** 104, JW. **07** 139. Derjenige Schaden ist nach § 833 zu ersetzen, den das Tier aus eigenem Antriebe verursacht. Aus eigenem Antriebe schädigt das Tier nicht, wenn es lediglich dem Willen des Menschen folgt.

RG. EisenbE. **23** 265 s. IDR. **5** § 833 Ziff. 4 b.

HansGZ. **07** Beibl. 6 (Hamburg). Geht ein vor einen Wagen gespanntes Pferd durch, weil der Wagen heftig angerannt wird, so hat dieses Anrennen die Natur eines außergewöhnlichen Ereignisses. Geht das vor den Wagen gespannte Pferd infolge des Anrennens durch, so folgt es nicht seiner tierischen Natur, sondern dem Zwange, dem es nicht widerstehen kann.

OLG. **14** 51 (Cassel). Wenn ein Pferd dadurch, daß ein Gegenstand darauf fällt, erschreckt, scheu wird und wegläuft, so liegt hierin gerade ein tierisches Tun, ein Ausfluß seines tierischen Willens.

R. **07** 251 (Frankfurt). Eine Haftung des Tierhalters besteht nicht, wenn die Verletzung des Beschädigten in der Weise entstanden ist, daß das zu Boden gefallene Tier unter Unterstützung verschiedener Personen, deren Willen folgend, den Versuch gemacht hat, wieder auf die Beine zu kommen, es hierbei aber wieder in die liegende Stellung zurückfiel und den Beschädigten verletzte, indem es auf das

Bein desselben fiel, das er vorgestreckt hatte, um dem Tiere beim Aufstehen durch Stützen und Heben am Widerrist zu helfen.

OLG. **14** 49 (Colmar). Belästigung eines Pferdes im Sommer durch Mücken kein unwiderstehlicher Zwang.

Schoplich, PrVerwBl. **28** Beil. 808, verneint die Haftung des Tierhalters für die durch ein tollwütiges Tier verursachten Heilkosten unter Bezugnahme auf die Entsch. des RG. über Tierhaftung und höhere Gewalt.

6. Ausschluß der Haftung durch Vertragsverhältnis (s. JDR. **5** § 833 Ziff. 5, **4** Ziff. 9, **3** Ziff. 10). S. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 5 bb.

a) **RG.** BayRpflZ. **07** 294, SeuffBl. **07** 1084. Es ist nicht anzunehmen, daß zwischen dem Fuhrherrn und dem Fahrgaste, den er ohne Entgelt auf seinem Wagen duldet, ein stillschweigender Vertrag über das Mitfahren zustande kommt, sondern es entsteht nur ein tatsächliches Verhältnis, das rechtsgeschäftliche Pflichten und Rechte nicht erzeugt, das aber auch die allgemeine Pflicht nicht außer Kraft setzt, wonach jeder für die Beschädigung durch seine Sachen aufzukommen hat, insoweit er sie bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen anderer hätte verhüten müssen (**RG. 52** 379, JW. **05** 371 Ziff. 10). Der Beklagte vermag sich also nicht jeder Verantwortlichkeit für Fahrlässigkeit zu entschlagen. Ein solcher Freibrief gebührt ihm weder nach Treu und Glauben, noch nach der Verkehrsanschauung. Immerhin findet seine Haftung ihre Grenze eben darin, daß er nur für Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt einzustehen hat. Der Maßstab dieser Sorgfalt bestimmt sich nach den Anforderungen der aus einer tatsächlichen verständigen Übung geschöpften Verkehrssitte. Diese Sitte empfängt ihre Richtlinie, wenn Gefälligkeitshandlungen in Frage stehen, ganz besonders von den Geboten der Billigkeit. Der Grundsatz, daß Schenker und Verleiher nur für grobe Fahrlässigkeit zu haften haben (§§ 521, 599 BGB.), wird zwar nicht ohne weiteres auf ein außervertragliches Schuldverhältnis übertragen werden können. Wohl aber mag er als Fingerzeig dafür verwertbar sein, welches Maß von Bedachtsamkeit für das fremde Interesse die Verkehrssitte von demjenigen heischt, der einem anderen eine reine Gefälligkeit erweist. Hiernach wird der Fuhrherr in der Regel dem stillschweigend geduldeten Fahrgaste keinesfalls für einen erkennbaren Fehler des Fuhrwerkes haften. Wer sich unaufgefordert auf ein Fuhrwerk setzt und unentgeltlich mitfährt, muß Wagen, Pferde und Kutscher so nehmen, wie sie sich ihm bieten. Er hat sich die wahrnehmbaren Mängel gefallen zu lassen und handelt insoweit auf eigene Gefahr. Wie weit der Fuhrherr für verborgene, aber ihm bekannte Fehler jenem Fahrgaste haftet, wird nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen sein. Hier hat der Beklagte gewußt, daß die Arbeiter wie tagtäglich mit dem Wagen fahren würden, und er war damit einverstanden. Hatte der Bremsstengel in Wahrheit eine Bruchstelle, und hatte der Beklagte sie als solche erkannt, so war es mehr als Leichtsinn, es war eine Gewissenlosigkeit, den eigenen Sohn und die mitfahrenden Arbeiter auf dem abschüssigen Wege der Gefahr eines Bremsenbruchs und des Abrollens des Wagens oder des Durchgehens der Pferde auszusetzen, lediglich in der unsicheren Erwartung, daß die Bremse noch eine oder die andere Fahrt aushalten werde.

b) **RG. 65** 313, JW. **07** 308, DJZ. **07** 657. Der Tierhalter, der einen Fahrgast zur gemeinschaftlichen Fahrt auf seinem Wagen aus Gefälligkeit mitnimmt, haftet dem Fahrgaste nicht für den bei dem Mitfahren entstandenen Schaden. Es ist anzunehmen, daß die Beteiligten ihr Übereinkommen dem Billigkeitsgebot entsprechend beurteilt wissen wollen und daß jeder Teilnehmer den aus der Verwirklichung der gemeinsamen Gefahr ihm etwa entstehenden Schaden allein tragen muß. Ist im Verhältnisse zwischen dem Tierhalter und dem Getöteten die gesetzliche Haftung für den Tierschaden durch Vertrag ausgeschlossen, so beseitigt das nicht nur den von den Rechtsnachfolgern des Getöteten erhobenen Anspruch auf Erstattung

der Heilungskosten, sondern auch den Anspruch des mittelbar Geschädigten gemäß § 844 Abs. 2 darauf, daß ihm zum Ersatze für das ihm entzogene gesetzliche Unterhaltungsrecht eine Entschädigungsrente gezahlt werde.

c) OLG. **14** 49 (Colmar). Die Ansicht v. Blumes (JDR. **4** § 833 Ziff. 9 b) findet in ihrer Allgemeinheit keine ausreichende Stütze im Gesetze. Ob eine Haftung aus § 833 vertragsmäßig ausgeschlossen ist, ist Tatfrage. Ebenso OLG. **14** 49 (Cassel).

d) SeuffA. **62** 453 (Hamburg) = JDR. **5** § 833 Ziff. 5 e. Vom **RG.** bestätigt.

7. WürttJ. **19** 45 (Stuttgart). Zusammenwirken mehrerer von verschiedenen Personen gehaltener Tiere zur Entstehung eines Schadens: Der Hund des Beklagten verfolgte eine Katze des Klägers in den Kuhstall des Klägers. Hierdurch wurde eine Kuh des Klägers scheu, schlug aus und verletzte die Ehefrau des Klägers. Dem Kläger wurde $1/_3$ des Schadens zugebilligt.

8. Mitwirkendes Verschulden. S. JDR **5** § 833 Ziff. 6; **4** Ziff. 9; s. o. § 254. BayRpflZ. **07** 70 (Bamberg). Eigenes Verschulden durch Reizen des Tieres.

RG. ZVersWes. **07** 26 s. JDR. **5** § 833 Ziff. 6 = **RG.** JW. **06** 740.

RG. BadRpr. **07** 193. Mitwirkendes Verschulden.

9. De lege ferenda.

a) Schumacher, JW. **07** 233 ff., empfiehlt folgende Fassung des § 833 BGB.: Wird durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist derjenige, welcher das Tier hält, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. — Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. — Tierhalter ist derjenige, welcher in eigenem Interesse, wenn auch nur vorübergehend, die Verfügungsgewalt über das Tier hat.

b) *v. Lippmann. Der Verf. gibt eine Darstellung der Entstehungsgeschichte des § 833 BGB. und des Abänderungsentwurfs, erörtert die Wirkung der vorgeschlagenen Änderung, den Gegensatz des Verschuldungsprinzips und des Prinzips der unbedingten Haftung, das französische Recht und die ratio legis des § 833 und untersucht die wesentlichsten vielumstrittenen Fragen aus dem Gebiete des § 833, den Begriff des Tierhalters, die Tiertat, die Kausalität, die Zulassung der Berufung auf höhere Gewalt, das Verschulden des Beschädigten, das Eingreifen Dritter, die Aufhebung der Haftung, die Abwendung der Haftung durch Vertrag, den Umfang des Schadensersatzes. Gegenüber dem Gutachten des Juristentags, es empfehle sich, die Vorschrift des § 833 BGB. aufrecht zu erhalten und von Einzeländerungen in der Erwartung abzustehen, daß die Rechtsprechung zu einer freieren Auslegung der Vorschrift gelangen werde, welche den Haftungsgrund und die daraus sich ergebenden Beschränkungen der Anwendbarkeit berücksichtige, gelangt der Verf. auf Grund der von ihm dargestellten Entwickelung der Theorie und der Rechtsprechung zu dem Ergebnisse, nur eine haltlose Selbsttäuschung in der Meinung zu sehen, es könne bei nicht rein willkürlicher Rechtsprechung irgendeiner Kunst der Auslegung gelingen, Härten in der Anwendung des Gesetzes hintanzuhalten, die im Inhalt und im Prinzipe des Gesetzes begründet seien. — Gerade die Vertiefung in den Haftungsgrund führe zu Entscheidungen, über deren Härte sich hinterher Erstaunen zeige. — Die vorgeschlagene Änderung würde nach Ansicht des Verf. den Rechtszustand nicht verbessern. — Sie vermenge sich entgegenstehende Rechtsgrundsätze, schaffe privilegierte Kategorien und verschärfe hierdurch auf Seite der nichtprivilegierten das Gefühl der Härte, während andererseits der durch ein der bevorzugten Kategorie angehöriges Tier Verletzte die günstigere, ihm die Rechtsverfolgung erschwerende Stellung dieses Tierhalters als eine Kränkung seiner Rechte

empfinden würde. — Infolge der vorgeschlagenen Änderung würde die strenge Haftung der § 833 BGB. gerade da versagen, wo die Gefahren am zahlreichsten und stärksten aufträten und andererseits die größte Leistungsfähigkeit zur Ausgleichung vorhanden sei. — Hinsichtlich der Frage der unveränderten Aufrechthaltung des § 833 BGB. dränge sich der Gedanke auf, daß der Grundsatz, der mit der Gefahr verbundene Schaden müsse aus dem Unternehmen gedeckt werden, zwar dem Großbetrieb und kapitalkräftigen Unternehmern gegenüber seine Rechtfertigung finden möge, Kleinbetrieben oder dem Halten eines einzelnen Tieres gegenüber aber doch sehr fragwürdig erscheine. Der Gedanke der Schadensabgleichung sei zu ansprechend. Für die gesetzgeberische Durchführung könne aber die Leistungsfähigkeit der vom Schadensersatze Bedrohten, die ihre Deckung durch Versicherung finden sollten, nicht außer Betracht bleiben. — Ob die Last der Versicherung getragen werden könne, und es sich rechtfertige, durch die Aufrechterhaltung eines harten Gesetzes die Tierhalter zur Versicherung zu drängen, sei eine Frage wesentlich sozialpolitischer Natur. Abgesehen von der Last der Versicherung trete der Entwickelung der Deckung des Tierhalters durch Versicherung der Umstand hindernd in den Weg, daß der Begriff des Tierhalters im Rechtssinn auch in der Rechtsprechung schwankend geworden sei. — Demnach lasse sich der Gedanke an eine vollständig neue Regelung der Tierhaftung kaum zurückweisen.

§ 834. 1. **RG.** R. **07** 1404. Der Angestellte eines Tierhalters, dem vertragsgemäß die Leitung des Tieres obliegt, kann, wenn er hierbei einen Unfall erleidet, von dem Tierhalter vollen Schadensersatz nur dann beanspruchen, wenn er nachweisen kann, daß ihn an dem Unfalle kein eigenes Verschulden trifft oder daß ein etwaiges eigenes Verschulden für den Eintritt des Schadens nicht ursächlich gewesen ist. Hierzu ist nicht unbedingt erforderlich, daß der Verletzte dartun kann, wie der Vorfall sich im einzelnen zugetragen hat. Unter Umständen muß vielmehr der Nachweis genügen, daß der Verletzte bei der Leitung des Tieres stets vorsichtig und sorgfältig zu Werke gegangen ist.

2. **RG.** BadRpr. **07** 192. Der Verletzte bzw. die Erben des Getöteten haben den Nachweis zu erbringen, daß der Verletzte oder Getötete die ihm nach dem Vertrag obliegende Sorgfalt beobachtet habe.

3. **RG.** JW. **07** 710. Wenn das dem Kläger zur Verfügung gestellte Gerät ordnungsmäßig beschaffen war, bei der Ausführung der dem Kläger übertragenen Dienstverrichtung aber ein Unfall sich ereignete, so ist es Sache des Klägers, nachzuweisen, daß er seinen Dienstverpflichtungen genügt und die Sorgfalt eines ordentlichen Kutschers angewendet hat.

§ 835. 1. Barlet, JagdRZ. **1** 162, über die Frage, wer nach pfälzischem Rechte der Wildschadensersatzpflichtige ist; aaO. über die Wildschadensersatzpflicht nach rheinisch-bayerischem Rechte.

2. JagdRZ. **1** 288 s. JDR. **5** § 835.

3. **RG.** R. **07** 1466. Unabhängig von der Frage, wer als Jagdberechtigter für einen Wildschaden dem Beschädigten zu haften habe, ist die Frage, ob dem an sich ersatzpflichtigen Jagdberechtigten ein Rückgriff gegen denjenigen zusteht, zu dessen Gunsten er von seinem Jagdrechte keinen oder nur einen beschränkten Gebrauch machen darf. Die Regelung dieser Frage im Wege besonderer Abmachung ist zulässig.

4. Wolf, JagdRZ. **07** 326 ff. Durch § 835 ist der sachliche Geltungsbereich des § 823 auch in Ansehung der Verpflichtung zum Ersatze des Wildschadens nicht eingeschränkt, es ist dem Verletzten nur eine vorteilhaftere Rechtslage eingeräumt; das Privileg des § 835 befreit daher den Dritten nicht von der Ersatzpflicht, die ihm unter den Voraussetzungen des § 823 obliegt. Daraus ergibt sich auch der Ersatzanspruch wegen übermäßigen Hegens gegen den Täter, welcher dafür ver-

antwortlich ist, wenn es sich um eine im § 1 PrWildschG. oder im § 835 BGB. nicht aufgeführte Wildart, z. B. in Preußen um Hasen, handelt.

§ 836. 1. **RG.** BayRpflZ. **07** 109, JW. **07** 16. Der Bestimmung des § 836 liegt das Prinzip der Verschuldung zugrunde; die bloße Tatsache, daß jemand ein Bauwerk hält, genügt nicht, ihn für entstehenden Schaden haftbar zu machen, auch ist ein objektiver Mangel des Werkes dem Besitzer, der den Mangel nicht gekannt hat und bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht hat erkennen können, nicht zuzurechnen. Aber in Ansehung des Verschuldens ist die Beweislast abweichend von den allgemeinen Grundsätzen gestaltet, und zwar so, daß der Besitzer des Grundstücks haften muß, wenn er nicht die Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nachweist. Nach § 836 Abs. 1 Satz 1 ist Voraussetzung der Ersatzpflicht, daß der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist. Darauf, ob die fehlerhafte Errichtung oder die mangelhafte Unterhaltung von jenem verschuldet ist, kommt es dabei nicht an; der Beschädigte hat nur nachzuweisen, daß Einsturz oder Ablösung die Folge einer objektiv fehlerhaften Errichtung oder einer objektiv mangelhaften Unterhaltung des Gebäudes sind. Ist dieser Beweis erbracht, so ist es Sache des Besitzers, darzutun, daß er zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe. Vgl. **RG.** JW. **07** 45. Der Hausbesitzer kann nicht als verpflichtet angesehen werden, falls er einer zuverlässigen Person die Pflicht zur Instandhaltung des Hauses auferlegt, dieser Person besonders aufzugeben, die Dachfenster des Hauses zu besichtigen.

2. R. **07** 1466 (Colmar). Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist nicht auf diejenigen Fälle beschränkt, in welchen der Einsturz oder die Ablösung ausschließlich durch fehlerhafte Errichtung oder mangelhafte Unterhaltung verursacht worden ist. Sie findet vielmehr auch dann Anwendung, wenn eine menschliche Handlung zu dem Einsturz oder der Ablösung mitgewirkt hat. Entscheidend ist, ob zwischen Einsturz oder Ablösung einerseits, der fehlerhaften Errichtung oder mangelhaften Unterhaltung andererseits ein ursächlicher Zusammenhang besteht.

3. SächsOLG. **28** 516 (Dresden). Keine Verpflichtung des Erwerbers eines fest ausgeführten Hauses zur sofortigen Untersuchung der baulichen Sicherheit.

4. R. **07** 830 (Hamburg). Die Haftung des Hausbesitzers aus § 836 wird keineswegs dadurch ausgeschlossen, daß er zur Aufsicht über das Gebäude eine hierfür geeignete Persönlichkeit bestellt; es wird vielmehr von ihm gefordert, daß er selbst fortgesetzt zum Zwecke der Abwendung von Gefahren die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtete.

5. **RG.** R. **07** 830. Der Beschädigte, der Schadensersatz verlangt, muß beweisen, daß fehlerhafte Einrichtung oder mangelhafte Unterhaltung die Ursache des Unfalls gewesen ist. Ein Schadensersatzanspruch besteht demnach nicht, wenn der Vorfall unaufgeklärt geblieben ist. Ist die Einrichtung (Rolladen mit Verschlußbrett), die ein Grundstücksbesitzer getroffen hat, allgemein üblich und an sich ausreichend sicher und hat der Besitzer stets, sobald etwas nicht in Ordnung war, zu einem mit derartigen Arbeiten vertrauten Handwerker geschickt, um die Sache in Ordnung zu bringen, so hat er damit zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet.

6a. **RG.** BayRpflZ. **07** 237, PosMSchr. **07** 27. Der Kläger ist dadurch verletzt worden, daß die Kette riß, an der das über der Tür befindliche Klappfenster befestigt war. Das herabklappende Fenster verletzte den Kläger. RG. hat hier die Ablösung eines Teiles eines Gebäudes angenommen. Die Verletzung muß nicht durch mittelbare Einwirkung des abgelösten Teiles auf den menschlichen Körper verursacht sein.

b. RG. PucheltsZ. **07** 3. Ist ein Firmenschild ein mit einem Grundstücke verbun-

denes Werk, was nach Lage des Einzelfalls zu beurteilen ist, so haftet der Mieter des Ladens, der das Firmenschild angebracht hat, nach §§ 836, 837.

7. **RG.** R. **07** 1404. Ein aus mehreren Stufen bestehendes bewegliches Treppchen, das an einem Neubau angebracht ist, um den Bauleuten eine kürzere Verbindung mit dem Neubau zu verschaffen, ist, auch wenn es, um ein Versetzen zu verhindern, mit einer Kette an das Gebäude befestigt worden ist, weder ein Teil des Gebäudes, noch ein anderes mit dem Grundstücke verbundenes Werk im Sinne des § 836 BGB.

8. BraunschwZ. **07** 143 (Braunschweig). Die zur Herstellung einer Strohbanse quer über die Balkenanlage eines Scheunenbodens lose gelegten Stangen sind keine Gebäudeteile.

§ 839. 1. a) Haftung des Staates für Verschulden von Beamten. Stier-Somlo, DWirtschZ. **07** 290 ff., empfiehlt, die Staatshaftung für den Schaden, den ihre Beamten durch eine in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung verursachen, für das Reich einheitlich in der Weise zu regeln, wie es bereits Bayern für sich getan hat.

b) Piloty, SeuffBl. **07** 803 ff., 808 über die Haftung des Staates, Verhältnis des § 839 zn § 823.

2. R. **07** 766 (Colmar). Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Beamter fahrlässig gehandelt hat, ist nicht der Maßstab eines ideal vollkommenen Musterbeamten, sondern derjenige eines pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten anzulegen.

3. R. **07** 59 (BayObLG.). Wenn der Beamte infolge außerordentlicher Anhäufung von Amtsgeschäften an einem Tage so in Anspruch genommen ist, daß die Ausführung aller Geschäfte, die bei gewöhnlichem Geschäftsgang an diesem Tage vorzunehmen sein würden, seine Kräfte übersteigt, so kann ihm nicht ein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er ein umfangreiches Geschäft, mit dem er erst beginnen könnte, nachdem er an die Grenze seiner Leistungsfähigkeit gekommen ist, auf den nächsten Morgen verschiebt. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß sein Vorgesetzter angeordnet hatte, daß das Amtsgeschäft noch am Tage des Anfalls erledigt werden müsse.

4. R. **07** 1137 (Frankfurt). Der § 839 BGB. regelt nur die Haftung des Beamten für Verletzung einer Amtspflicht gegenüber dem Verletzten, befreit den Beamten aber nicht von der Haftung für andere in Veranlassung der Ausübung seines Amtes begangene unerlaubte Handlungen.

5. R. **07** 1404 (Hamburg). § 839 BGB. bezieht sich nur auf Fälle außerkontraktlicher Schädigung infolge Verletzung der Amtspflicht. Liegt zwischen dem Kläger und Beklagten (Gerichtsvollzieher) ein Vertragsverhältnis vor, so richtet sich die Haftung des Verpflichteten, auch wenn dieser Beamter ist, nur nach dem Vertrag.

6. R. **07** 830 (Braunschweig). Wenn ein Beamter gelegentlich einer Amtshandlung eine Rechtsauskunft über ein ihm fremdes Rechtsgebiet erteilt, so haftet er nicht aus § 839.

7. Einzelne Fälle.

a) R. **07** 1321 (Colmar). Der mit der Beweisaufnahme betraute Richter begeht keine Verletzung einer „ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht", wenn er unterläßt, von der Aufhebung des Beweisaufnahmetermins, die er auf das kurz vor demselben eingelaufene Gesuch des Prozeßbeteiligten der einen Partei bewilligt hat, den auswärtigen Prozeßbevollmächtigten der anderen Partei telegraphisch zu benachrichtigen. Findet sich dieser in Unkenntnis von der erst nach seiner Abreise ihm durch die Post zugestellten Aufhebung des Termins am Orte der Beweisaufnahme ein, so haftet der Richter der Partei nicht für die durch diese fruchtlose Reise ihres Prozeßbevollmächtigten entstandenen Kosten.

b) Schiedsrichter. **RG. 65** 175, JW. **07** 176. Die Vorschrift des § 839 Abs. 2 BGB., welche die Haftung des Beamten, der bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht verletzt, auf den Fall vorsätzlicher Verletzung der Pflicht beschränkt, erstreckt sich nicht auf den Schiedsrichter, dem die Eigenschaft eines Beamten fehlt. Ihre analoge Ausdehnung auf den letzteren erscheint gleichfalls nicht zulässig; ist auch der Schiedsrichter zu der gleichen Tätigkeit berufen, die der Staatsrichter wahrzunehmen hat, und ebenso in strafrechtlicher Beziehung diesem gleichgestellt, so steht solcher Ausdehnung doch ihr Wesen als Sondervorschrift entgegen, die zwecks Sicherung der zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung unentbehrlichen Unabhängigkeit der Gerichte getroffen, auf einem Prinzipe beruht, welches bei Ausrichtung der schiedsrichterlichen Funktion nicht zutrifft. Ein ohne besondere Vereinbarung bezüglich seiner Haftpflicht bestellter Schiedsrichter haftet nur für vorsätzliche Verletzung seiner Pflichten.

c) Notare. (JDR **5** § 839 Ziff. 8a.) **RG.** JW. **07** 514. Der Notar ist ohne besondere Veranlassung nicht verpflichtet, vor Aufnahme einer Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, aus der eine Eintragung im Grundbuche beantragt werden kann, dieses selbst darauf einzusehen, ob die Voraussetzungen für die Eintragung, von denen die Beteiligten ausgehen, richtig sind.

RG. JW. **07** 176. Nach § 15 PrStempStG. v. 31. Juli 1895, Nr. 7, 9 Dienstvorschriften v. 14. Februar 1896, mitgeteilt in der AllgVerf. des preuß. Justizministers v. 25. März 1896 (JMBl. 106), hat der Notar bei den von ihm aufgenommenen Urkunden von Amts wegen den Stempel zu berechnen und zu verwenden, also im Interesse des Stempelfiskus tätig zu werden, und zwar dahin, daß er in den Fällen, in welchen sich der Wert des Gegenstandes nicht aus der aufgenommenen Urkunde selbst ergibt, die Parteien darüber zu vernehmen und ihre Erklärungen darüber zu vermerken hat, und, wenn er den Angaben der Parteien mißtraut, befugt, aber auch dann nicht verpflichtet ist, weitere Ermittelungen anzustellen. Da nun die Notariatsurkunde den Vermerk enthält, daß die Parteien den Wert auf 30 000 M. angegeben haben, so liegt auf der Hand, daß von einer Verletzung der Amtspflichten des Beklagten keine Rede sein kann. Ebensowenig liegt die Verletzung einer Vertragspflicht vor.

SchlHolstAnz. **07** 27 (KG.) s. JDR. **5** § 839 Ziff. 8a, bestätigt durch **RG.** SchlHolstAnz. **07** 27 Anm.

PucheltsZ. **07** 709 (Colmar). Die Erteilung eines Rates gehört an sich nicht zu den Amtsgeschäften eines Notars in Elsaß-Lothringen. Bei Befragung des Notars um seinen Rat ohne Bezugnahme auf eine Amtshandlung findet § 839 keine Anwendung.

RG. GruchotsBeitr. **51** 637. Verpflichtung des Notars zur Prüfung der Gültigkeit eines Protestes s. schon JDR. **5** § 839 Ziff. 8a.

RG. PuchelsZ. **07** 188. Haftung eines rheinischen Notars.

d) Subhastationsrichter. **RG.** JW. **07** 828. Haftpflicht des Subhastationsrichters und des Aktuars wegen nicht gehöriger Anordnung des Termins.

e) Grundbuchrichter. Du Chesne, PrARV. **25** 110, über Verletzung der Amtspflicht der Grundbuchbeamten s. GBO. zu § 12. Der § 12 GBO. ist keine besondere Erweiterung der Haftpflicht für das Grundbuchrecht, er ist nur das Fallenlassen einer für das bürgerliche Recht (§ 839) notwendigen Einschränkung, die für das Grundbuchrecht zufolge seiner Eigenart nicht erforderlich erscheint.

f) Registerrichter. *Wiedemann, Ideale Vereine 770. Nach Abs. 1 dieses Paragraphen bestimmt sich auch die Haftung des das Vereinsregister führenden Amtsrichters.

g) Gerichtsvollzieher. ElsLothJZ. **07** 30, PuchelsZ. **07** 212 (Colmar). Der Gerichtsvollzieher haftet bei Unrichtigkeit einer Zustellungsurkunde, welche die

Verwerfung der Berufung zur Folge hat, erst dann, wenn von dem Prozeßbevollmächtigten kein Ersatz zu erlangen ist. Dieser hat die Richtigkeit der Abschrift der Urkunde zu prüfen.

RG. GruchotsBeitr. **51** 1004. Keine Fahrlässigkeit des mit der Protesterhebung beauftragten, aber nicht zuständigen Gerichtsvollziehers, der den Wechsel an den Auftraggeber zurücksendet und dadurch die rechtzeitige Protestierung unmöglich macht.

h) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1001, Naumburg AK. **07** 9. Schadensersatz gegen einen Polizeibeamten wegen unbefugten Waffengebrauchs s. JDR. **5** § 839 Ziff. 8 h.

i) PuchetsZ. **07** 148 (Colmar). Die Vorsichtsmaßregeln, die in betreff der Auszahlung postlagernder telegraphischer Postanweisungen in der an die Postbeamten erlassenen Dienstanweisung angeordnet sind, begründen nicht bloß für diese im Verhältnisse zu ihrer vorgesetzten Behörde, sondern auch gegenüber jedem Beteiligten eine Amtspflicht. Fahrlässig handelt derjenige Postbeamte, der ohne Beobachtung jener Vorsichtsmaßregeln eine derartige Postanweisung an einen Unbefugten auszahlt.

k) PosMSchr. **07** 92 (Königsberg). Der Bürgermeister, der als solcher Vorsitzender des Kuratoriums der städtischen Sparkasse ist, haftet für eine über den Bestand eines Sparkassenguthabens fahrlässig falsch erteilte Auskunft.

l) **RG.** R. **07** 1534. Eine Gemeindevorsteher handelt nicht fahrlässig, wenn er wegen einer längeren Abwesenheit seinem Stellvertreter Blanketts amtlicher Formulare aushändigt.

m) PrVerwBl. **28** 277 (PrOVG.) über die Frage, wann sich ein Turnlehrer, der beim Bockspringen die Aufsicht hat, der Unterlassung einer Amtspflicht schuldig macht.

n) SächsRpflA. **07** 60 (Dresden). Haftung des Staatsfiskus für einen von einem Grundstückskäufer an den Grundbuchführer gezahlten, von diesem unterschlagenen Kostenvorschuß.

o) SeuffBl. **07** 1107 (München) über Haftung der Hypothekenschätzer (nach bayer. Rechte).

§ 840. 1. ElsLothJZ. **07** 562 (Colmar). Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie, vorbehaltlich des § 840 Abs. 3 als Gesamtschuldner.

2. BadRpr. **07** 1 (Karlsruhe). S. oben zu § 832. Der seine Aufsichtspflicht dem Kinde gegenüber verletzende Vater und der Betriebsunternehmer haften nicht als Gesamtschuldner nebeneinander. Die Verletzung der Aufsichtspflicht ist keine unerlaubte Handlung.

3. BadRpr. **07** 1, R. **07** 252 (Karlsruhe). Der Vater haftet seinem 5 jährigem Kinde, das unter den Zug einer elektrischen Straßenbahn geriet, nicht wegen Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht für den durch den Unfall erwachsenen Schaden; er ist daher nicht nach § 840 BGB. mit dem Betriebsunternehmer als Gesamtschuldner verpflichtet, so daß er nach § 426 BGB. im Verhältnisse zu diesem die Hälfte des Schadens auf sich nehmen müßte.

4. Mattes, R. **07** 43, über Tierhalter und Eisenbahn.

5. *Schulz, Rückgriff (vgl. Bem. zu § 412). Der Abs. 3 ist ungenau gefaßt. Der Tierhalter kann nicht vollen Regreß nehmen, wenn ihm selbst Verschulden zur Last fällt. Der Sinn der Zitierung der §§ 834, 838 kann nur der sein, wer lediglich auf die ihn treffende Schuldvermutung hin, ohne es zu Klage und Urteil kommen zu lassen, Schadensersatz leistet, kann gegen Dritte, die ein Verschulden trifft, vollen Regreß nehmen, wenn er die Schuldvermutung entkräften kann (50). — Die Eisenbahn, die aus § 1 HaftpflG. haftet, gehört nicht zu den Dritten im Sinne des Abs. 3, daher hier nur Quotenregreß (50). AA. **RG.** **53** 114.

§ 842. R. **07** 1321 (Braunschweig). Wenn der Verletzte infolge einer mit der unerlaubten Handlung in keinem Zusammenhange stehenden Krankheit auch ohne den Unfall erwerbsunfähig gewesen sein würde, so kann er für diese Zeit keine Entschädigung verlangen.

§ 843. 1. **a)** **RG.** SächsRpflA. **07** 336. Bei der Entscheidung aus § 843 ist die künftige Gestaltung der Verhältnisse, soweit sie sich schon jetzt übersehen lassen, mit zu berücksichtigen.

b) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 178. EisenbE. **23** 269. Berücksichtigung der künftigen Gestaltung der Erwerbsverhältnisse bei der Festsetzung der Rente; Vgl. schon JDR. **5** § 843 Ziff. 1 Abs. 1 aE. = JW. **06** 548.

2. **RG.** EisenbE. **23** 245 = GruchotsBeitr. **50** 673. JDR. **5** § 843 Ziff. 1 Abs. 1 aE.

3. **RG.** JW. **07** 23, BayRpflZ. **07** 44. Anrechnung von Pensionen. Bezüge auf Grund privater Verträge sind anzurechnen, gesetzliche Pensionen nicht. S. HaftpflG.

4. **a)** **RG. 65** 162, SeuffBl. **07** 983, JW. **07** 169. Es muß in Übereinstimmung mit der beständigen Rechtsprechung des RG., auf dem Gebiete des älteren Rechtes (**RG. 25** 52, **35** 144 u. **47** 211) auch nach dem Rechte des BGB. angenommen werden, daß Inhalt und Umfang des wegen Verletzung des Körpers oder der Gesundheit dem Verletzten zustehenden Schadensersatzanspruchs durch den demselben Verletzten gegenüber seinen Verwandten zustehenden gesetzlichen Unterhaltsanspruchs grundsätzlich nicht berührt werden.

b) BadRpr. **07** 75 (Karlsruhe). Die Vorschrift des § 843 Abs. 4 ist lediglich dahin gerichtet, daß nicht etwa einem Schadensersatzbegehren gegenüber die Entstehung des Schadens mit dem Hinweise darauf bestritten wird, der Verlust der Erwerbsfähigkeit sei durch Leistungen Unterhaltspflichtiger ausgeglichen, und so versucht wird, die Schadensersatzpflicht vom Schuldigen auf den Unterhaltspflichtigen abzuwälzen. Die Vorschrift des § 843 Abs. 4 betrifft hiernach nicht sowohl die Höhe, als vielmehr die Existenz und den Grund des Schadensersatzanspruchs.

5. **RG.** R. **07** 252. Der Ersatz für einen dem Verletzten bisher entstandenen Erwerbsverlust darf nicht lediglich nach dem Maßstabe gewisser, einem ärztlichen Gutachten entnommener Prozentsätze der geminderten Erwerbsfähigkeit des Verletzten festgesetzt werden. Zu ersetzen ist nach § 842 nicht irgendein abstrakt zu berechnender Schaden, sondern die Nachteile, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten tatsächlich herbeiführt. Und auch die Sondervorschrift des § 843 will den Ersatz eines konkreten, tatsächlich entstandenen und weiter entstehenden Schadens regeln; allerdings wird da, wo gemäß § 843 wegen andauernder Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit eine Rente für die Zukunft festzusetzen ist, nicht immer ein realer gegenwärtiger Sachverhalt zugrunde gelegt werden können, sondern vielfach mit einer voraussichtlichen künftigen Entwickelung der Verhältnisse, wie sie dem normalen Verlauf entspricht, zu rechnen sein.

6. **a)** **RG.** EisenbE. **23** 275 s. schon JDR. **5** § 843 Ziff. 6.

b) **RG.** JW. **07** 366. Es wäre nicht rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht die zeitliche Begrenzung der — nach § 843 BGB. sich bestimmenden — Rente dem Nachverfahren über den Betrag überlassen wollte.

7. BadRpr. **07** 97 (Karlsruhe). Die §§ 844, 845 unterstehen der im § 249 für Schadensersatzansprüche aufgestellten allgemeinen Regel. Es wird dabei erfordert, daß das Ereignis, aus welchem der Ersatzanspruch abgeleitet werden soll, nicht für sich allein in Betracht gezogen wird, sondern daß seine Wirkungen geprüft werden im Zusammenhange mit den sonstigen, dafür maßgebenden Verhältnissen, also namentlich auch unter Berücksichtigung der infolge des Ereignisses eingetretenen

Ersparung von Aufwendungen und der Umstände, von welchen der merkliche Eintritt eines an sich möglichen Schadens im Einzelfall abhängig ist.

8. **RG. 65** 313, JW. **07** 308, DJZ. **07** 657 tritt der Entscheidung des **RG. 55** 24 (JDR. **2** § 846) darin bei, daß der Ersatzanspruch des Dritten in den Fällen der §§ 844, 845 keineswegs nur als ein unselbständiger, abgeleiteter Anspruch oder als bloßer Reflex eines für den Verletzten selbst begründeten Rechtes anzusehen sei. Der Anspruch hat vielmehr die Eigenschaft eines selbständigen, in der Person des geschädigten Dritten von vornherein entstandenen Anspruchs, der von dem Rechte des unmittelbar Verletzten unabhängig und seiner Verfügung entzogen ist.

§ 844. 1. **RG. 66** 251, JW. **07** 514, BadRpr. **07** 281. Die Bedeutung des § 844 (wie des § 845) liegt darin, daß unter Durchbrechung der Regel, wonach nur dem durch eine unerlaubte Handlung unmittelbar Verletzten ein Ersatzanspruch zusteht, den mittelbar geschädigten Personen, denen durch die Tötung des Unterhaltspflichtigen das Recht auf den Unterhalt entzogen wurde, ein Schadensersatzanspruch gewährt wird. Hierfür ist es gleichgültig, ob der Unterhaltspflichtige durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Tötung in dem engeren strafrechtlichen Sinne ums Leben gekommen ist, oder ob sein Tod die tatsächliche Folge einer schuldhaften Verletzung seines Körpers oder seiner Gesundheit war. Kommt aber der Tod des Verletzten nur als Folge einer unerlaubten Handlung in Betracht, so greift der allgemeine Rechtssatz Platz, daß das Verschulden, d. i. das Kennen oder Kennenmüssen des rechtsverletzenden Bestandes (Vorsatz oder Fahrlässigkeit), sich nur auf die unerlaubte Handlung, also hier auf die Körperverletzung, aber nicht auf ihre weitere Schadenswirkung zu erstrecken braucht. Es ist nicht einzusehen, warum die Ersatzpflicht vor dem Tode des Verletzten, weil er nicht voraussehbar war, Halt machen, aber andere, ebensowenig voraussehbare Folgen, wie Lähmung, Geisteskrankheit, Verlust eines wichtigen Gliedes, schwere Neurose usw., mitumfassen soll, Folgen, deren Ausgleichung sehr häufig den Ersatzpflichtigen weit drückender belastet, als die Schadloshaltung der Hinterbliebenen.

2. SeuffBl. **07** 79 (Stuttgart). Wenn ein Rentenanspruch auf eine Handlung gestützt wird, die nicht als vorsätzliche oder fahrlässige Tötung, sondern als Körperverletzung mit nachfolgendem Tode (§ 226 StGB.) sich darstellt, so ist bestritten, ob § 844 zutreffe. Entscheidend ist folgende Erwägung: Den Täter, der nach § 823 BGB. schadensersatzpflichtig sein soll, muß an dem schadenbringenden Ereignisse, hier dem Tode, ein Verschulden treffen. Im Falle des § 226 StGB. muß also dem Täter der Tod als durch seine Fahrlässigkeit verursacht zugerechnet werden können. Ist dies der Fall, so trifft ihn am Tode ein Verschulden.

3. ElsLothJZ. **07** 257, EisenbE. **24** 5 (Colmar). S. JDR. **5** § 844 Ziff. 4. Wenn auch der eine Geldrente nach § 844 Abs. 2 fordernde Angehörige eines durch fremde Schuld Getöteten grundsätzlich Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit darzutun hat, so kann doch nicht von ihm ohne weiteres die vorherige Aufzehrung seines Vermögens verlangt werden, das ihm unter seiner Bewirtschaftung bisher zum Teil die Unterhaltsmittel geliefert hat. Die Begriffe „Vermögenslosigkeit“ und „Erwerbsunfähigkeit“ dürfen nur in relativem Sinne verstanden werden. Außerdem ist zu beachten, daß die auf § 844 sich stützende Rentenforderung eine Schadensersatzforderung ist, und daß der durch fremde Schuld Geschädigte nicht schlechter gestellt werden darf, als er dies ohne den schädigenden Vorfall wäre. Er würde aber schlechter gestellt, wenn er, ehe er seinen schon jetzt bestehenden Ersatzanspruch geltend machen dürfte, zunächst sein Vermögen aufzehren und sich dadurch in noch größere Not, als vorher, versetzen müßte. Er würde aber auch den Einwand des Ersatzpflichtigen zu befürchten haben, daß er sich unnötiger- und mutwilligerweise in größere Not gebracht hätte, als durch die Umstände bedingt gewesen sei. — Das Vorhandensein noch anderer unterstützungspflichtiger und unterhaltsfähiger Personen, sowie der

Umstand, daß der Rentenberechtigte eine Unfallrente bezieht, stehen der Forderung der Unfallrente nach § 843 Abs. 4 an sich nicht entgegen.

4. **RG.** EisenbE. **23** 299, SächsRpflA. **07** 419, JW. **07** 130, DJZ. **07** 357. Der Anspruch aus § 844 ist seiner rechtlichen Natur nach kein Unterhaltsanspruch, sondern ein Schadensersatzanspruch. Sein Gegenstand ist also nicht ein abstraktes Unterhaltsrecht, er ist vielmehr gerichtet auf dasjenige, was der Getötete (Mann bzw. Vater) während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens nach seinen Vermögens- und Erwerbsverhältnissen aus seinen Mitteln den Familienmitgliedern nach den Vorschriften im § 1360 Abs. 1 und §§ 1601, 1602 zu ihrem Unterhalte zu gewähren verpflichtet gewesen wäre, soweit diese Bezüge den Hinterbliebenen infolge des Todes des Verletzten entgangen sind. Hat eine Frau infolge des tödlichen Unfalls ihres Mannes das Recht, daß ihr Mann ihr nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt gewähre, verloren, so ist sie doch andererseits von den ihr nach § 1356 obliegenden Pflichten frei geworden, so daß sie seitdem in der Lage war, ihre Arbeitskraft uneingeschränkt für sich und zum Erwerb ihres Unterhalts zu verwerten. Sie hat daher in vermögensrechtlicher Beziehung neben Nachteilen auch Vorteile gehabt, und das muß bei der Frage, ob und in welchem Umfang ihr Schadensersatz zu leisten sei, berücksichtigt werden. Bei dem Schadensersatzanspruch einer in der Wirtschaft ihres getöteten Vaters beschäftigten Tochter ist zu berücksichtigen, daß durch den Tod des Vaters ihre Arbeitskraft für anderen Erwerb ihres Unterhalts frei geworden ist. Der Tochter erwuchs beim Tode ihres Vaters mit dem Wegfalle des Unterhaltsanspruchs, den sie gegen diesen gehabt hat, ohne weiteres ein solcher gegenüber ihrer Mutter. Wenn nun nach § 844 Abs. 2 und § 843 Abs. 4 dieses Unterhaltsrecht unberücksichtigt zu bleiben hat, so muß daraus gefolgert werden, daß auf der anderen Seite bezüglich ihres Schadensersatzanspruchs auch die Dienstleistungspflicht außer Betracht zu lassen ist, die sie nun gegenüber ihrer Mutter hatte.

5. a) **RG.** JW. **07** 388, BayRpflZ. **07** 294 (296). Das geltende Recht versagt der Witwe den Ersatz des mittelbaren Schadens, der ihr infolge der Tötung des Vaters durch den Zuwachs der Unterhaltsverbindlichkeiten gegen die Kinder entstanden ist. Nur im Rahmen des § 844 BGB. können die Hinterbliebenen den durch die Tötung des Unterhaltspflichtigen erwachsenen Schaden ersetzt verlangen. Der Erstattungsanspruch steht danach der Klägerin und den Kindern selbständig, nicht aber der Klägerin für sich und die Kinder persönlich zu.

b) **RG.** BadRpr. **07** 192. Ist der Rentenberechtigte Erbe des Getöteten, so ist er verpflichtet, das ihm so zugekommene Vermögen auf den zu leistenden Ersatz anzurechnen. Diese Anrechnung ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen.

c) **RG.** JW. **07** 130, R. **07** 183. Bei Feststellung der der Witwe und den Kindern des Getöteten zuzusprechenden Renten sind die Nutzungen desjenigen Vermögens zu berücksichtigen, das sie aus dem Nachlasse des Getöteten ererbt haben oder das durch den Tod desselben für die Witwe von den Beschränkungen, denen es während der Ehe unterlag, frei geworden ist. Hierbei dürfen diejenigen Einnahmen, welche sich als Erträgnis der auf die Grundstücke verwendeten Arbeit darstellen, nicht als Nutzungen des in den Grundstücken verkörperten Vermögens angesehen werden, sondern nur derjenige Teil der aus ihnen gewonnenen Einkünfte, der als Rente des in ihnen angelegten Kapitals erscheint.

d) **RG. 64** 344, SeuffA. **62** 363. Die klagende Ehefrau kann nicht in die von ihr begehrte Rente die Unterhaltsleistungen an ihre zwei jüngsten Kinder einrechnen, weil ihr durch diesen Zuwachs an Unterhaltsverbindlichkeiten auch insoweit ein Schaden entstanden ist. Dieser Schaden ist weder auf Grund des § 823 Abs. 1 noch des § 844 ersatzfähig.

e) **RG.** JW. **07** 710. Sowohl nach dem HaftpflG. wie nach § 844 BGB. ist der Beklagte nur insoweit zum Schadensersatze verpflichtet, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts gesetzlich verpflichtet gewesen sein würde, und die gesetzliche Pflicht besteht nur, wenn das großjährige Kind außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Solange nicht festgestellt ist, daß dieser Fall vorliegt, besteht nur die Möglichkeit, daß der Getötete kraft Gesetzes unterhaltspflichtig werden konnte und es kann dann nicht die Verurteilung zur Zahlung einer den Unterhalt ersetzenden Rente, sondern nur die Feststellung gefordert werden, daß im Falle die erwähnte gesetzliche Voraussetzung später eintreten sollte, die Ersatzpflicht des Beklagten besteht.

RG. SeuffBl. **07** 293 s. JDR. **5** § 844 Ziff. 5 a.

6. **RG.** EisenbE. **23** 272 s. JDR. **5** § 844 Ziff. 5 b. Die Rente der Witwe eines Verunglückten ist nicht nach der Dauer ihres Lebensalters, sondern nach der mutmaßlichen Dauer desjenigen des Verstorbenen zu bemessen. ➞ In JDR. **5** aaO. ist der Inhalt der Entscheidung versehentlich durch einen Schreibfehler unrichtig wiedergegeben. — Red. ←

RG. JW. **07** 480, Puchelts Z. **07** 64. Der Vater eines durch einen Unfall getöteten Sohnes muß, wenn er wegen der entgangenen Unterhaltsverpflichtung seines Sohnes Ersatz fordert, dartun, daß der Sohn gemäß §§ 1603, 1612 unterhaltspflichtig gewesen ist. Die Unterhaltspflicht wird erst wirksam, wenn der Vater bedürftig ist, nicht ohne weiteres mit dem Unfalltage.

RG. **65** 313, JW. **07** 308, DJZ. **07** 657 (s. oben § 833 Ziff. 6 b, § 843, Ziff. 8) über Ausschluß der Entschädigungsansprüche des mittelbar Verletzten, wenn der Getötete mit dem Tierhalter stillschweigend die Haftung für Ersatz ausschloß.

7. **a)** **RG.** **66** 307. Auch die Kosten des Transports einer Leiche nach einem entfernten Orte können zu den Beerdigungskosten gehören.

b) SeuffBl. **07** 79 (Stuttgart). Die Kosten des Rücktransports eines an den Folgen einer Körperverletzung außerhalb seines Wohnorts Verstorbenen gehören zu den Beerdigungskosten.

8. **RG.** R. **07** 1466. Ist jemand auf der Eisenbahn verunglückt, so kann der Anspruch seiner Witwe und seiner Kinder auf Entschädigung für den Verlust des Unterhalts, den der Verunglückte ihnen während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens gewährt haben würde, nicht auf den zwischen dem Verunglückten und dem Eisenbahnunternehmer geschlossenen Frachtvertrag gestützt werden, da jener Schaden sich nicht als ein Schaden darstellt, der dem Erblasser der Kläger als dem Vertragschließenden aus dem Vertrage gegen den Eisenbahnunternehmer erwachsen ist. Jener Schadensanspruch kann vielmehr lediglich auf die Bestimmungen des HaftpflG. und die Bestimmungen der §§ 844, 845 BGB. gegründet werden.

§ 845. 1. **RG.** EisenbE. **23** 295, R. **07** 59. Entgehen dem Ehemann infolge der Verletzung seiner Ehefrau die Dienste, zu denen sie nach den Verhältnissen der Ehegatten im Hauswesen und Geschäfte des Mannes verpflichtet ist, so hat ihm nach § 845 der Ersatzpflichtige Ersatz zu leisten. Vgl. JDR. **5** § 845.

2. BayRpflZ. **07** 24 (Augsburg). Der Verletzte ist verpflichtet, den Vater des Verletzten für die ihm entgangenen Dienste schadlos zu halten. Der Vater kann aber nicht den Ersatz des Bruttogewinns verlangen, sondern nur Ersatz des Betrags, welchen die entgangenen Dienste selbst wert waren. Bei ihrer Berechnung sind der Umfang der Arbeit, sowie die dazu erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen zugrunde zu legen.

3. **RG.** SeuffBl. **07** 883. Der verletzten Ehefrau steht nach den §§ 842, 843 BGB. der Anspruch auf Ersatz der Kur- und Pflegekosten zu, den sie unabhängig von der tatsächlichen Verausgabung, also auch dann erheben kann, wenn der Ehemann die fraglichen Kosten verauslagt hat; sie hat ferner nach den gesetzlichen

Bestimmungen den Anspruch auf eine Rente wegen Verminderung der Erwerbsfähigkeit und Vermehrung der Bedürfnisse. In ersterer Beziehung ist aber vorausgesetzt, daß ihr selbst ein Schaden entstanden ist; ihr Anspruch ist daher eingeschränkt auf den selbständigen Erwerb, dem sie außerhalb des Haushaltes und Geschäftes ihres Ehemannes nachgeht (§ 1356 Abs. 2 BGB.), und auf die etwaige Einbuße in einer möglichen künftigen Ausnutzung ihrer Erwerbskraft nach Auflösung der Ehe, wogegen der Anspruch auf Ersatz des durch Wegfall der häuslichen Dienste und der Hilfstätigkeit der Ehefrau im Gewerbe des Ehemannes entstandenen Schadens nach § 845 BGB. dem Ehemann, und nur diesem, zusteht. Lediglich insoweit die Vermehrung der Ausgaben für den Haushalt und das Geschäft eine Rückwirkung auf das Maß des von dem Ehemanne der Ehefrau zu leistenden Unterhaltes (§ 1360 BGB.) möglicherweise ausüben würde, kann auch ihr mittelbar eine Vermögenseinbuße entstehen und deshalb von einem selbstständigen Schadensersatzanspruche ihrerseits die Rede sein, der aber selbstverständlich durch den vom Ehemanne wegen seines Schadens erhobenen Anspruch aufgezehrt wird und nicht neben diesem bestehen kann, da der Ersatz des Schadens des Ehemannes denjenigen der Ehefrau aufhebt.

§ 847. 1. a) **RG. 65** 17, FrankfRundsch. **40** 190, JW. **07** 100, DJZ. **07** 298. Wer nur vertraglich für eine Körper- oder Gesundheitsschädigung einzustehen hat, der braucht für den durch diese bewirkten immateriellen Schaden keinen Ersatz in Geld zu leisten, obwohl ein innerer Grund für diese Verschiedenheit der Haftung aus Verträgen und aus unerlaubten Handlungen vielleicht nicht aufzufinden ist.

RG. JW. **07** 830. Die Anwendbarkeit des § 847 BGB. ist ausgeschlossen, wenn lediglich aus dem Vertragsverhältnisse die Schadensersatzpflicht begründet ist, nicht aber, wenn daneben die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung nach den §§ 823, 831 BGB. vorliegen.

b) HansGZ. **07** Beibl. 252 (Hamburg). Schmerzensgeld kann nicht gefordert werden, wenn nur auf Grund eines Vertragsverhältnisses (z. B. aus § 618 BGB.) geklagt ist, wohl aber dann, wenn die Klage daneben auch auf außervertragliches Verschulden gestützt wird.

2. **RG.** SächsRpflA. **07** 379, JW. **07** 202. Für den immateriellen Schaden bedarf es, wenn einer der im § 847 BGB. als Voraussetzungen für den Ersatz in Geld hingestellten Fälle überhaupt vorliegt, nach der Natur der Sache niemals einer besonderen Feststellung, wie abweichend von einer in den Urteilsgründen zur Sache VI. 217/06 vorkommenden Bemerkung anzunehmen ist.

3. R. **07** 1321 Ziff. 3313 (Hamburg). Bei Bemessung des Schmerzensgeldes ist nicht bloß das Unbehagen und die Schmerzempfindung in Betracht zu ziehen, welche unmittelbar durch körperliche Verletzung hervorgerufen sind, sondern auch das durch den Unfall entstandene Nervenleiden.

4. HansGZ. **07** Beibl. 271 (Hamburg). Unter Aufgeben der Entsch. HansGZ. **05** Beibl. 130 (JDR. **4** § 847 Ziff. 1) ist angenommen, daß § 847 auch bei nicht schuldhaften Körperverletzungen, also auch im Falle des § 833 Anwendung findet.

OLG. **14** 50 (Colmar). § 847 findet auf Ansprüche aus § 833 Anwendung.

PucheltsZ. **07** 209 (Colmar) s. JDR. **5** § 847 Ziff. 2.

5. SchlHolstAnz. **07** 109 (Karlsruhe). Unter § 847 fällt auch das Verbrechen gegen § 176 Ziff. 3 StGB.

6. ElsLothJZ. **07** 338 (Colmar). Ein nicht anerkannter oder rechtshängiger Anspruch auf Schmerzensgeld kann nicht übertragen werden. Dahingestellt geblieben ist die Frage, ob ein solcher Anspruch überhaupt übertragbar ist.

§ 848. **RG.** BayRpflZ. **07** 296, HoldheimsMSchr. **07** 171, LeipzZ. **07** 216, BankA. **6** 183. Kursminderung einer Aktie ist keine Verschlechterung einer Sache im Sinne des § 848 BGB. Diese Wertminderung betrifft nämlich nicht die Aktie

in ihrer Eigenschaft als Sache, mit anderen Worten die Aktienurkunde, sondern nur das darin bekundete Recht. Nur dessen Wert wurde durch den Niedergang des von der Aktiengesellschaft betriebenen Unternehmens beeinflußt, während der Wert des Papiers als solchen dadurch nicht berührt wurde. Die Tatsache, daß insofern ein naher rechtlicher Zusammenhang zwischen Aktienrecht und Aktienurkunde besteht, als dem Eigentümer des Papiers grundsätzlich auch das Aktienrecht zusteht, kann nicht dazu führen, beide zu identifizieren und mit einer Wertminderung des Rechtes eine Verschlechterung der Aktie als einer (körperlichen) Sache für gegeben zu erachten.

§ 852. 1. **RG. 66** 86, JW. **07** 358. Selbst wenn anzunehmen wäre, daß zwischen den Ansprüchen aus § 463 und § 826 eine Konkurrenz bestände, so hat sie nicht die Folge, daß auch der vertragliche Schadensanspruch der kurzen Verjährung des § 852 unterliege oder daß der Wegfall des konkurrierenden Anspruchs aus der außervertraglichen unerlaubten Handlung durch Verjährung nach § 852 zugleich den Wegfall des vertraglichen Schadensanspruchs nach sich zieht. Für die Verjährung folgt jeder dieser Ansprüche seinen besonderen Bestimmungen. (Vgl. o. § 463 Ziff. 2b).

2. **RG.** JW. **07** 832, LeipzZ. **07** 906. Bringt eine schädigende Handlung fortdauernde, periodisch wiederkehrende Nachteile hervor, so verjährt der Entschädigungsanspruch in drei Jahren nach der Vornahme der schädigenden Handlung in vollem Umfang und nicht nur für diejenigen Schäden, die nicht innerhalb dreier Jahre eingeklagt sind. Dies findet keine Anwendung auf die Fälle, wo aus einer Handlung erst lange nach ihrer Vollführung nachteilige Folgen sich geäußert haben oder außer den anfänglichen nachteiligen Folgen der schadenden Handlung erst späterhin noch andere Nachteile entspringen, deren Kausalzusammenhang mit der fraglichen Handlung sich gar nicht voraussehen oder doch nur vielleicht befürchten ließ. Ebensowenig findet die Entscheidung Anwendung auf Fälle, in denen die schadende Handlung selbst sich wiederholt hat.

3. BayersZ. **15** 20. (Dresden). Die dreijährige Verjährung einer Ersatzklage wegen rechtswidriger Verleitung zur Beteiligung an einer GmbH. läuft auch bei Unkenntnis des Verletzten vom Umfange des erlittenen Schadens.

4. **RG.** JW. **07** 709. Die kurze Verjährung von Ansprüchen des Vermieters bzw. des Verleihers gilt auch für fahrlässige oder vorsätzliche Beschädigung durch den Mieter oder Entleiher.

5. **RG.** BadRpr. **07** 135 über die Anwendbarkeit des § 852 im UnfVG.

6. Reichel, R. **07** 178 f. Hat der Verletzte erst nach Inkrafttreten des BGB. von Tat und Täter Kenntnis erlangt, so läuft, unvorgreiflich Art. 169 Abs. 2 Satz 2 EGBGB., § 852 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB. für wie gegen ihn die dreijährige Frist des § 852 vom Tage der Kenntniserlangung auch dann, wenn das frühere Recht die Verjährungsfrist an den dies scientiae nicht knüpfte.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

Vorbemerkung: In diesem Jahre treten besonders die größeren besitzrechtlichen Arbeiten von Sokolowski, Rohde und v. Wendt hervor, von denen zu verschiedenen Fragen Ausführungen aufzunehmen waren. Die Praxis hatte sich mit Fragen aus dem Besitzrecht außerordentlich selten zu beschäftigen.

Literatur: Hedemann, Herrenlose Briefe, R. **07** 942—947. — Regelsberger, Der gerichtliche Besitzschutz nach römischem Rechte, nach gemeinem Rechte und nach dem BGB. Festschrift f. d. juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum (Gießen 1907). 233—272. — Rohde, Studien im Besitzrechte. Der mittelbare Besitz. Düsseldorf. — Sokolowski, Der Besitz im klassischen Rechte und dem BGB.

Halle a. S. 1907. — v. Wendt, Besitz und Besitzwille. Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum (Gießen 1907). 77—108.

§ 854. 1. a) *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 654 ff., 691 ff. Der Besitzerwerb und -verlust braucht nicht wesentlich auf einer juristischen Handlung des Besitzers zu beruhen. Das Gewaltverhältnis kann auch auf andere Weise hergestellt werden. Bloß räumliche oder physische Voraussetzungen schaffen aber keinen Besitz. Der Besitzwille spielt heute noch eine sekundäre Rolle, insofern ein sozial erhebliches Gewaltverhältnis meist ohne das auf das tatsächliche Haben gerichtete Wollen des Subjekts nicht anerkannt wird. Dieses Wollen ist niemals der rechtsgeschäftliche Erfolgswille, der Besitzerwerb niemals ein Rechtsgeschäft, auch dann nicht, wenn er gemäß Abs. 2 durch „Einigung" geschaffen wird. Diese „Einigung" ist nicht dieselbe wie in §§ 873, 929 bei der Eigentumstradition. Der Besitzerwerb gemäß § 854 Abs. 2 tritt auch ohne Konsens schon dann ein, wenn der Erwerber mit dem Willen des Vorbesitzers die Gewalt ergreifen darf. Willenserklärung oder Vertrag sind nicht erforderlich. Das Wollen braucht sich hier niemals auf die Rechtsfolge, sondern nur auf das tatsächliche Haben zu beziehen. Vgl. Manigk aaO. über die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung, auch über die sonstige Behandlung dieser Akte (Geschäftsfähigkeit, Vertretung). **b)** Sokolowski 243 ff. Die „tatsächliche Gewalt" ist nichts anderes als die Äußerung eines anerkannten Willens, kein bloß physischer Zustand, wie das corpus der Römer. Das Willensmoment präzisiert nicht nur das Verhältnis des Besitzdieners zum Eigenbesitzer, es bestimmt auch seine Stellung gegenüber dem abgeleiteten Besitze. Denn letzterer setzt jedenfalls einen Willen voraus, der unabhängig vom Willen des Eigenbesitzers, sei es auch nur in einem beschränkten Umfang, über die Sache verfügt. Dieser Wille des abgeleiteten Besitzers ist kein bloß subjektiv-psychologisches Moment, er wird objektiviert durch die rechtliche causa und durch sie nach außen hin dargestellt, genau so wie dem Besitzdiener durch seine Stellung jeder Herrschaftswille in bezug auf die fragliche Sache entzogen wird.

2. Besitz Geschäftsunfähiger. a) v. Wendt 102 ff. verteidigt den freien Besitzerwerb auch der Geschäftsunfähigen gegen Endemann, Lehrbuch (8) II, 182 ff. Bei den Geschäftsunfähigen wird es sich in der Regel um Eigenbesitz handeln; denn dazu führt der gewöhnliche Apprehensionswille, der ein sibi habere in den meisten Fällen zur Grundlage hat. **b)** Ebenso für Besitzerwerb durch Geschäftsunfähige Sokolowski 298. Minderjährige und Geisteskranke können die „tatsächliche Gewalt" ausüben; die Grenze bestimmt hier nicht das positive Recht, sondern die soziale Ordnung. Ein Kind unter sieben Jahren ergreift Besitz an seinem Spielzeuge, nicht aber an Grundstücken, Pferden, Equipagen usw.; nicht die gesetzlichen Vorschriften über die Handlungsfähigkeit stehen dem im Wege, sondern die gesellschaftliche Stellung des Kindes.

3. Besitz ohne Besitzwillen? (s. JDR. **1** u. **2** Ziff. 2). v. Wendt, Besitz und Besitzwille 79 ff., verlangt Besitzwillen für den Besitzerwerb. (So auch Sokolowski 298). Daß unbewußte und ungewollte Inhabung kein Besitz ist, wird unter anderem auch aus § 867 gefolgert. — Eine Kenntnis von dem einzelnen Vorgange der Übergabe des Besitzes braucht nicht verlangt zu werden; es ist für genügend zu halten, daß der Besitz- und Empfangswille im voraus generell durch Aufstellung oder Schaffung von Einrichtungen zur Aufnahme gewisser Gegenstände ausgesprochen ist (90).

4. a) Lohmeier, DJZ. **07** 593. Eine Gesindeperson, ein Handlungs- oder Gewerbegehilfe, ein Hauslehrer, hat nach der Verkehrsauffassung nicht Besitz an den ihm vom Dienstherrn zugewiesenen Wohn- und Schlafräumen, vielmehr nur einen Anspruch auf Gewährung geeigneten Raumes, nicht aber des bestimmten, ihm zugewiesenen. Dieser letztere unterliegt der Verfügung des Dienstherrn, der den Dienst-

pflichtigen jederzeit daraus durch Selbsthilfe entfernen kann. Auf die Besitzentziehungsklage des Dienstherrn ist der Dienstpflichtige zur Räumung zu verurteilen, ohne daß es darauf ankommt, ob die Entlassung zu Recht erfolgt ist; der Dienstpflichtige begeht durch die bloße Weigerung der Räumung verbotene Eigenmacht, da er selbst keinen Besitz hat. **b**) Demgegenüber weist Josef, BayRpflZ. **07** 325, darauf hin, daß, wer jemanden als ländlichen Arbeiter anstellt, und ihm in der üblichen Weise freie Wohnung und sog. „Deputatland" als Dienstlohn einräumt, sich zwar nicht jeder Einwirkung auf die Wohnung begibt, aber jenen Dienstpflichtigen abgesonderte Räume zur ausschließlichen Benutzung einräumt, an denen sie wirklich „Besitz" haben. Solche Deputanten sind nicht auf beliebiges Verlangen des Dienstherrn zur Räumung der Wohnung verpflichtet, sondern nur, wenn dies durch wirtschaftliche Änderungen geboten ist.

5. **a**) **RG.** R. **07** 449. Für die Anwendung des Abs. 2 ist dann niemals Raum gegeben, wenn der bisherige Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht aufgibt, sondern behält; auf die rechtliche Verfügungsgewalt kommt es beim Besitze nicht an. **b**) Über den Besitz des Werftinhabers an einem Schiffe, auf dem der Eigner wohnen bleibt, OLG. **14** 60 (Hamburg).

§ 855. 1. Sokolowski 241, 243, 431 Anm. 450. Entscheidend für die Besitzdienerschaft ist die Stellung im Haushalt oder Erwerbsgeschäfte; die Worte im § 855 „für einen anderen" sind nicht maßgebend, da sie auf zahllose Fälle des abgeleiteten Besitzes passen. Besitzdiener sind Dienstboten bezüglich der ihnen vom Dienstherrn übergebenen Gegenstände. Hausgenossen und Gäste, welche unsere Sachen innerhalb unserer Räume innehaben und gebrauchen, Arbeiter und Tagelöhner in bezug auf alles ihnen anvertraute Arbeitsgerät, Hirten hinsichtlich der ihnen übergebenen Herden, Omnibus- und Trambahnkutscher in betreff der Pferde, Wagen und des Geschirrs. Als Besitzgehilfen gelten auch Handlungsdiener bezüglich aller Waren im Geschäftshaus oder sofern sie ihnen zum Transport übergeben wurden. Auch Fabrikdirektoren, Guts- oder Hausverwalter, Förster, Winzer, Bibliothekare sind Besitzgehilfen in bezug auf die ihnen zur Verwaltung und Aufsicht anvertrauten Fabriken, Güter, Häuser, Wälder, Weinberge und Bibliotheken. Auch Vorstände von Korporationen, Aktiengesellschaften und Genossenschaften, Geschäftsführer von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ebenso Liquidatoren solcher Gesellschaften müssen zu dieser Kategorie gerechnet werden. Schließlich sind in öffentlichen Gebäuden angestellte Personen in bezug auf diejenigen Gegenstände, welche ihnen zur Benutzung, Aufsicht und Verwahrung übergeben wurden, gleichfalls als Besitzgehilfen anzusehen; wahre Besitzerin ist die juristische Person, in deren Dienste d ese Inhaber stehen.

2. v. Wendt 95 ff. Der fehlende Besitzwille ist es, der nach § 855 die Besitzdiener von den Besitzern scheidet, echte detentio nomine alieno, nicht bloß der Wirkung, sondern auch der Absicht nach. Bei Personen, deren Stellung unter die Norm des § 855 fällt, kann der Vertretungswille als der regelmäßige und ordentliche vorausgesetzt werden, es bedarf keineswegs immer einer besonderen Verlautbarung oder Betätigung. Dagegen, wenn umgekehrt der Besitzdiener für sich selbst den Besitz erwerben will, so entzieht er sich damit der Unterordnung und den Weisungen des Haus- oder Geschäftsherrn und erwirbt auch für sich selbst den Besitz, mag er damit auch dem Herrn gegenüber als ungehorsam oder pflichtwidrig sich erwiesen haben.

3. Sokolowski 320. Alles, was der Besitzdiener im Rahmen seiner Stellung, sei es auch auf eigenen Namen erwirbt, geht unmittelbar in den Besitz des Herrn über; demjenigen, welcher den Besitzerwerb zugunsten des Besitzdieners behauptet, ist der Beweis hierfür aufzuerlegen.

4. Sokolowski 322 u. 431 Anm. 450. In der Regel ist es Diebstahl, nicht

Unterschlagung, wenn der Besitzdiener die empfangene Sache veruntreut (vgl. hierzu Przibilla, JDR. **5** Ziff. I). Von ihm arglistig verkaufte Gegenstände gelten als gestohlen, fahrlässig veräußerte als dem Herrn unmittelbar abhanden gekommene (§ 935 BGB.).

5. **RG.** 2. 1. 07, **66** 258 ff. über die Bedeutung, die es für den Besitz des Auftraggebers hat, wenn der beauftragte Besitzdiener den ihm bezüglich der Ausübung des Besitzes erteilten Weisungen nicht folgt.

§ 856. Hedemann, R. **07** 942 ff. Der zerfetzte Lappen, den die Hausfrau dem Mädchen zum Putzen der Lampen gibt, die Schnurstückchen, welche dem Handwerkskasten einverleibt werden, die zerschnittenen Zeitungs- oder Briefblätter, welche in den Toilettenraum verbracht werden, bleiben in der „tatsächlichen Gewalt" des Hausherrn, er hat den Besitz an ihnen nicht „aufgeben" wollen, hat vielmehr gerade sein Herrenrecht darin dokumentiert, daß er sie zu gewissen Zwecken, sei es auch den allerniedrigsten, bestimmte. Aus der scheinbaren Wertlosigkeit darf nicht ohne weiteres der Wille einer absoluten Preisgabe an jedermann gefolgert werden. Diese Dinge sind nur in beschränkter Weise preisgegeben, einmal nur für bestimmte Zwecke und zweitens nur an bestimmte Personen. Diese beschränkte Preisgabe ist nicht unter den Begriff der Dereliktion zu bringen, denn diese setzt die Absicht voraus, jede Herrschaft fallen zu lassen, vielmehr handelt es sich um eine Nebenerscheinung, welche Verträge ganz anderen Hauptinhalts begleitet, so den Dienstvertrag, den Gastaufnahmevertrag.

§ 857. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Wenn man den Besitz als eine Tatsache auffassen will, so ist § 857 trotz der widersprechenden Fassung eine Fiktion.

§§ 858, 859. RG. 24. 11. 06, **64** 385 ff. über die Frage, ob es verbotene Eigenmacht im Sinne von §§ 858, 859 ist, wenn jemand eine Sache dem Besitzer zu dem Zwecke wegnimmt, um diese als Überführungsstück wegen einer unmittelbar zuvor von dem Besitzer verübten (objektiv) strafbaren Handlung der Polizeibehörde zu übergeben. Die Berechtigung, eine solche Sache wegzunehmen, wird auf Grund des § 127 StPO. anerkannt.

§ 861. *Siber, Konkurrenz mit dem Vindikationsanspruche, vgl. unten § 985, Ziff. 2.

§ 862. Über analoge Anwendung des § 862 s. oben Ziff. II 7 zu § 12.

§ 866. 1. *Cohn, ABürgR. **30** 239 ff. Der Kunde besitzt gemeinschaftlich mit der Bank die von ihm in ihre Stahlkammer hineingelegten Wertpapiere. Keiner von beiden hat an den Papieren Alleinbesitz.

2. Besitzschutz im Verhältnisse der Mitbesitzer zueinander (s. JDR. **1** Ziff. 1). Sokolowski 290 f. Wie und womit jeder Mitbesitzer sich gegen Übergriffe seiner Genossen wehrt, läßt sich unmöglich nach den Prinzipien des Mitbesitzes allein entscheiden, die rechtliche causa, aus der das Verhältnis hervorging, gibt hier den Ausschlag. Von ihr hängt es ab, ob und in welchen Fällen dem Mitbesitzer gegen seine Genossen ein Verbietungsrecht zusteht, wie er Beschädigungen der gemeinsamen Sache verhindern und Maßregeln zu ihrer Erhaltung durchsetzen kann. Vgl. auch 439 Anm. 504.

§ 867. v. Wendt 84 f. Nicht nur das zufällig auf ein Grundstück Geratene kommt in Betracht, sondern auch, was absichtlich dorthin verbracht, dort vergraben, versteckt, niedergelegt ist, und selbst Tiere sind nicht ausgeschlossen, die sich verirrt, verlaufen haben oder eine Zuflucht vor Gefahr oder Verfolgung suchen. — Die §§ 867, 1005 BGB. sind nicht auf Sachen zu beschränken, die auf ein Grundstück gelangt sind; es ist in Ansehung des Besitzes beweglicher Sachen nicht anders zu urteilen, auch wenn sie nicht auf ein Grundstück, sondern zwischen andere bewegliche Sachen geraten sind, dem Besitzer der letzteren unbewußt.

§ 868. 1. *R o h d e, Studien im Besitzrechte, Abschn. XXI. Der mittelbare Besitz enthält keine tatsächliche Gewalt und ist daher kein Besitz. Er bildet vielmehr ein Rechtsverhältnis des mittelbaren Besitzers zum Besitze des Mittlers. Er ist nicht geschaffen, um den Herausgabeanspruch des mittelbaren Besitzers zu schützen. Es ist vielmehr dasjenige Verhältnis des mittelbaren Besitzers zur Sache, kraft dessen diesem, obgleich er nicht Besitzer ist, die im Sachenrechtsverkehre zutage tretenden Wirkungen des Besitzes beigelegt werden, und der gesetzgeberische Grund für seine Einführung besteht darin, daß diese Wirkungen dem mittelbaren Besitzer nicht versagt werden konnten. Wo sonst der mittelbare Besitz dem — unmittelbaren — Besitz gleichgestellt wird, kommt seine Besitznatur nicht in Frage. Das den mittelbaren Besitz erzeugende Verhältnis des mittelbaren Besitzers zur Sache ist gegeben, wenn infolge oder anläßlich eines Rechtsakts der dem mittelbaren Besitzer gehörige Besitz vorübergehend zu einem jene Besitzwirkungen nicht berührenden Zwecke dergestalt in der Hand des Mittlers ist, daß dem mittelbaren Besitzer ein aus dem durch den Rechtsakt geschaffenen Rechtsverhältnis entspringender wirklicher — nicht ein bloß vermeintlicher — Anspruch auf Herausgabe der Sache zusteht. Der Rechtsakt braucht nicht gültig zu sein. Unerläßlich aber ist, daß aus dem durch ihn erzeugten Sachverhältnisse dem mittelbaren Besitzer ein Anspruch auf Herausgabe des Besitzes — Vindikation — zusteht. Wo auch dieser Anspruch fehlt, besteht kein mittelbarer Besitz. Unerheblich ist, ob der Besitz früher in der Hand des mittelbaren Besitzers war und von diesem auf den Mittler übertragen worden ist, ob der mittelbare Besitzer — von dem Anspruch auf Herausgabe abgesehen — nach den Tatumständen mehr oder weniger darauf rechnen kann, daß er wieder in den Besitz der Sache gelangt, auch, in wessen Interesse der Besitz beim Mittler ist. — Nur typisch muß der mittelbare Besitzer den animus domini, der Mittler den animus alieno nomine detinendi haben. Wie der konkrete Wille beider beschaffen ist, ist gleichgültig. Als Rechtsverhältnis bedarf der mittelbare Besitz nicht eines Willens oder auch nur einer Kenntnis des mittelbaren Besitzers. — Der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Universalsukzession fällt nicht unter § 857 BGB., sondern unter § 1922 Vorausgesetzt ist, daß der den Kern des mittelbaren Besitzes bildende Herausgabeanspruch mit dem Tode des mittelbaren Besitzers auf dessen Erben übergeht und nicht seiner Natur nach erlischt oder an eine andere Person fällt. Der gesetzliche Vertreter bezügl. Verwalter, der in einigen Fällen den Vertretenen zum mittelbaren Besitzer macht, in anderen selbst mittelbarer Besitzer wird, vererbt in Fällen der letzteren Art den mittelbaren Besitz nicht auf seine Erben, sofern er nur erkennbar bei Erwerb desselben als Vertreter gehandelt hat. — Die Schrift enthält ferner eine reichhaltige Kasuistik des mittelbaren Besitzes mit Abgrenzung gegen solche Fälle, wo er, weil eine seiner vorbezeichneten Voraussetzungen fehlt, nicht entstehen kann.

2. a) S o k o l o w s k i 317. Der mittelbare Besitzer ist mit dem unmittelbaren durch eine rechtliche causa verbunden, die letzteren auf Zeit zum Besitze der Sache berechtigt oder verpflichtet. Der unmittelbare Besitzer hat seinen Besitz zwar vom mittelbaren abgeleitet, er übt ihn auch für den mittelbaren Besitzer aus und vertritt ihn daher in einem gewissen Sinne. Indessen hält er die Sache dank jener causa auch für sich zu eigenem Rechte, er ist deshalb keineswegs in erster Linie Vertreter des mittelbaren Besitzers, sondern nur, soweit sich eine solche Beziehung durch die causa ergibt. Ein direkter Besitzerwerb durch den unmittelbaren Besitzer für den mittelbaren ist an sich wohl möglich, er wird aber stets durch das innere Verhältnis der causa bestimmt, nicht etwa durch Erklärungen dem Dritten gegenüber. Wie der Besitzerwerb, so wird auch der Besitzverlust durch den unmittelbaren Besitzer als Vertreter des mittelbaren zu beurteilen sein (319). **b)** v. W e n d t 101. Der mittelbare Besitz ist eine vom Gesetz angeordnete, im einzelnen Fall ipso jure eintretende Reflexwirkung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Besitzer und dem, von

dem er sein Recht herleitet. Der letztere soll auch Besitzer sein, damit gesteht ihm das Gesetz ebenfalls die Besitzrechte zu, bei denen aber im einzelnen immer noch zu untersuchen bleibt, wie weit sie auch dem unmittelbaren Besitzer gegenüber durchgeführt werden können. Die Besitzstellung des mittelbaren Besitzers ist von dem Willen der beteiligten Personen ganz unabhängig, weil eben kraft des Gesetzes vorhanden. Weder der eine noch der andere der beiden Beteiligten kann diese Rechtsfolge ihres Verhältnisses zueinander von sich abwehren, vor allem der unmittelbare Besitzer muß sich jene Konkurrenz des mittelbaren Besitzers durchaus gefallen lassen und solange das vermittelnde Rechtsverhältnis besteht, kann er sie nicht von sich abschütteln. Nur durch Lösung jenes Verhältnisses vermögen beide auch den mittelbaren Besitz zu beendigen. Allerdings kann der letztere an Dritte übertragen werden, sei es zum Zwecke der Eigentumsübertragung, sei es zu anderen Zwecken; aber auch das geht die Grundlage des Besitzes an, nämlich den Herausgabeanspruch, dessen Abtretung zur Übertragung des mittelbaren Besitzes führt.

3. Erlöschen des mittelbaren Besitzes. Sokolowski 260 f. Erlischt das Verhältnis, vermöge dessen jemand einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, durch die Geschäftsunfähigkeit oder den Tod des Fremdbesitzers, oder faßt er einseitig den Entschluß, zurückzutreten, so hat dies noch keinen Einfluß auf die Stellung des mittelbaren Besitzers, wenn dieser in der Lage bleibt, seine Gewalt über die Sache auszuüben. Das kann in der bisherigen Weise geschehen oder ohne jede Beschränkung durch die in Frage gestellte causa, d. h. der Einzelbesitzer bleibt vorläufig noch in der Lage, den früheren Fremdbesitzer durch einen anderen zu ersetzen, oder selbst das corpus zu ergreifen. Aber sogar in den Fällen, wo die causa keine gültige Rechtsbasis hatte, kann der mittelbare Besitzer sie nicht mit irgendwelchem Erfolg einseitig aufheben, seine Verfügung bleibt ohne jeden Einfluß auf den Besitz des Besitzherrn. Dieser erlischt wohl, wenn der Eigenbesitzer sein Herrschaftsverhältnis zur Sache freiwillig aufgibt, oder durch äußere Gründe wider Willen gezwungen wird, zu verzichten, weil ihn entweder der bisherige Fremdbesitzer oder eine dritte Person endgültig aus seiner Stellung verdrängt.

4. Frommhold, JagdRZ. **07** 375. Der Jagdpächter befindet sich im Besitze des Jagdrechts wie der Pächter einer Sache nach § 868, ihm stehen also auch alle Besitzschutzmittel des Sachbesitzes zur Seite. Veräußert der Verpächter das Jagdgrundstück und überträgt er zugleich das Eigentum an seinem Jagdrecht auf den neuen Erwerber, so steht der neue Eigentümer dem Jagdpächter in derselben Rechtsstellung gegenüber, wie der Erwerber des Eigentums an einer beweglichen Sache, deren Besitz einem Dritten eingeräumt ist: es ist ihm nur der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten (§ 931). Diesen Anspruch auf Beendigung des Jagdverhältnisses kann der Jagdpächter durch die Berufung auf den mit dem Rechtsvorgänger des neuen Eigentümers abgeschlossenen Pachtvertrag, solange ihm das Jagdrecht eingeräumt ist, zurückweisen (§ 986 Abs. 2).

§ 870. 1. *Rohde Abschn. XXI. Der Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Übertragung geht normalerweise vor sich, indem der mittelbare Besitzer das Rechtsverhältnis des § 868 einschließlich des daraus entspringenden Herausgabeanspruchs auf den Erwerber überträgt. Diesen Erwerb erwähnt das Gesetz nicht, weil er sich nach § 868 von selbst versteht. § 870 betrifft den Fall, in welchem der mittelbare Besitz ohne das Rechtsverhältnis des § 868 übertragen wird. Seine Vorschrift ist singulärer Natur und deshalb vom Gesetz aufgenommen. Der Grund der Bestimmung liegt darin, weil es Sachverhältnisse gibt, in welchen der mittelbare Besitz zwecks Konstituierung dinglicher Rechte übertragen werden muß, die Beteiligten aber kein Interesse daran haben, das Rechtsverhältnis selbst, aus welchem der Anspruch entspringt, zu übertragen. § 870 ist nicht dahin zu verstehen, daß mit jeder

Abtretung des den Kern des mittelbaren Besitzes bildenden Anspruchs der mittelbare Besitz übergeht, sondern die Übertragung des Anspruchs muß zu dem erkennbaren Zwecke der Übertragung des mittelbaren Besitzes geschehen. Eine Einwilligung des Mittlers in die Übertragung des mittelbaren Besitzes oder auch nur eine Kenntnis desselben von der Übertragung ist nicht nötig, ein Widerspruch desselben gegen die Übertragung unerheblich. Eine Übertragung des Eigentumsanspruchs ist weder erforderlich noch genügend.

2. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 75. Der Besitzer eines Traditionspapiers hat nur dann Besitz am Gute, wenn der im Papier als unmittelbarer Besitzer genannte Dritte zur Herausgabe des Gutes bereit ist.

§ 871. *Rohde Abschn. XXI. § 871 kann in drei verschiedenen Gestalten eintreten, setzt aber stets als wesentlich voraus, daß ein Herausgabeanspruch für den neuen mittelbaren Besitzer entsteht, was im Falle der Ungültigkeit des Aktes, wodurch er zur Entstehung gelangen soll, dann, wenn von dem neuen mittelbaren Besitzer an seinen Mittler der Besitz nicht gelangt ist, die Nichtentstehung des mittelbaren Besitzes zur Folge hat.

§ 872. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 546 ff. Der originäre Eigenbesitzerwerb, der den animus domini verlangt (vgl. Manigk, ABürgR. **25** 316 ff.), ist ein Willensgeschäft, d. h. ein Rechtsgeschäft ohne Erklärung des animus domini. Der Erwerb des Ersitzungsbesitzes (§ 937) kann ebenfalls ein Willensgeschäft sein (vgl. oben Ziff. I 1 zu §§ 116 ff.), wo kein derivativer Titel vorliegt.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Während die Rechtsprechung so wie bisher wenig Gelegenheit gefunden hat, sich mit der Rechtsnatur der dinglichen Einigung zu beschäftigen, ist die wissenschaftliche Erörterung über diese grundlegende Frage durch die Abhandlung Simons von neuem in Fluß gekommen. Simon, dessen Selbstbericht bei § 873 wiedergegeben ist, sieht in der Einigung nicht nur ein Element der Verfügung, sondern legt, wie früher bereits Koffka (in der Festgabe für Wilke, s. JDR. **2** zu § 873 Ziff. 8), der bindenden Einigung die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung bei. Diese Auffassung wird von Eccius bekämpft. Auch dem Streite über den Einfluß der Konkurseröffnung auf die Tätigkeit des Grundbuchrichters scheint trotz seines Alters ewige Jugend beschieden zu sein. Insbesondere erhebt nun auch Predari in Ausführung der in seinem Kommentare gegebenen Erörterungen seine gewichtige Stimme gegen das Kammergericht (s. Bericht zu § 878). Im übrigen sei noch auf die bei § 883 Ziff. 2a wiedergegebene Entscheidung des Obersten Landesgerichts München hingewiesen. Sie behandelt den Fall einer Vormerkung für eine subjektiv-dingliche Forderung und beantwortet dabei die Frage nach der Zulässigkeit subjektiv-dinglicher Berechtigung überhaupt in einer so eingehenden Weise, daß daraus wesentliche Anhaltspunkte für die Absteckung der Grenzen zwischen dem Rechte der Schuldverhältnisse und dem Sachenrechte zu entnehmen sind.

Literatur: S. auch die Zusammenstellung bei der Grundbuchordnung. An neuen zusammenfassenden Darstellungen des Immobiliarsachenrechts fehlt es im Berichtsjahre. Von neuen Auflagen früher erschienener derartiger Werke sind das von Kober bearbeitete Sachenrecht des v. Staudingerschen BGB.-Kommentars, der jetzt in 3. u. 4. Auflage erscheint, und die 4. Auflage des Dernburgschen Sachenrechts — die letzte der von dem Altmeister selbst bearbeiteten — zu nennen. Von Einzelschriften sei auch hier auf das schon im Jahre 1906 erschienene Buch „Das Erbbaurecht des BGB." (s. zu § 1012 BGB.) hingewiesen. — Die Ergebnisse des Schrifttums zum Liegenschaftsrechte sind zusammengestellt von Strecker, R. **07** 947, und Oberneck, DNotVZ. **07** 113 ff.; s. ferner König, Bericht über die Rechtsprechung, 3. Buch: Sachenrecht, Sächs. RpflA. **07** 268 ff.

§ 873. Literatur: Simon, Die rechtl. Natur der sachenrechtlichen Einigung. Breslau 1907. Dazu die Besprechungen von Eccius, GruchotsBeitr. **51** 681, und Oberneck, DNotVZ. **07** 967. S. ferner die unter Ziff. I 2 erwähnte Schrift von ten Hompel.

I. Natur der dinglichen Einigung. 1. **a**) *Simon aaO. (vgl. v. §§ 145 ff. Ziff. I 2, § 185 Ziff. I 1, § 161 Ziff. 2 und § 177 Ziff. 1). Die Einigung des Sachenrechts hat eine Doppelnatur. Sie führt einmal in Verbindung mit der Eintragung bzw. der Übergabe die Rechtsänderung herbei, welche in ihr als Endzweck gewollt ist: Insoweit ist sie Element einer Verfügung. Sie ist aber auch bereits für sich selbständige Verfügung, indem sie eine rechtsgeschäftliche, dinglich wirkende, relative Verfügungsbeschränkung des Passivbeteiligten schafft. Dies ergibt sich aus dem Begriffe der Bindung an die Einigung, wie sie im Fahrnisrechte stets, im Grundbuchrecht unter den Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 eintritt. Durch eine bindende Immobiliareinigung und durch jede Fahrniseinigung wird der Passivbeteiligte derart in der Verfügung beschränkt, daß, sofern nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs bzw. der gute Glaube eine Ausnahme bewirkt, alle weiteren Verfügungen gemäß § 135 BGB. dem Aktivbeteiligten gegenüber unwirksam sind, insoweit sie der Vollendung der in der Einigung begonnenen Rechtsänderung entgegenstehen würden. Die nicht bindende Immobiliareinigung hat diese Verfügungsbeschränkung nicht zur Rechtsfolge, aber auch sie hat die geschilderte Doppelnatur: Sie ist Element der als Endzweck gewollten Verfügung und sie ist selbständige Verfügung, nur ist sie in ihrer zweiten Eigenschaft wegen Formmangels unwirksam, d. h. nicht verfügungsbeschränkend. — Die bindende Immobiliareinigung ist als selbständige Verfügung eintragungsfähig, ohne zu ihrer Wirksamkeit eintragungsbedürftig zu sein; dieses mit Rücksicht darauf, daß die durch sie geschaffene Verfügungsbeschränkung nur Durchgangsstadium für die Herbeiführung der als Endzweck gewollten Rechtsänderung sein soll. Aus demselben Grunde gereicht der bindenden Immobiliareinigung der öffentliche Glaube des Grundbuchs (wie entsprechend der Fahrniseinigung der gute Glaube) nicht zum Vorteile. Wäre es der Fall, so könnte (z. B. wenn der redliche Aktivbeteiligte zwischen der Einigung mit einem eingetragenen Nichtberechtigten und der Stellung des Eintragungsantrags die Unrichtigkeit des Grundbuchs erführe) eine dauernde Verfügungsbeschränkung des wahren Berechtigten vorhanden sein, die nicht mehr notwendig vorübergehender Art wäre. S. JDR. **2** Ziff. 8 zu § 873. **b**) Gegen Simon Eccius aaO. Das Gesetz redet von einer bindenden Kraft der Einigung im Mobiliarsachenrechte mit keinem anderen Worte, als in der Weise, daß es verlangt, die Beteiligten müssen bei der Übergabe über den Rechtszweck der Übergabe einig sein oder darüber später einig werden. Das Gesetz enthält weiter auch nichts, wonach man in die ausnahmsweise eintretende bindende Kraft der Einigung nach § 873 eine andere Bedeutung legen könnte, als die, daß der Grundbuchrichter, dem ein formell zulässiger Eintragungsantrag auf Grund einer bindend gewordenen Erklärung bezüglich der Einigung vorliegt, sich nicht durch einen späteren Widerspruch des Gebundenen beirren lassen darf, und daß der Prozeßrichter eine Eintragung, die formgerecht nicht hätte erfolgen sollen, nicht aufheben darf, wenn ihr eine bindend gewordene, aber nicht gerade als Eintragungsbewilligung formulierte Einigung vorangegangen ist, auch dann nicht, wenn der an seine formelle Erklärung Gebundene schon vor der Eintragung eine Zurücknahme seiner Einigungserklärung zum Ausdrucke gebracht hatte. S. auch JDR. **4** Ziff. II 1 a bei § 873. **c**) Josef, GruchotsBeitr. **51** 534 Anm. 3. Die Auflassung bewirkt nur eine dingliche Bindung unter den Beteiligten, die Dritten überhaupt keine Schranke auferlegt. Das Grundbuch ist, selbst wenn die Auflassung dem Grundbuchamt eingereicht ist, hierdurch nicht etwa

grundsätzlich für weitere Verfügungen des bisherigen Eigentümers und aus seinem Rechte geschlossen.

2. *ten Hompel, Der Verständigungszweck im Rechte (Berlin 1908) 129 ff. Die dingliche Einigung oder Verständigung ist wesensgleich der obligatorischen Einigung oder Verständigung. Die Formvorschrift des § 873 BGB., wonach die dingliche Einigung nur durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung, sowie durch Erklärung oder Einreichung beim Grundbuchamte bindend wird, kann ebensowenig wie der dingliche Inhalt der Einigung einen Wesensunterschied im Verhältnisse zur formlos bindenden obligatorischen Verständigung begründen. Das Wesen beider Vorgänge bleibt die bindende, die einigende Betätigung des Verständigungswillens. Er allein ist und bleibt beim dinglichen, wie beim obligatorischen Vertrage der Wesensträger des Rechtsgeschäfts. Erst der Wirkungswille und seine Vollendung in der Erfüllung der obligatorisch oder dinglich freien Wollensbedingung — die dinglich freie Wollensbedingung ist die Eintragungsbewilligung — bringt den tiefgreifenden Unterschied des Forderungs- und des Sachenrechts zur Entfaltung, hier erst scheiden sich nach außen hin die der gemeinsamen Wurzel des Verständigungswillens entstammenden Wege. Vor dieser Wegscheidung, vor dem Einsatze des Wirkungswillens die gleichartig klagbare Feststellung des obligatorischen oder dinglichen Verständigungswillens, — nach der Wegscheidung, nach dem Einsatze des Wirkungswillens folgende Sachlage: Für den obligatorischen Vertrag endet die uranfänglich allein bindende Verständigung im wirksam gewordenen Leistungsrecht und in der wirksam gewordenen Leistungspflicht, aus denen dann mit Eintritt der Fälligkeit d. h. nur im Stadium der Rechtsverletzung der obligatorische Leistungsanspruch hervorgeht. Für den dinglichen Vertrag endet die uranfängliche allein bindende Verständigung in der mit dem Wirkungswillen unmittelbar wirksam werdenden dinglichen Rechtsänderung, deren Verletzung dann den dinglichen Herstellungs-, Wiederherausgabe- und Störungsunterlassungs-Anspruch erzeugt. Der Verständigungswille schafft also wesenhaft im Sinne des Rechtes die unmittelbar dinglich bindende Rechtsänderung oder die nur mittelbar obligatorisch bindende Leistungspflicht, und er schafft beides, indem er dem Wirkungswillen aus dem Verständigungsgedanken heraus hier die dingliche, dort die obligatorische Richtung verleiht und alles hinordnet auf das Endziel, auf das Wirksamwerden der positiven Folgen der Verständigung.

3. a) **RG.** 19. 6. 07, R. **07** 1069 Ziff. 2563. Die Unwiderruflichkeit nach Abs. 2 wirkt nur unter den Parteien und hat nicht die Bedeutung einer Verfügungsbeschränkung, auf die sich auch Dritte zu berufen in der Lage wären. **b)** SächsRpflA. **07** 445 (Dresden). Trotz Abgabe einer bindenden Auflassungserklärung bleibt dem Veräußerer bis zur Stellung des Eintragungsantrags die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit. Die Frage, ob dem Dritten, für den der Veräußerer eine Hypothek bestellt, die Kenntnis der Auflassung schadet, läßt das OLG. dahingestellt. **c)** Die Entsch. JDR. **5** Ziff. I 3 zu § 873 ist auch in DNotVZ. **07** 128 abgedruckt. **d)** Die Entsch. JDR. **5** Ziff. I 4 zu § 873 ist auch abgedruckt ZBlFG. **7** 743 Ziff. 664.

4. OLG. **15** 339 (20. 4. 07, KG.). Es muß mit der Entsch. des **RG.** (**57** 96) grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß aus der Verschiedenheit der Rechtsbeziehungen des obligatorischen Vertrags und des dinglichen Rechtsgeschäfts, durch das die Leistungen bewirkt werden, bei der Nichtigkeit des ersten nicht notwendig die des zweiten folgt.

II. Form des Kausalgeschäfts. 1. SächsRpflA. **07** 439, ZBlFG. **8** 36 Ziff. 442 (Dresden). Der obligatorische Vertrag, der die Verpflichtung zu

einer dinglichen Rechtsänderung enthält, bedarf nicht der in den §§ 873 Abs. 2, 880 Abs. 2 vorgeschriebenen Form. Aus einem mündlichen Vertrage kann daher an sich auf Bestellung des darin versprochenen dinglichen Rechtes geklagt werden. Anders jedoch dann, wenn der Vertrag besonderen Formvorschriften unterworfen ist und diese nicht beachtet sind, z. B. wenn der Vertrag ein abstraktes Schuldversprechen enthält und der Schriftform entbehrt (§ 780 BGB.). Ebenso OLG. Cöln 19. 4. 07, R. **07** 975 Ziff. 2302. S. auch JDR. **1** Ziff. 1 zu § 873, **2** Ziff. 3 zu § 873, **3** Ziff. II zu § 873.

2. **RG.** 11. 10. 06, GruchotsBeitr. **51** 987. Der § 873 bezieht sich nur auf den dinglichen Vertrag. Mit dem obligatorischen, der keinerlei Form bedarf, hat er nichts zu tun. Daher wird dadurch, daß es zu einem dinglichen Vertrag überhaupt nicht kommt oder daß der eine Teil von dem formlos geschlossenen dinglichen Vertrag einseitig zurücktritt, das obligatorische Recht auf Erteilung der Eintragungsbewilligung nicht berührt.

3. ZBlFG. **8** 265 Ziff. 311, R. **07** 975 Ziff. 2302 (Cöln). § 873 Abs. 2 BGB. bezieht sich nur auf die dingliche Einigung der Vertragschließenden, so daß ein Vertrag, mittels dessen jemand eine Grunddienstbarkeit bestellt, auch mündlich oder schriftlich mit obligatorischer Wirkung geschlossen werden kann.

III. Dingliche Rechte. **RG.** 20. 3. 07, **65** 361. Die Regel des § 873, wonach zur Begründung eines dinglichen Rechtes Einigung und Eintragung nötig sind, findet auch auf das grunddienstbarkeitartige Rechtsverhältnis aus widerspruchslosem Überbau Anwendung. Daher wird dieses Rechtsverhältnis in dem Falle, daß jemand, dem zwei Grundstücke gehören, auf beiden einen gemeinsamen Bau ausführt, durch den bloßen Übergang des Eigentums des einen Grundstücks auf einen anderen nicht begründet.

§ 874. Die Entsch. JDR. **5** zu § 874 ist auch abgedruckt R. **07** 60 Ziff. 45, DJZ. **07** 70, ZBlFG. **7** 606, KGJ. **33** A 262.

§ 875. 1. **RG.** 3. 7. 07, **66** 285, R. **07** 1069 Ziff. 2563, BayRpflZ. **07** 414. Die Unwiderruflichkeit nach Abs. 2 wirkt nur unter den Parteien und hat nicht die Bedeutung einer Verfügungsbeschränkung, auf die sich auch Dritte zu berufen in der Lage wären. Daher ist der sich auf eine Eigentümergrundschuld beziehende Löschungsantrag des Eigentümers auch noch nach Einreichung an das Grundbuchamt widerruflich.

2. OLG. **15** 381 (Marienwerder). Erfahrungsgemäß beschränkt sich der Gläubiger nicht auf die Abgabe einer Quittung, sondern fügt im Anschluß an das bisherige Recht noch hinzu, daß er die Löschung der Hypothek bewillige, ohne damit im entferntesten ausdrücken zu wollen, daß die Hypothek im Sinne der §§ 875 und 1183 aufgehoben sei und der Eigentümer zu keiner anderen Verfügung über diese als zu ihrer Löschung berechtigt sein solle. Hier hat demnach die Löschungsbewilligung nur die Bedeutung, daß der Gläubiger sein Recht an der Hypothek aufgibt, nicht aber, daß er die Hypothek im Sinne des § 875 aufgibt. Ein weiterer Fall ist der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek gemäß § 1168, der regelmäßig ebenfalls in den Worten: „ich bewillige die Löschung" seinen Ausdruck findet. Schließlich kennt das Gesetz in den §§ 875, 1183 die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Hypothek. Hiervon kann nur dann die Rede sein, wenn die Absicht des Gläubigers und des Eigentümers nicht dahin geht, daß der Gläubiger nur für seine Person dem Hypothekenrecht entsagt, so daß die Hypothek von einem anderen, dem Eigentümer, erworben werden kann, sondern unmittelbar auf die Aufhebung, die völlige Beseitigung der Hypothek gerichtet ist.

3. **RG.** 12. 10. 07, BayRpflZ. **07** 471. Die Vorschriften der §§ 875, 876 BGB. über die Aufhebung von Rechten an einem Grundstücke finden keine Anwendung

auf Grundgerechtigkeiten, die vor dem Inkrafttreten des Grundbuchrechts entstanden und nicht im Grundbuch eingetragen sind.

4. MecklZ. **25** 327, RJA. **8** 278, KGJ. **34** A 336 (Rostock). § 875 ist zwar auf das Erbbaurecht, nicht aber auf ein mecklenburgisches Erbpachtrecht anwendbar.

§ 877. 1. Begriff der Inhaltsänderung im allgemeinen. **a)** R. **07** 975 Ziff. 2304 (KG.). Der § 877 läßt allgemein Änderungen des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstücke zu. Solche Änderung stellt sich begrifflich als ein Geschäft dar, das sich aus einer teilweisen Aufhebung und einer teilweisen Neubegründung des Rechtes zusammensetzt. Der Inhalt eines Rechtes an einem Grundstück im engeren Sinne ist die Belastung des Grundstücks selbst; in diesem Sinne wird im § 883 der Inhalt und der Rang eines solchen Rechtes unterschieden. Im weiteren Sinne gehört aber auch der Rang eines Rechtes zu dem Inhalte des Rechtes; soweit deshalb nicht in den §§ 880, 881 Sondervorschriften für eine von § 879 abweichende Bestimmung des Rangverhältnisses gegeben sind, findet der § 877 subsidiäre Anwendung. S. v. Staudinger-Kober Anm. 1 a, Planck Anm. 2. **b)** R. **07** 976 Ziff. 2305 (KG.). Die Umwandelung eines Rechtes in ein Recht völlig anderer Art ist keine Änderung, sondern völlige Aufhebung und Neubegründung; eine Hypothek aber, deren Rangverhältnis sich nach § 879 bestimmt, und eine Hypothek mit einem Rangvorbehalt im Sinne des § 881 sind nur in einzelner Beziehung verschieden, in der Hauptsache gleichwertig; deshalb steht nichts im Wege, daß eine Hypothek der ersten Art auf Grund des § 877 in eine Hypothek der zweiten Art umgeändert wird. **c)** R. **07** 887 Ziff. 2035, OLG. **14** 136 (Colmar). Die Eintragung der Vollstreckungsklausel muß von dem jeweiligen Eigentümer bewilligt werden, da es sich um Bestimmung oder Änderung des Inhalts einer Hypothek handelt; daher ist bei einem Eigentumswechsel die bedingte Eintragungsbewilligung des ursprünglichen Hypothekenschuldners ohne Vormerkung von keiner Bedeutung, während eine im übrigen zulässige Vormerkung dem Gläubiger ein Recht auf Bewilligung der Eintragung der Klausel gegenüber dem jeweiligen Eigentümer gewährt.

2. Die Einheitshypothek. **a)** Dennler, SeuffBl. **07** 146, hält die Einheitshypothek, d. h. die Vereinigung mehrerer Hypotheken zu einer einheitlichen Hypothek, für zulässig. Er folgert die Zulässigkeit aus §§ 877, 1151, 1132 Abs. 2, 1172 Abs. 2 BGB., § 66 GBO. Dagegen **b)** ZBlFG. **7** 785, RJA. **8** 45, WürttZ. **07** 147, KGJ. **33** A 330 (BayObLG.). Der Antrag, eine Hypothek zu dem Zwecke formell zu löschen, damit sie gleichzeitig mit einer anderen neu bestellten Hypothek als einheitliche Hypothek eingetragen werde, ist unzulässig; ebenso unzulässig ist die Vereinigung verschiedener Hypotheken zu einer einheitlichen Hypothek. S. auch JDR. **5** zu § 877 u. Ziff. 2 zu § 1180. **c)** BadNotZ. **07** 105, R. **07** 1260 Ziff. 3097 (Karlsruhe). Die Vereinigung mehrerer Hypotheken auf der Grundlage, daß der Eigentümer nach Einholung von löschungsfähigen Quittungen die Posten als Eigentümergrundschulden zu einer einheitlichen Eigentümergrundschuld vereinigt und diese Eigentümergrundschuld durch Verbindung mit einer Forderung als Hypothek weitergibt, ist nicht zulässig. Eine solche Vereinigung widerspricht dem Spezialitätsgrundsatz; ihre Zulässigkeit kann auch nicht aus der formellen Ausnahmebestimmung des § 66 GBO. hergeleitet werden.

§ 878. 1. Predari, LeipzZ. **07** 454 ff. Eintragungsbewilligungen eines Gemeinschuldners sind nur dann die geeignete Grundlage für eine Eintragung, wenn sie vor der Konkurseröffnung mit dem entsprechenden Antrage bei dem Grundbuchamt eingegangen sind. Auf die Eintragung des Konkursverwalters kommt es für die Frage der Sperre des Grundbuchs nicht an (aM. Kretzschmar, Sachenrecht 74). Gelangt der Grundbuchrichter zu der Überzeugung, daß die Erklärung des Passivbeteiligten infolge der Konkurseröffnung unwirksam ist, so hat er ihre Über-

nahme in das Grundbuch abzulehnen. Bei der entgegengesetzten Auffassung würde § 6 KO. durch den § 7 nicht nur beschränkt, sondern in seinem Wesen umgestaltet sein. — Das, was vom Konkurse gilt, gilt auch von der Nachlaßverwaltung. S. auch zu § 892 u. Predari, GBO. 312 f., 410. (S. auch zu § 892 Ziff. IV 1 b).

2. **a)** HansGZ. **07** Beibl. 283, OLG. **15** 230, ZBlFG. **8** 358 Ziff. 418, (Hamburg). Eine vom Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung bewilligte und beantragte Eintragung ist, auch wenn sie nach der Konkurseröffnung stattfindet, vollwirksam auch dann, wenn der Erwerber zur Zeit der Eintragung Kenntnis von der Konkurseröffnung hatte. S. JDR. **5** zu § 878 Ziff. 1, 2. **b)** Die Entsch. des KG., JDR. **5** Ziff. 2 zu § 878 auch ZBlFG. **7** 787.

§ 879. KGJ. **34** A 289 (KG.). Das Rangverhältnis unter mehreren auf dasselbe Grundstück eingetragenen Hypotheken bestimmt sich nach der Reihenfolge der Eintragungen. Entspricht die Reihenfolge nicht der Zeitfolge der Anträge, so liegt eine Unrichtigkeit des Grundbuchs nur dann vor, wenn die Reihenfolge mit einer Einigung der Beteiligten über das Rangverhältnis im Widerspruche steht.

§ 880. 1. **a)** Wege, JheringsJ. **51** 39 ff. „In welchem Verhältnisse stehen mehrere ihrem Range nach vortretende oder zurücktretende Grundbuchposten zueinander?" Die Rangänderung ist die gegenseitige Abtretung des Ranges, die durch die Eintragung in das Grundbuch dingliche Kraft gewinnt, sie ist also Rangtausch, Rangwechsel (44), nicht Stellenaustausch (46). Sie ist ihrem Umfange nach begrenzt durch Umfang und Betrag des zurücktretenden und den des vortretenden Rechtes, sowie auflösend bedingt durch die Aufhebung des vortretenden Rechtes und die gesetzliche Aufhebung des zurücktretenden Rechtes und endlich aufschiebend bedingt durch die Rechtsbeständigkeit des zurücktretenden Rechtes (48). Das Verhältnis mehrerer im Range vortretender oder zurücktretender Posten zueinander ist nicht mit der herrschenden Meinung in jedem Falle nach der Reihenfolge der Hauptposten zu bestimmen. Vielmehr ist die Zeit der Eintragung der verschiedenen Vorrechtseinräumungen von ausschlaggebender Bedeutung. Wenn also die Eintragungen zu gleicher Zeit und ohne besondere Bemerkungen erfolgen, so haben die vortretenden oder zurücktretenden Posten an den Stellen, wohin sie mit ihrem Rangrechte rücken, gleiche Rechte (48 ff., 73, 74). Die sich im einzelnen ergebenden Verwickelungen sind 53 ff., 58 f., 66 f., 72 — s. auch die tabellarische Übersicht 81 — erörtert. **b)** Dagegen *Fuchs, JheringsJ. **51** 469 ff., der folgende Sätze begründet: α. Wenn mehrere vorstehende Hypothekengläubiger gleichzeitig einem nachstehenden Hypothekengläubiger das Vorrecht einräumen, so bleibt die ursprüngliche Rangfolge der zurücktretenden Hypothekengläubiger, sowohl an ihren bisherigen Stellen, als auch soweit sie an der Stelle des vortretenden Gläubigers zur Befriedigung kommen, gewahrt. Wege nimmt an, daß die zurückgetretenen Gläubiger an der zuletzt bezeichneten Stelle zu gleichem Rechte stehen. Die Vorstellung ist abzuweisen, als werde durch den Rangänderungsvertrag der zurücktretenden Hypothek etwas zugewendet, nämlich der ursprüngliche Rang der vortretenden Post. Vielmehr wird durch den Rangänderungsvertrag nur die Beschränkung der vollen Ausübung des Rechtes der nachstehenden und nunmehr vortretenden Post insoweit beseitigt, als diese Beschränkung durch das Recht des Gläubigers der vorstehenden und nunmehr zurücktretenden Post gegeben ist. Die Annahme Weges widerspricht auch dem Willen der Parteien. Der gleichen Ansicht **RG. 64** 100 ff. In diesem Falle ist übrigens nicht nur ein Grundbuchvermerk einzutragen, sondern zu jeder zurücktretenden Post ein besonderer Vermerk. β. In dem Falle, daß mehrere vorgehende Posten einem nachstehenden das Vorrecht einräumen, jedoch nicht gleichzeitig, sondern zunächst der bestberechtigte und später der zweitberechtigte, ist von Wege zwar richtig dahin entschieden, daß die zurücktretenden Posten an Stelle der vortretenden Post nunmehr

in der ursprünglichen Rangfolge rangieren. Es ergibt sich das aber nicht, wie Wege annimmt, aus dem Satze: Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet; denn der vortretende Gläubiger überträgt kein Recht auf die zurücktretenden (vgl. oben unter α). Es ergibt sich vielmehr aus § 880 Abs. 5. γ. Räumen mehrere voreingetragene Gläubiger einem nachstehenden Gläubiger nach und nach das Vorrecht ein, so rangieren die zurücktretenden Gläubiger an die Stelle des vortretenden in dem Rangverhältnis ihrer Hypotheken, ganz gleichgültig, in welcher Reihenfolge ihre Erklärungen beim Grundbuchamt eingereicht werden. Wege verwertet hier wieder den unter β aufgeführten Rechtsatz. Dies beruht auf der unter α als unrichtig bezeichneten Auffassung des Rangänderungsvertrags. Das Verhältnis der beiden zurücktretenden Gläubiger untereinander wird durch ihre zugunsten des nachstehenden Gläubigers erklärten Vorrechtseinräumungen nicht berührt. — Gehen Anträge auf Eintragung von Rangänderungen in den Fällen β und γ zu verschiedenen Zeiten beim Grundbuchamt ein, so kommt auf die Zeitfolge der Eintragungen nichts an. Wege hält die Eintragung der zu verschiedenen Zeiten eingegangenen Rangänderungsverträge unter verschiedenen Daten in jedem Falle für erforderlich. Das wäre nur richtig, wenn durch die mehreren Verträge dasselbe Recht betroffen würde. Hier wird aber durch jeden Vertrag ein anderes Recht betroffen. δ. Räumt ein vorstehender Gläubiger mehreren nachstehenden nacheinander, und zwar in einer der Rangfolge der nachstehenden Gläubiger umgekehrten Zeitfolge den Vorrang ein, so rangieren die vortretenden Gläubiger zwar an der Stelle, an welcher der Zurücktretende eingetragen ist, in der Reihenfolge der Vorrechtseinräumungen, im übrigen aber rangieren sie nach ihrer ursprünglichen Rangfolge. Dies ergibt sich daraus, daß an dem Verhältnisse der vortretenden Gläubiger untereinander durch die von dem zurücktretenden erklärten beiden Vorrechtseinräumungen nichts geändert wird. **c)** S. auch JDR. **5** zu § 880 Ziff. 2 u. 3. **d) RG.** 21. 9. 06, **64** 100, R. **07** 310 Ziff. 589, ZBlFG. **7** 695. Wenn einer nacheingetragenen Hypothek alle Gläubiger der ihr im Range vorstehenden Hypotheken den Vorrang eingeräumt haben und dies im Grundbuche vermerkt worden ist, so tritt die nacheingetragene Hypothek schlechterdings ohne weitere und jede Einschränkung an die erste Stelle, also nicht nur in bezug auf diejenigen bestimmten Beträge der zurücktretenden Hypotheken, deren Rangänderung an sich nur erforderlich wäre, damit der Gläubiger der vortretenden Hypothek das Recht auf Befriedigung aus dem belasteten Grundstück an erster Stelle erlangte. Die entgegengesetzte Auffassung ist nur dann gerechtfertigt, wenn nicht die Gläubiger aller vorgehenden Hypotheken der nachstehenden den Vorrang eingeräumt haben, und ferner dann, wenn der Betrag der an erster Stelle stehenden Hypothek, vor der allein der Vorrang eingeräumt ist, den der vortretenden nicht erreicht. Aus der entsprechenden Anwendung des dem § 880 Abs. 5 zugrunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken folgt, daß, wenn sämtliche vorstehenden Hypotheken den Vorrang eingeräumt haben, die ursprüngliche Reihenfolge dieser Hypotheken untereinander bestehen bleibt.

2. Meikel, SeuffBl. **07** 371 ff. § 880 BGB. handelt nicht bloß von dem Rangtausche, sondern von der Rangänderung schlechthin, umfaßt also auch den Fall der Einräumung des Gleichranges

3. PucheltsZ. **38** 475 (Karlsruhe). Dadurch, daß zwei Hypothekengläubiger mit Erfolg eine vorgehende Hypothek angefochten haben, wird der zwischen ihnen bestehende Rang nicht geändert.

4. **a)** Pitel, ZBlFG. **7** 640 f. Die Rangänderung braucht nur bei dem zurücktretenden Rechte eingetragen zu werden (anders die herrschende Meinung, s. JDR. **1** zu § 880 Ziff. 6). Bei der anfänglichen Rangverschiebung stellt man den Rangvermerk am besten voran: „Der Hypothek laufende Nr. 5 der 3. Abteilung im Range nachstehend, Auszug usw."; bei nachträglicher Rangänderung ist

zu sagen: „die Hypothek laufende Nr. 5 dieser Abteilung geht im Range vor". ➠ Noch kürzer ist es, zu sagen: „Auszug mit dem Range vor Abteilung III Nr. fünf" und „Abteilung III Nr. fünf geht im Range vor". Red. ⟵ b) KGJ. **34** A 240, R. **07** 976 Ziff. 2306, PosMSchr. **07** 66, ZBlFG. **8** 164 Ziff. 237 a, RJA. **9** 51 (8. 5. 07, KG.). Eine Rangänderung im Sinne des § 880 kann grundsätzlich nur unter bereits eingetragenen Rechten stattfinden. Ausnahmen greifen Platz: a) wenn das vorrückende Recht zu seiner Entstehung der Eintragung nicht bedarf, b) wenn das zurücktretende Recht nur eingetragen, aber mangels Einigung noch nicht entstanden ist.

5. **RG.** 2. 10. 07, R. **07** 1311 Ziff. 3250, ZBlFG. **8** 361 Ziff. 444. Hat ein Hypothekengläubiger für ein Baudarlehen den Vorrang eingeräumt, so kann aus den Umständen des Falles, insbesondere wenn der Hypothekengläubiger darauf rechnen durfte, daß bei Auszahlung und Verwendung des Baugeldes das verhaftete Grundstück in seinem Werte entsprechend erhöht werden würde, als Absicht der Beteiligten angenommen werden, daß das Vorrecht für das Baugeld nur unter der als Bedingung gewollten Voraussetzung eingeräumt werden sollte, daß, soweit das Baugeld nicht ausgezahlt werde, der Grundstückseigentümer das Vorrecht nicht auch für die insoweit entstehende Eigentümergrundschuld in Anspruch nehmen dürfe. Dies muß sich, wenn der Grundstückseigentümer in Konkurs gerät, auch die Konkursmasse entgegenhalten lassen, weil sie in bezug auf den Erwerb der Eigentümergrundschuld nicht als eine von dem Gemeinschuldner verschiedene gutgläubige Dritte angesehen werden kann. S. JDR. **5** zu § 880 Ziff. 5 a. Ebenso **RG.** 24. 10. 06, ZBlFG. **8** 330 u. OLG. Stuttgart 15. 12. 05, WürttJ. **19** 176.

6. a) **RG.** 23. 9. 07, R. **07** 1321 Ziff. 3314. Daß eine Vorrechtseinräumung erst mit der Eintragung im Grundbuche wirksam wird, berührt das obligatorische Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger nicht. Hat sich dieser gegenüber jenem vertragsmäßig zur Vorrechtseinräumung verpflichtet, so ist er hierdurch gebunden. Für die Wirksamkeit der Vorrechtseinräumung im Verhältnisse der Vertragsparteien zueinander ist daher, solange nicht ein Rechtserwerb Dritter in Frage kommt, die Eintragung nicht nötig. b) BreslauAK. **07** 43 (Breslau). Durch die bloße obligatorische Verpflichtung zur Vorrechtseinräumung tritt eine Veränderung oder Beschränkung des dinglichen Rechtes nicht ein. Auch eine Kenntnis dieser obligatorischen Verpflichtung schadet dem Dritterwerber nicht und begründet auch nicht die Einrede der Arglist. S. auch JDR. **1** zu § 880 Ziff. 4.

7. Die Entsch. des KG., JDR. **5** Ziff. 4 c zu § 880 auch KGJ. **33** A 286, RJA. **8** 70, WürttZ. **07** 146.

8. Die Entsch. JDR. **5** Ziff. 6 auch ZBlFG. **7** 411 u. 540 Ziff. 473, BayObLG. **7** 469.

§ 881. 1. Begriff des Rangvorbehalts. a) S. JDR. **5** zu § 881 Ziff. 2; die dort 2 a erwähnte Entsch. auch ElsLothJZ. **07** 152. b) OLG. **15** 330, KGJ. **34** A 240, R. **07** 976 Ziff. 2307, ZBlFG. **8** 164 Ziff. 237 b, RJA. **9** 51 (KG.). § 881 betrifft lediglich den Fall eines gleichzeitig mit der Belastung gemachten Vorbehalts; sie handelt nur von der einseitigen Befugnis des Eigentümers, sich ein Recht vorzubehalten, die nach der Eintragung ohne den Vorbehalt gemäß § 19 GBO. nicht mehr bestehen kann. Dem Bedürfnisse, nach Eintragung der Belastung die Rangstelle zu sichern, wird durch Eintragung einer Rangvormerkung genügt (Planck Anm. 2a, Predari 343, 606, Turnau-Förster Anm. II 1 Abs. 2, v. Staudinger Anm. 2; aM. Fuchs Anm. 3, Güthe zu § 46 Anm. 21). S. JDR. **1** zu § 880 Ziff. 5. c) BayRpflZ. **07** 352, SeuffBl. **07** 1050 (München). Die Erklärung des Hypothekengläubigers, zugunsten einer künftigen, beliebig hohen Schuld des Eigentümers im Range zurückzutreten, eignet sich nicht zur Eintragung als Rangvorbehalt. Sie kann aber die Ermächtigung für den Eigen-

tümer enthalten, namens des Gläubigers die Eintragung der Rangänderung zugunsten der Hypothek des neuen Gläubigers zu bewilligen. **d)** Die Entsch. JDR. **5** zu § 881 Ziff. 1 auch abgedruckt ZBlFG. **7** 589.

2. Verfügung über den Rangvorbehalt. **a)** **RG.** 19. 6. 07, R. **07** 1137 Ziff. 2738, BayRpflZ. **07** 432, ZBlFG. **8** 362 Ziff. 445. Ein bei einer Hypothek für den Eigentümer eingetragener Rangvorbehalt bildet ein vollendetes dingliches Recht des Eigentümers, das fest mit dem Eigentume verbunden ist und für sich allein nicht gepfändet und daher auch nach § 400 BGB. nicht übertragen werden kann. Dies gilt dagegen nicht, wenn lediglich ein persönlicher Anspruch des Eigentümers auf künftigen Rücktritt einer Hypothek hinter einer neu einzutragenden Hypothek begründet ist, und zwar auch dann nicht, wenn zur Erhaltung dieses persönlichen Anspruchs eine Vormerkung eingetragen ist. Ein solcher persönlicher Anspruch unterliegt daher nicht der Abtretungsbeschränkung; er ist nicht unlöslich vom Eigentume, der Eigentümer kann vielmehr darüber zugunsten des Inhabers der Hypothek, welcher der Vorrang eingeräumt werden soll, frei verfügen. **b)** RJA. **8** 53, ZBlFG. **7** 791 (KG.). Die Pfändung der Rechte aus dem Rangvorbehalt ist unzulässig. Denn die zufolge des Rangvorbehalts dem Eigentümer vorbehaltene Befugnis ist kein selbständiges Recht, sondern nur ein Ausfluß und untrennbarer Teil des Eigentumsrechts. Nur mit dem Eigentume zusammen kann also über den Rangvorbehalt verfügt werden; auch die Übertragung der Ausübung ist nicht möglich. **c)** **RG.** 5. 10. 07, R. **07** 1312 Ziff. 3252. Hat sich ein Grundstückseigentümer einem anderen gegenüber verpflichtet, über einen im Grundbuch eingetragenen Rangvorbehalt ohne Zustimmung des anderen nicht zu verfügen, so ist diese Vereinbarung obligatorisch wirksam und ist an sie, wenn der Grundstückseigentümer in Konkurs gerät, auch der Konkursverwalter, der hier nicht ein Dritter ist, gebunden. Das RG. läßt dahingestellt, ob der Konkursverwalter trotz der vom Gemeinschuldner übernommenen und ins Grundbuch eingetragenen Verpflichtung, über den Rangvorbehalt nicht ohne Zustimmung des anderen zu verfügen, nicht doch auch ohne diese Zustimmung rechtswirksam zugunsten eines Dritten über den Vorbehalt dinglich verfügen könnte. **d)** S. auch JDR. **1** zu § 880 Ziff. 4.

3. Erlöschen des Rangvorbehalts. **RG.** 5. 10. 07, JW. **07** 703 Ziff. 4. Der Rangvorbehalt erlischt mit dem Zuschlage, wenn er bis dahin weder durch den Berechtigten noch durch den Konkursverwalter besetzt ist.

§ 883. 1. Wesen und Wirkungen der Vormerkung. **a)** R. **07** 449 Ziff. 882, OLG. **14** 69, ZBlFG. **7** 738 Ziff. 631 a (Dresden). Der Zweck der Vormerkung besteht nur in der Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Änderung des dinglichen Rechtsstandes. Dinglichen Charakter besitzt die Vormerkung höchstens insofern, als sie dem persönlichen Anspruche die zur Zeit ihrer Verlautbarung offene Rangstelle vorbehält. Aber immer bildet ihre Voraussetzung und ihre Unterlage dasjenige das Grundstück belastende Recht, zu dessen Sicherung sie dienen soll; sie ist lediglich ein formeller Rechtsbehelf behufs künftiger dinglicher Verwirklichung des persönlichen Anspruchs. **b)** ZBlFG. **8** 358 Ziff. 419, OLG. **15** 268 (KG.). Vormerkung auf Auflassung gibt kein dingliches Recht, bewirkt nur relative Unwirksamkeit gegenteiliger Verfügungen und verschafft der Übereignungserklärung des Schuldners dem späteren Erwerber gegenüber die Wirkung der Auflassung eines eingetragenen Eigentümers; doch hat der spätere Erwerber auch nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners dessen Einwendungen aus dem persönlichen Rechtsverhältnisse. S. JDR. **1** zu § 883 Ziff. 1, **4** zu § 883 Ziff. 1. **c)** **RG.** 6. 3. 07 **65** 260, R. **07** 766 Ziff. 1652 u. 1138 Ziff. 2739, JW. **07** 256 Ziff. 16. Die dingliche Wirkung, die eine Vormerkung zur Sicherung eines künftigen Hypothekeneintrags in einzelnen Richtungen (§§ 892, 883 Abs. 3) äußert, ist immer nur unter der selbstverständlichen Bedingung gegeben, daß die zu sichernde

Hypothek in Zukunft wirklich in rechtsgültiger Weise begründet wird. In dem Augenblicke, wo der Nichteintritt dieser Bedingung gewiß ist, wird die Vormerkung mit allen ihren Wirkungen hinfällig; es entsteht insbesondere keine Eigentümerhypothek. Ebenso die Berufungsinstanz, das OLG. Dresden v. 9. 4. 06, Sächs. RpflA. **07** 432. Der Ansicht des RG. hat sich jetzt auch Oberneck, LeipzZ. **1** 383 — im Gegensatze zu seinem Grundbuchrechte I 644 ff., 660 ff. — angeschlossen (s. auch schon früher GruchotsBeitr. **47** 322 ff.). Er hebt hervor, daß diese Ansicht dem Systeme der festen Stellen nicht widerspricht, weil die Vormerkung die Rangstelle nur unter der Voraussetzung der späteren Entstehung des zu schützenden Rechtes bewahrt. **d)** R. **07** 380 Ziff. 768, OLG. **14** 69 (Dresden). Die Vorschriften über die Eigentümerhypothek und -grundschuld sind auf Vormerkungen nicht anwendbar. **e)** Bruck, ElsLothNotZ. **07** 97 ff., „Drei Streitfragen über die Vormerkung." α) In Elsaß-Lothr. muß die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Hypothekenbestellung in notarieller Urkunde bewilligt werden, weil diese Form nach § 106 ElsLothAGBGB. auch für die Hypothekenbestellung gilt. β. Die vorgemerkte Hypothek ist fähig, zur Eigentümerhypothek zu werden. γ. Wenn ein gütergemeinschaftlicher Ehemann eine Auflassungsvormerkung erwirbt und die Eintragungsbewilligung nur zu seinen Gunsten lautet, so muß das Grundbuchamt darauf hinwirken, daß die Bewilligung für beide Ehegatten ausgestellt wird, weil sonst das Grundbuch unrichtig würde. S. dazu Hochschild, ebenda 153 ff., der die ersten beiden Fragen im entgegengesetzten Sinne beantwortet. Vgl. JDR. **1** zu § 883 Ziff. 7, **2** zu § 883 Ziff. 7, zu § 1163 Ziff. 2, **3** zu § 883 Ziff. 9, **4** zu § 883 Ziff. 8. **f)** *Herold, ZBlFG. **8** 228 ff., 347. Vormerkungen sperren das Grundbuch nicht; auch nicht gegen Löschungen. Sie verlangen als Grundlage unbedingt entstandene, aus dem Grundbuch ersichtliche dingliche Rechte mit der einzigen Ausnahme des § 1179 BGB. Deshalb kann der Anspruch auf Übertragung einer künftigen Eigentümergrundschuld nicht vorgemerkt werden.

2. Zulässigkeit der Vormerkung (s. die Zusammenstellung bei v. Staudinger-Kober Anm. II). **a)** Subjektiv-dingliche Vormerkung. JustdRundsch. **2** 19 (München). Eine Auflassungsvormerkung ist auch dann zulässig, wenn dem Berechtigten das Recht eingeräumt ist, das Grundstück für den Fall, daß es der Eigentümer verkaufen will, für einen bestimmten Preis zu erwerben. Denn es handelt sich dabei um einen künftigen Anspruch. Zwar ist der Entschluß, zu verkaufen, in die Willkür des Eigentümers gestellt, dieser aber befindet sich, wenn er den Entschluß betätigen will, in einer tatsächlichen Gebundenheit. Dagegen ist unzulässig, die Vormerkung zugunsten des A. und seiner Rechtsnachfolger im Eigentum eines bestimmten Grundstücks einzutragen. Unbedenklich ist zwar, daß jemand sich zugunsten des derzeitigen Eigentümers eines Grundstücks oder auch zugunsten dessen, der zu einer bestimmten Zeit Eigentümer eines bestimmten Grundstücks sein wird, etwas versprechen läßt; in beiden Fällen liegt ein Vertrag zugunsten eines Dritten und eine genügende Bezeichnung dieses Dritten im Sinne des § 328 BGB. vor. Jedoch erscheint es nicht angängig, daß für eine ganze unendliche Reihe von heute noch unbestimmten Personen, die nur als „jeweilige Eigentümer eines Grundstücks" bezeichnet werden, ohne ausdrückliche gesetzliche Erlaubnis in einem Vertrage Rechte begründet werden. Eine solche gesetzliche Erlaubnis ist in den §§ 1018, 1094 Abs. 2, 1105 Abs. 2 BGB. für Grunddienstbarkeiten, dingliche Vorkaufsrechte und Reallasten gegeben; sie findet sich aber nirgends im Buche der Schuldverhältnisse, ausgenommen die Sonderbestimmungen über die Inhaberschuldverschreibungen. Abgesehen von diesen Ausnahmen ist eine subjektiv-dingliche Berechtigung weder im Sachenrechte, noch im Rechte der Schuldverhältnisse zulässig. Wollte man aber aus der Ähnlichkeit einer Auflassungsvormerkung, der ein Anspruch auf Erwerb zu einem bestimmten

Preise zugrunde liegt, mit dem Vorkaufsrechte folgern, daß nach Analogie des § 1094 Abs. 2 BGB. ein derartiger Anspruch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestellt werden kann, so müßte auch § 1103 Abs. 2 BGB. Anwendung finden, d. h. es wäre unzulässig, die Vormerkung für eine bestimmte Person (A.) und zugleich für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks einzutragen. A. erreicht den von ihm gewollten Erfolg dadurch, daß er beim Verkaufe seines Grundstücks den Anspruch mit der Vormerkung auf den Erwerber überträgt. Siehe auch zu § 1179 und JDR. **5** zu § 883 Ziff. 4, zu § 1179 Ziff. 3 a, b. Vgl. ferner Dernburg, Sachenrecht (4) 747 Anm. 15. **b)** Vormerkung eines Anfechtungsanspruchs. α. **RG.** 5. 11. 07, R. **07** 1466 Ziff. 3656, JW. **07** 833 Ziff. 11. Ist auf Grund des Anfechtungsgesetzes der Eigentumsübergang hinsichtlich eines Grundstücks angefochten, so ist zur Sicherung der demnächstigen Durchführung des Anfechtungsanspruchs eine Grundbucheintragung dahin, daß der Eigentumsübergang zugunsten des Anfechtungsgläubigers angefochten sei, weder als die Eintragung einer Vormerkung noch als die Eintragung eines Widerspruchs rechtlich zulässig. Für eine Vormerkung — § 883 BGB. — ist kein Raum, weil die Gläubigeranfechtung weder einen Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums an den Schuldner, noch etwa auf Bewilligung der Eintragung einer Hypothek für den anfechtenden Gläubiger oder einen sonstigen Anspruch auf Einräumung eines dinglichen Rechtes gewährt (vgl. **RG.** [Zivils.] **60** 424.) Auch die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs fehlen, da ein solcher nach §§ 892, 894 BGB. nur gefordert werden kann von dem, für den ein der Eintragung fähiges, aber noch nicht oder noch nicht richtig eingetragenes Recht besteht, oder dessen Recht durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist. Dagegen steht nichts im Wege, gemäß §§ 935, 938 Abs. 2 ZPO. eine einstweilige Verfügung dahin zu erlassen, daß dem eingetragenen Eigentümer die Weiterveräußerung oder Belastung des Grundstücks untersagt wird. Daß auch die Eintragung einer solchen durch einstweilige Verfügung angeordneten Verfügungsbeschränkung zulässig ist, ergibt sich aus §§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB. Vgl. JDR. **4** zu § 883 Ziff. 4. β. R. **07** 831 Ziff. 1842, BadRpr. **07** 169 (Karlsruhe). Urteile, die auf Grund des AnfG. ergehen, berechtigen nicht zur Erwirkung einer Vormerkung. Ebenso Dresden 27. 10. 05 SächsRpflA. **06** 540, ZBl. FG. **7** 537 Ziff. 447 u. Schneider, LeipzZ. **07** 715. — Dagegen ist die Sicherung eines Anfechtungsanspruchs nach §§ 29 ff. KO. durch Vormerkung zulässig (Hamburg 2. 7. 06, HansGZ. **06** Beibl. 279, ZBlFG. **7** 537). γ. NaumburgAK. **07** 23, ZBlFG. **7** 840 Ziff. 780 (Naumburg). Die Anfechtung auf Grund des AnfG. ist nicht auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an dem durch die anfechtbare Handlung veräußerten Vermögensstücke gerichtet, sondern bezweckt nur die Gewährung der Möglichkeit zur Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand und die Verurteilung des Anfechtungsbeklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung. Eine Vormerkung zur Sicherung eines Anfechtungsanspruchs ist daher unzulässig. S. JDR. **3** zu § 883 Ziff. 10, **4** zu § 883 Ziff. 4 a, **5** zu § 883 Ziff. 2 c. **c)** Vormerkung eines Wiederkaufsrechts. α. OLG. **14** 71, ZBlFG. **7** 739 Ziff. 633 (KG.). Beim Wiederkaufsrechte besteht nach der herrschenden Meinung der Anspruch auf Übereignung des verkauften Grundstücks schon vor der Ausübung, so daß er bereits vor der Begründung des Wiederkaufsrechts durch Vormerkung gesichert werden kann (Planck Anm. 1 d, Predari 197, Bendix, JW. **04** 602; aM. Turnau-Förster I 514, Güthe I 512[7]). Der Sicherung durch Vormerkung fähig ist aber immer nur ein Anspruch gegen den Käufer. Ein Wiederkaufsrecht des Inhalts, daß auch ein Dritterwerber zum Wiederverkauf an den Verkäufer oder an einen anderen verpflichtet wäre, ist unzulässig und daher auch nicht vormerkungsfähig. S. auch JDR. **2** zu § 883 Ziff. 4 b, **3** zu § 883 Ziff. 11, **4** zu § 883

Ziff. 6, 5 zu § 883 Ziff. 3. β. WürttZ. **07** 169 (LG. Ulm). Die Unterscheidung zwischen dem Wiederkaufsrecht im engeren Sinne, d. h. dem Rechte, durch Erklärung gegenüber dem Käufer den Wiederkauf zustande zu bringen, und dem Wiederkaufsrecht im weiteren Sinne, d. h. dem durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums, ist künstlich und unpraktisch. Das Wiederkaufsrecht ist vielmehr der gleichzeitig mit dem ersten Verkauf und durch den gleichen Vertrag begründete Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums. Seine Geltendmachung kann durch besondere vertragsmäßige Vereinbarungen bedingt sein, und seine Wirksamkeit hängt stets von der Erklärung des Berechtigten, ihn geltend machen zu wollen, ab. Dieser Anspruch kann von seiner Begründung an, also schon vor Eintritt seiner Wirksamkeit, durch Vormerkung geschützt werden, weil er auf Übertragung des Eigentums gerichtet ist. **d)** Vormerkung der Unterwerfungsklausel. α. ElsLothNotZ. **07** 92 (LG. Colmar). Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung betrifft nicht nur die prozessuale Vollstreckungsbefugnis, sie gehört vielmehr auch zu dem materiellen Inhalte der Hypothek, bei der sie eingetragen wird, und ist daher vormerkungsfähig (ebenso OLG. Colmar 6. 11. 05, ElsLothNotZ. **25** 363 u. 11. 8. 06, OLG. **13** 196, OLG. München 7. 9. 01, **3** 295, KG. 31. 12. 00, R. **01** 205, Oberneck, DNotVZ. **01** 528; aM. Predari 244, Seckler, Vorm. 27, Bendix, GruchotsBeitr. **49** 299 Anm. 27). β. ElsLothNotZ. **07** 85, ZBlFG. **7** 840 Ziff. 778 (LG. Colmar). Die Eintragung der Vormerkung des Anspruchs auf Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung gleichzeitig mit der Eintragung einer Höchsthypothek ist nur zulässig, wenn zugleich die Vormerkung des Anspruchs auf Umwandlung der Höchsthypothek in eine Hypothek zu bestimmtem Betrage bewilligt und beantragt wird. Denn die Unterwerfungsklausel, die sich als Nebenrecht stets an ein Hauptrecht anlehnen muß, ist bei einer Höchsthypothek als solcher nicht zulässig, da diese den Voraussetzungen des § 794 Ziff. 5 ZPO. nicht entspricht. Wird aber der Umwandlungsanspruch vorgemerkt, so fehlt es nicht mehr an einem solchen Hauptanspruche. γ. R. **07** 888 Ziff. 2036, OLG. **14** 136 (Colmar). Bei einer Höchstbetragshypothek ist eine Vormerkung des Anspruchs auf Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung nicht eintragbar, weil die Vollstreckungsklausel nur Nebenrecht einer Hypothek zu bestimmtem Betrag ist, ihre Vormerkung daher ohne Vormerkung des Hauptrechts der Hypothek zu bestimmtem Betrage selbst wertlos ist. Dieses Recht stellt für sich allein weder ein Recht an dem Grundstücke, noch ein Recht an einem das Grundstück belastenden Rechte dar, noch enthält es die Änderung des Inhalts eines bereits bestehenden Rechtes. S. JDR. **3** zu § 883 Ziff. 12 g, **5** zu § 883 Ziff. 2 a, b. **e)** Vormerkung eines Pfandrechts. α. Die Entsch. des KG. in JDR. **5** zu § 883 Ziff. 7 auch KGJ. **33** A 280, R. **07** 976 Ziff. 2309. β. OLG. **14** 70, ZBlFG. **7** 738 Ziff. 631 b, KGJ. **33** A 272 (KG.). Inhaltlich unzulässig ist eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung der Pfändung und Überweisung einer Hypothek, da ein solcher Anspruch nicht ein Anspruch auf Einräumung eines Rechtes ist. S. JDR **3** zu § 883 Ziff. 12 b. **f)** Andere Fälle. α. SeuffBl. **07** 172, SächsOLG. **28** 134, ZBl. FG. **7** 739 Ziff. 632 (Dresden). Das dem Hypothekengläubiger vom Eigentümer eingeräumte Recht, jederzeit die Umwandlung der für ihn eingetragenen Buchhypothek in eine Briefhypothek oder umgekehrt verlangen zu können, hat die Änderung des Inhalts der Hypothek zum Gegenstand und ist daher der dinglichen Sicherung durch Vormerkung zugängig. Dagegen ist eine unmittelbare Eintragung dieses Rechtes — als Nebenbestimmung der Hypothek — unzulässig. β. ZBlFG. **8** 263 Ziff. 300, KGBl. **07** 95 (KG.). Die Eintragung einer Vormerkung des Inhalts, daß der Grundstückseigentümer vertragsmäßig behindert ist, das Grundstück ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zu verkaufen, ist unzulässig. γ. R. **07** 1255

Ziff. 3052 (KG.). Die Eintragung einer Vormerkung dahin, daß der Grundstücks-eigentümer nicht berechtigt ist, das Grundstück ohne Zustimmung eines Dritten zu verkaufen, ist unzulässig. δ. R. **07** 1260 Ziff. 3091, ZBlFG. **8** 359 Ziff. 420 (KG.). Die Eintragung einer Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf lasten- und schuldenfreie Auflassung der verkauften Flächen ist unzulässig. ε. ElsLothJZ. **07** 81 (Colmar). Eine Vormerkung kann nicht zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Zwangshypothek eingetragen werden. S. JDR. **2** zu § 883 Ziff. 4 a. ζ. KGJ. **34** A 240, R. **07** 976 Ziff. 2308 (KG.). Derjenige, der einen Anspruch an den Hypothekengläubiger und den Eigentümer darauf hat, daß die Hypothek künftig einzutragenden Rechten gegenüber im Range zurücktritt, kann die Verwirklichung dieses Anspruchs gegenüber künftigen, die Hypothek betreffenden Eintragungen dadurch sichern, daß eine Vormerkung eingetragen wird. η. ElsLothNotZ. **07** 382 (Colmar). Der Kaufvertrag auf Übertragung des Anteils eines Miterben an einem zu einem Nachlasse gehörigen Grundstück ist selbst dann ungültig, wenn ihm alle Erben zustimmen. Es kann demgemäß zur Sicherung des dem Käufer aus diesem Vertrag entstehenden Anspruchs eine Vormerkung nicht eingetragen werden. ϑ. Grabener, GruchotsBeitr. **51** 524. Aus der vollzogenen Wandelung im Sinne des § 465 BGB. kann unter Umständen das Recht auf Eintragung einer Vormerkung herzuleiten sein.

3. Vormerkung für bedingte und künftige Ansprüche. OLG. **15** 334 (KG.). Allerdings gestattet das BGB. die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs. Ein bedingter Anspruch kann aber dann nicht als genügend erachtet werden, wenn der Eintritt der Bedingung von der freien Willkür des bedingt Verpflichteten abhängt (Staudinger zu § 883 BGB.; Turnau-Förster I 216).

4. Umschreibung der Vormerkung. Reichel, R. **07** 1510 ff. a) Eintragungs unfähig sind: Modalitätsänderungen des vorgemerkten Anspruchs. b) Eintragungs fähig sind: α. Übertragung, Verpfändung, Pfändung, Nießbrauchsbelastung des vorgemerkten Anspruchs; β. absolute oder relative Verfügungsbeschränkungen des Gläubigers in Ansehung des Anspruchs; γ. gegenständliche Erweiterungen und Beschränkungen des Anspruchs; δ. die Fälle der Hypothekensubstitution, auch wenn die Post zurzeit nur eine vorgemerkte ist. c) Eintragungs bedürftig sind: α. Inhaltsänderungen des Vormerkungsschutzes (soweit solche zulässig); β. Rangänderungen der vorgemerkten Post. S. auch JDR. **4** zu § 883 Ziff. 2.

5. Der öffentliche Glaube bezüglich der Vormerkung. *Simon aaO. bekämpft die Ansicht Strohals (Leipz. Dekanatsprogramm 1904), dem Vorgemerkten komme der öffentliche Glaube des Grundbuchs zustatten. S. JDR. **3** zu § 883 Ziff. 2, 3, 4, **4** zu § 883 Ziff. 3.

§ 885. SächsOLG. **27** 259, ZBlFG. **7** 537 Ziff. 448 (Dresden). Die auf Eintragung einer Vormerkung für eine Sicherungshypothek gerichtete einstweilige Verfügung ist — wenn, was zulässig ist, der Antrag von vornherein an das Grundbuchamt gerichtet gewesen und an dieses gelangt ist, auch die Eintragung einer Vormerkung mitumfaßt — ohne weiteres zu vollziehen (§§ 929, 936 ZPO.); besonderer Vorlegung einer Ausfertigung der Verfügung bedarf es in einem solchen Falle nicht (§ 929 Abs. 3 ZPO.).

§ 888. 1. a) Fuchs, R. **07** 797 ff. Wenn auf dem Grundstücke des B. für A. und später für C. eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung eingetragen ist, so kann, wenn das Grundstück dem A. aufgelassen und dieser als Eigentümer eingetragen ist, sowohl A. wie auch B. gegen C. auf Löschung der Vormerkung klagen. Solange noch B. Eigentümer ist, kann er gegen C. höchstens eine Feststellungsklage anstrengen, weil die Vormerkung zugunsten des C. zu Recht besteht, solange B. noch Eigentümer ist. b) *Weber, DNotZ. **07** 252 ff. Löschung des Rechtes selbst unter Aufrechterhaltung der Eintragung der Vormerkung ist unzulässig.

2. R. **07** 976 Ziff. 2310 (KG.). Zur Verfügung über eine Eigentümerhypothek ist, wenn bei der Hypothek eine Vormerkung auf Löschung im Falle der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person eingetragen ist, die Bewilligung des Vormerkungsberechtigten nicht erforderlich.

§ 889. *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 24 ff. 1. Wesen und Wirkungen der Eigentümerdienstbarkeit: Die Dienstbarkeit am eigenen Grundstücke stellt sich als ein ebenso vollkommenes Recht dar, wie die Fremddienstbarkeit, der Eigentümer hat ein zweites dingliches Recht an seinem Grundstück (anders die herrschende Meinung). Wie jede andere Dienstbarkeit äußert sie sich gegenüber anderen an dem Grundstücke bestehenden vor-, gleich- oder nachgehenden dinglichen Belastungen und auch ohne Rücksicht auf solche und selbst dann, wenn sie die einzige Belastung des Grundstücks ist. Sie kann sich allerdings nicht gegenüber dem Eigentum äußern, aber das kann die Dienstbarkeit am herrenlosen Grundstück auch nicht. An ihrer Absolutität hat sie nichts eingebüßt, sie richtet sich gegen jeden Dritten ohne Ausnahme; daß sie sich nicht gegen den Eigentümer richtet, rührt eben daher, daß dieser, weil mit dem Dienstbarkeitsberechtigten identisch, gar nicht Dritter ist. 2. Die Eigentümerdienstbarkeit in der Zwangsvollstreckung 33 ff. 3. Über die Neubegründung von Rechten an eigenem Grundstücke vgl. Ziff. 3 zu § 1018.

§ 890. Die Entsch. des KG. — JDR. **5** zu § 899 Ziff. 4 — auch DNotVZ. **07** 133.

§ 891. ZBlFG. **7** 839 Ziff. 769 (Cöln). Die im § 891 aufgestellte Rechtsvermutung ist schlechthin an die Tatsache der Eintragung im Grundbuche geknüpft. Der Mangel einer formalen Voraussetzung für die Eintragung scheidet die Anwendbarkeit des § 891 noch keineswegs aus. Vielmehr deuten Wortlaut des § 891 und seine Tendenz, Eintragungen im Grundbuch als richtig erscheinen zu lassen und damit die Sicherheit im Rechtsverkehre zu heben, darauf hin, daß das bloße Bestehen der Eintragung für das Platzgreifen der Vermutung entscheiden soll. Die Vermutung besteht daher so lange, bis die Eintragung im Wege des Beschwerde- oder Berichtigungsverfahrens geändert ist, wenn auch bei der Eintragung die gesetzlichen Erfordernisse nicht gehörig berücksichtigt worden sind (Turnau-Förster, Schlußnote zu § 891 BGB.). Der Mangel einer formellen Voraussetzung für die Eintragung kann für die Vermutung des § 891 BGB. freilich insoweit von Belang werden, als sich aus diesem Mangel die Unrichtigkeit der Eintragung ergibt, da in solchem Falle die an sich Platz greifende Vermutung durch den Gegenbeweis ihrer Unrichtigkeit entkräftet wird.

§ 892. I. Inhalt des Grundbuchs. 1. PosMSchr. **07** 68, OLG. **15** 335 (Königsberg). Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nicht auf die Angaben des Bestandsverzeichnisses, gleichgültig, ob es sich um den Umfang des Grundstücks oder um eine Parzellenverwechselung handelt. S. JDR. **1** zu § 892 Ziff. 4, **2** zu § 892 Ziff. 1, **3** zu § 892 Ziff. 2, **4** zu § 892 Ziff. 1, **5** zu § 892 Ziff. I 1.

2. R. **07** 183 Ziff. 299, PosMSchr. **06** 156 (Posen). Als Inhalt des Grundbuchs ist nicht eine einzelne Eintragung, sondern die Gesamtheit aller Eintragungen im Grundbuch anzusehen. Stehen verschiedene Eintragungen im Widerspruche miteinander, so kommt demjenigen, der nur die eine kannte, der Glaube, daß sie nur allein vorhanden sei, nicht zustatten; die verschiedenen Eintragungen heben sich vielmehr gegenseitig auf.

3. **RG.** 29. 9. 06, GruchotsBeitr. **51** 609. Eintragungen in öffentliche Bücher des früheren Grundbuchrechts stehen von dem Zeitpunkt an, in dem diese als Grundbücher im Sinne der Reichsgesetze gelten, den unter der Herrschaft des neueren Rechtes erfolgten Eintragungen gleich und sind Grundbuchinhalt gemäß § 892.

4. **RG.** 29. 9. 06, BadRpr. **07** 9. Als Grundbuch im Sinne der Reichsgesetze gelten die neuen Grundbücher in Verbindung mit den fortgeführten früheren Grund- und Pfandbüchern. Demgemäß sind auch alle Eintragungen in diese, gleichviel ob sie zeitlich weit zurückliegen oder sonst von einer Beschaffenheit sind, daß ihr Auffinden oder Verständnis mit Mühen und Weiterungen verknüpft ist, als „Eintragungen im Grundbuch" anzusehen; es muß sie also jeder ohne weiteres gegen sich gelten lassen.

5. **RG.** 2. 3. 07, R. **07** 1130 Ziff. 2740, ZBlFG. **8** 358 Ziff. 416. Allgemeinverständlichkeit der Eintragungsworte ist keine Voraussetzung dafür, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs wirkt. Vielmehr ist eine Eintragung gegen jedermann mit dem Inhalte wirksam, der sich nach der Gesetzes- und Rechtssprache aus den Worten des Eintragungsvermerks ergibt.

II. Nichtrechtsgeschäftlicher Erwerb. R. **07** 449 Ziff. 885, OLG. **14** 107 (Dresden). Die Vorschrift des § 892 bezieht sich nur auf den Erwerb durch Rechtsgeschäft; bei Erwerb durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung kommt es auf den Willen und den guten oder bösen Glauben des Erstehers nicht an, dieser erwirbt vielmehr das Grundstück in dem Umfang, in dem es zum Gegenstande der Versteigerung und des Zuschlags gemacht worden ist. Ist dieser Umfang in einer bestimmten Richtung streitig und wird dies bei der Versteigerung ausdrücklich hervorgehoben und die endgültige Beseitigung des Streites der künftigen Entscheidung des Prozeßrichters überlassen, so kann insoweit der Umfang des Erwerbes des Erstehers sich nur nach den Grenzen bestimmen, in denen nach der schließlichen Entscheidung im Rechtsstreite der Gegenstand der Zwangsversteigerung sich erstreckte.

III. Grenzen des öffentlichen Glaubens. 1. ZBlFG. **7** 537 Ziff. 449, SeuffA. **61** 460 (Braunschweig). Der öffentliche Glaube des Grundbuchs schützt nur gegen Mängel des Verfügungsrechts des Eingetragenen; er verleiht dessen Verfügungen keine Wirkungen, die sie nach Wille und Erklärung nicht äußern sollen.

2. BayRpflZ. **7** 48, BayOLG. **07** 484 (ObLG. München). Ein vertragsmäßiger Hypothekentitel wirkt nicht gegen Dritte, die vor der Eintragung der Hypothek das Eigentum an dem zu belastenden Grundstück erworben haben.

3. ZBlFG. **7** 737 Ziff. 623, PosMSchr. **06** 156 (Posen). Rechtserwerb an einem Bestandteile des Nachlasses ist, auch wenn er (fälschlich) als Miteigentum an einem Bruchteil eines Nachlaßgrundstücks im Grundbuche zur Eintragung gelangt, begrifflich unmöglich und unwirksam. Der gute Glaube des § 892 BGB. schützt nur den Gesamtinhalt des Grundbuchs; beim Widerspruche mehrerer Eintragungen kann man sich nicht darauf berufen, daß man nur die eine gekannt habe. Man kann sich demnach auch nicht darauf berufen, daß der Veräußerer des Nachlaßgrundstücksteils zu einem Bruchteile (fälschlich) eingetragen war, wenn zugleich aus dem Grundbuche hervorging, daß er auf Grund Erbrechts eingetragen war.

4. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Bei den auf innerer Wahrscheinlichkeit beruhenden Fiktionen muß ebenso wie bei anderen Fiktionen wissenschaftlich Fiktionsbesitz vom fingierten Tatbestande geschieden werden; daher erlangt der unberechtigt Verfügende nicht die dem fingierten Tatbestande zugrunde liegende Rechtsstellung, so erhält z. B. der Veräußerer kein Recht.

IV. Abs. 1 Satz 2. Verfügungsbeschränkungen. 1. *Weber, DNotZ. **07**. a) 241 ff. Die Verfügungsbeschränkungen zugunsten einer bestimmten Person beruhen entweder in der Natur des Rechtes, das sie dinglich beschränken, oder auf einem außerhalb des Rechtes liegenden Veräußerungsverbote. Die Eintragungsfähigkeit jener ergibt sich aus dem Rechtsverhältnisse selbst und ihrer dinglichen Natur. Wenn ferner bei einer einzelnen Verfügungsbeschränkung bestimmt wird, „daß die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem

Nichtberechtigten herleiten, Anwendung finden, oder daß die Vorschrift des § 892 unberührt bleibt, so wird dadurch stets der § 892 Abs. 1 für anwendbar, mithin die Verfügungsbeschränkung zu einer der im § 892 Abs. 1 bezeichneten Art erklärt. Andere Verfügungsbeschränkungen sind der Eintragung weder fähig noch bedürftig, erhalten namentlich nicht durch § 892 Eintragungsfähigkeit. Eintragungsfähig und -bedürftig sind daher die Verfügungsbeschränkungen dinglicher Natur in den Fällen der §§ 161 ff., 1444 ff., 2113 f., 2211 BGB. und der Fideikommißeigenschaft, ferner die Veräußerungsverbote in den Fällen der §§ 6, 7, 15, 106 KO., 1984 BGB., 325, 935, 938 Abs. 2, 829, 930 ZPO., 20, 23, 148 ZVG., 325, 326 StPO. **b)** 252 ff. Eine grundsätzliche Sperre des Grundbuchs durch Verfügungsbeschränkungen ist zwar in Mot. III 219 ausdrücklich abgelehnt. Andererseits kann aber ein allgemeiner Grundsatz, daß durch Verfügungsbeschränkungen eine Sperre nicht hervorgerufen werde, nicht anerkannt werden. Es kommt vielmehr auf die Art der Verfügung und das Wesen der Verfügungsbeschränkung an. Eine Löschung des Rechtes, dem eine Verfügungsbeschränkung anhaftet, insbesondere eine Löschung des Rechtes unter Aufrechterhaltung der Eintragung der Verfügungsbeschränkung ist unzulässig. Dasselbe gilt für Löschung eines Rechtes, bei welchem eine Vormerkung oder ein Widerspruch eingetragen ist. Bedingung, Befristung und Nacherbschaft (ebenso Vormerkung) bedeuten nur eine Beschränkung insoweit, als die Verfügung ihre Wirkung beeinträchtigen oder vereiteln würde, hindern daher eine Verfügung nicht. Dagegen wird durch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers dem Erben, durch die Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis nicht nur beschränkt, sondern entzogen und einem anderen übertragen, das Grundbuch mithin gegen Verfügungen des Erben und des Gemeinschuldners gesperrt (für die Konkurseröffnung ebenso Eccius, GruchotsBeitr. **50** 481, dagegen neuerdings wieder das KG., RJA. **8** 47). Dasselbe gilt für den Erben bei Anordnung der Nachlaßverwaltung, für den Ehemann bei Gütergemeinschaft und grundsätzlich — mit wenigen Ausnahmen — für den Fideikommißbesitzer. Dagegen tritt infolge anderer außerhalb des Rechtes liegender Veräußerungsverbote keine Sperre ein.

2. *Herold, ZBlFG. **8** 213 ff., 345 ff. Aufschiebend bedingte Rechte treten der Regel nach im Grundbuchrechte nur als Beschränkung des auflösend bedingten Rechtes im Sinne von § 892 BGB. hervor. Dies gilt namentlich auch für Nacherbrechte. Der Vermerk der Beschränkung ist aber notwendig, ohne ihn ist das Grundbuch unrichtig und bis zu ihm der aufschiebend Berechtigte als betroffen im Sinne von §§ 19, 40 GBO. anzusehen. Da der Vermerk nur die nach Anfall des Rechtes an den Nachberechtigten nötige Berichtigung offen halten soll und auf das Verfügungsrecht des auflösend bedingt Berechtigten ohne allen Einfluß ist, sperrt er das Grundbuch nicht, selbst nicht gegen Löschungen (vgl. aber hierzu Ziff. 5 zu § 1190 BGB.).

3. **a)** RheinAKV. **06** 171 (LG. Cleve). Eine Verfügungsbeschränkung hinsichtlich einer Hypothek zugunsten eines Dritten in Höhe einer bestimmten Summe kann nicht getroffen werden, weil sie dem § 137 BGB. widerspricht; sie ist daher auch nicht eintragungsfähig. **b)** SeuffBl. **07** 456 (LG. München). Sowohl die Pfändung als auch die Verpfändung eines Erbanteils kann als Verfügungsbeschränkung des betroffenen Miterben in die II. Abteilung des Grundbuchs eingetragen werden.

§ 893. Brinck (s. zu § 1163) 178. Wenn der bisherige Eigentümer-Gläubiger nach Veräußerung des Eigentums als Gläubiger die Hypothek oder Grundschuld geltend macht, muß er nach § 1137 BGB. die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung sowie die nach § 770 BGB. einem Bürgen zustehenden Einreden sich gefallen lassen. Indessen kommt ihm nach § 893 in Verbindung mit § 1138 BGB. der öffentliche Glaube des Grundbuchs zugute. AM. Planck.

§ 894. I. Zulässigkeit des Berichtigungsanspruchs. 1. a) **RG.** 13. 9. 07, R. **07** 1200 Ziff. 2876. Sind bei einem Grundstücksübertragungsvertrage beide Teile darüber einig, einen bestimmten Grundstücksteil von der Mitveräußerung auszuschließen, und besteht ihr Irrtum lediglich darin, daß sie das übereinstimmend Gewollte durch die von ihnen ebenfalls übereinstimmend abgegebenen Willenserklärungen ausgedrückt zu haben glauben, während in Wirklichkeit das übereinstimmend Erklärte über das übereinstimmend Gewollte hinausgeht, so kommt bezüglich des Teiles, dessen Veräußerung nicht gewollt ist, ein rechtsgültiger Vertrag nicht zustande. Die Eintragung unterliegt insoweit der Berichtigung. Der Dritte, dem dieser Grundstücksteil mit dem Berichtigungsanspruch übertragen ist, erwirbt dadurch zwar nicht das Recht, seine *eigene* Eintragung zu verlangen, wohl aber das Recht, den Wiedereintragungsanspruch des Veräußerers in eigenem Namen geltend zu machen. **b) RG.** 23. 10. 07, R. **07** 1535 Ziff. 3814. Gegenüber einer genau nach der Eintragungsbewilligung bewirkten Eintragung einer Grunddienstbarkeit ist die dingliche Berichtigungsklage nicht aus dem Grunde zulässig, weil die Eintragungsbewilligung nicht dem wirklichen Willen der Parteien, wie er in einer vorhergehenden Vereinbarung zum Ausdrucke gekommen sei, entspreche. Einen dem dinglichen Anspruch ähnlichen Erfolg kann aber der ursprünglich Berechtigte und der Rechtsnachfolger, welchem er den persönlichen Anspruch abgetreten hat, dadurch erzielen, daß er von dem Vertragsgegner mit der persönlichen Klage die Bewilligung einer der Vereinbarung entsprechenden Eintragung in das Grundbuch verlangt. **c) RG.** 27. 4. 07, R. **07** 637 Ziff. 1313. Ist eine Gesamthypothek durch Befriedigung des Gläubigers auf einem der belasteten Grundstücke erloschen und wird die Hypothek an einem der übrigen, dadurch nach § 1181 Abs. 2 BGB. frei gewordenen Grundstücke an einen Dritten abgetreten, der die Sachlage kennt, so kann von diesem der Eigentümer des frei gewordenen Grundstücks die Zustimmung zur Löschung der Hypothek, trotzdem er vorher seine Zustimmung zur Abtretung der Hypothek erklärt hatte, jedenfalls dann verlangen, wenn in dieser Zustimmung nicht ein Verzicht auf den Berichtigungsanspruch liegt.. **d)** ZBlFG. **7** 839 Ziff. 772, OLG. **14** 185 (Celle). Auch dem ohne Angabe von Bruchteilen eingetragenen Miteigentümer steht gegen seine Miteigentümer ein Berichtigungsanspruch auf Eintragung der Bruchteile zu. Die mangelnde Eintragung der Bruchteile steht der Zwangsversteigerung entgegen (§ 17 ZVG.). Um diese zu ermöglichen, wird der Gläubiger alsdann, wenn er nicht schon nach § 14 GBO. vorgehen kann, den Berichtigungsanspruch zu pfänden und durchzuführen haben (§ 837 ZPO.), wodurch er auch das Recht auf Auskunft nach § 836 Ziff. 3 ZPO. erlangt. **e)** ZBlFG. **7** 730 Ziff. 568, DJZ. **07** 300 (KG.). Der Käufer eines Erbanteils tritt in die Erbengemeinschaft ein. Die erwerbenden Miterben können Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des Nachlaßgrundstücks durch Löschung des veräußernden Miterben verlangen.

2. **a)** OLG. **14** 124, R. **07** 890 Ziff. 2063 (Braunschweig). Kann ein Beteiligter auch die Berichtigung des Grundbuchs durch Antrag beim GBA. (§ 22 GBO.) erreichen, so kann er doch auch den Weg der *Klage* beschreiten (§ 894 BGB.). Denn er hat ein Interesse an der Zustimmung des Passivbeteiligten, weil sie ihn der Beschaffung des Nachweises der Unrichtigkeit überhebt und die Berichtigung auf eine möglichst sichere Grundlage stellt. Ob ein Verzicht auf den Berichtigungsanspruch zulässig ist, wird dahingestellt gelassen. **b)** OLG. **14** 76, ZBlFG. **7** 737 Ziff. 624 (KG.). Die Klage auf Grundbuchberichtigung wird, auch wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 22 GBO. vorliegen, schon durch das Bestreiten des Rechtes des Klägers auf Berichtigung gerechtfertigt.

3. OLG. **15** 345 (KG.). Eine Berichtigung im Sinne des § 894 liegt nur vor, wenn der Inhalt des Grundbuchs hinsichtlich des Bestehens, des Umfanges

oder der Gestaltung eines Rechtes am Grundstück, eines Rechtes an einem solchen Rechte oder einer Verfügungsbeschränkung unrichtig ist. Nur auf die Beseitigung einer derartigen Unrichtigkeit findet der § 22 GBO. Anwendung. Die Beseitigung der Unrichtigkeit rein tatsächlicher Angaben des Grundbuchs, wie bloßer Schreibfehler, unzutreffender Bezeichnungen der Personen des Berechtigten u. dergl. kann, da die Änderung für den Inhalt des eingetragenen Rechtes von keiner Bedeutung ist, auch von Amts wegen oder auf formlose Anregung des von der Unrichtigkeit Betroffenen erfolgen (OLG. 8 310 [KG.]).

II. Einwendungen des Beklagten. *v. Brünneck, Gruchots Beitr. **51** 299 ff. Gegenüber der Klage des wahren, aber nicht eingetragenen Eigentümers wegen Berichtigung des Grundbuchs kann der als Eigentümer eingetragene Besitzer eines Grundstücks die Zustimmung zur Berichtigung vor Erstattung der von ihm gemachten Verwendungen mit Erfolg nur dann verweigern, wenn entweder der Kläger die Verwendungen genehmigt oder den Besitz des Gutes erlangt und in diesem verbleibt, ohne es etwa vor geschehener Genehmigung an ihn, den Beklagten, zurückzugeben.

III. Die Abtretung, Verpfändung und Pfändung des Berichtigungsanspruchs. 1. *Herold, ZBlFG. **8** 345 ff. Abtretung, Pfändung oder Verpfändung des Berichtigungsanspruchs als solchen ist rechtlich undenkbar. Übertragen wird vielmehr das Grundbuchrecht und ist hierzu nach §§ 873 BGB., 830 ZPO. die Eintragung nötig. Ist diese aber zunächst von einer Grundbuchberichtigung abhängig, so hat ohne weiteres der, der das Recht erwerben soll, für berechtigt zu gelten, bei Beschaffung der nötigen Unterlagen die Grundbuchberichtigung auf den Namen des ihm gegenüber zur Übertragung Verpflichteten herbeizuführen. Er kann auch für diesen den Eintrag eines Widerspruchs veranlassen. Zum Schutze gegen weitere Verfügungen des eigentlichen Berichtigungsberechtigten aber oder gegen weitere Pfändungen dessen Rechtes wird man den Eintrag eines Veräußerungsverbots zugunsten des Rechtserwerbers i. S. von §§ 136, 135 BGB., bei privatrechtlichen Übertragungen auch eine Vormerkung dann für zulässig zu erachten haben, wenn die Grundbuchberichtigung wenigstens durch Eintragung des Widerspruchs vorbereitet ist. S. dagegen Dernburg, Sachenrecht (4) 169 f.

2. a) **RG.** 6. 2. 07, ZBlFG. **8** 248. Ist die Pfändung einer Eigentümergrundschuld mangels Briefübergabe nicht rechtswirksam, so hat auch die gleichzeitige Pfändung des Berichtigungsanspruchs der Schuldnerin keine selbständige Bedeutung. Denn dieser Anspruch ist nicht selbständig übertragbar. Dagegen kann der Ersteher mit dem Berichtigungsanspruche des Eigentümers die Löschung einer Hypothek verlangen, wenn er nachweist, daß die Hypothek durch Zahlung des Voreigentümers zur Eigentümergrundschuld geworden ist und daß der Voreigentümer für diesen Fall die Löschung bewilligt und beantragt hat. b) OLG. **15** 340 (Braunschweig). Der Widerspruch, den die anfänglich allgemein bejahte Frage der Abtretbarkeit des Berichtigungsanspruchs in der Folgezeit erfahren hat (du Chesne, SächslA. **14** 603, Reichel, BuschsZ. **33** 88, Stintzing, R. **05** 72, Meyer, SeuffBl. **05** 166, Oberneck 336, Kretzschmar, Sachenr. 141), wird abzulehnen und mit der neueren Rechtsprechung anzunehmen sein, daß die Abtretung den Zessionar wenigstens in dem Falle berechtige, den Berichtigungsanspruch im eigenen Namen geltend zu machen, wo er bereits in oder außerhalb des Grundbuchs dinglich Berechtigter war (**RG. 53** 408, **59** 293). c) Die im JDR. **5** Ziff. I 1 a angeführte Entsch. jetzt auch **RG. 64** 165 sowie R. **07** 129 Ziff. 177, ZBlFG. **7** 537 Ziff. 450 u. DJZ. **06** 1374 abgedruckt. S. JDR. **2** zu § 894 Ziff. 3, **3** zu § 894 Ziff. 2, **4** zu § 894 Ziff. 2.

IV. Verfügungsbeschränkungen. *Weber, DNotZ. **07** 246 ff. Da nach § 892 Abs. 1 Satz 2 auch Verfügungsbeschränkungen wie dingliche Rechte

unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs stehen, so muß unter wirklicher Rechtslage nicht nur die dingliche, sondern auch die durch § 892 Abs. 1 Satz 1 und 2 geschaffene Rechtslage verstanden und der Berichtigungsanspruch anerkannt werden nicht nur, wenn eine nicht bestehende Verfügungsbeschränkung eingetragen, sondern auch, wenn eine bestehende Verfügungsbeschränkung nicht eingetragen ist.

V. Der persönliche Berichtigungsanspruch. 1. duChesne, BadNotZ. **07** 22 ff.: Der obligatorische Berichtigungsanspruch.

2. Grabener, GruchotsBeitr. **51** 515. Das Grundbuch wird durch Vollziehung der Wandelung eines Grundstückskaufs im Sinne des § 465 BGB. nicht unrichtig, weil der Käufer nach Vollziehung der Wandelung nur einen persönlichen Anspruch auf Rückübertragung hat.

VI. Übergangsrecht. ElsLothJZ. **07** 147 (Colmar). Eintragungen in das vorläufige Grundbuch Elsaß-Lothringens unterliegen nicht den Berichtigungsvorschriften des BGB. und der GBO., sondern denen des alten Rechtes.

§ 899. *Weber, DNotVZ. **07** 252 ff. Löschung des Rechtes selbst unter Aufrechterhaltung der Eintragung des Widerspruchs ist unzulässig.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

Vorbemerkung: Aus dem ersten Titel des dritten Abschnitts ist vor allem auf den zahlreiche praktische Fragen behandelnden Aufsatz von Riehl hinzuweisen. Die Rechtsprechung war besonders fruchtbar zu den §§ 906 und 912. Nicht geringe Schwierigkeiten bietet im besonderen noch immer die Feststellung der „Ortsüblichkeit" in Fällen des § 906.

Literatur: Graf, Die gemeinschaftlichen Einfahrten und der § 921 BGB., WürttZ. **07** 321—330. — Grünwald, Luftschiffahrt und geltendes Recht, R. **07** 1439—1441. — Marcus, Wie erlöschen die aufrecht erhaltenen Nachbarrechte des ALR.? Gruchots Beitr. **51** 770—785 — Riehl, Über Immissionsprozesse, GruchotsBeitr. **51** 142—161. (Sonderabdruck unter dem Titel: „Über die Klagen zur Abwehr der Belästigungen durch Rauch, Gerüche usw.") — Schmidt, Das Recht der Grenzmauer nach BGB. und BayAG., BayNotZ. **07** 45—66. — Sindlinger, Die gemeinschaftlichen Einfahrten in der württembergischen Grundbuchpraxis, WürttZ. **07** 129—137.

§ 903. 1. *Burckas, Eigentumsrecht. Der Inhalt des Eigentums am Briefe oder an sonstigen Schriftstücken, als an einer körperlichen Sache, bestimmt sich grundsätzlich nach den §§ 903 ff. Eine besondere Einschränkung erfährt dieses Eigentumsrecht jedoch durch das diesen Schriftstücken gegebenenfalls innewohnende Urheber- und Persönlichkeitsrecht. Über die Tragweite dieser Einschränkung herrscht im einzelnen Streit. Immerhin wird man zugeben müssen, daß ungeachtet etwa entgegenstehender Urheberrechte und Persönlichkeitsrechte der Eigentümer die betreffenden Schriftstücke derelinquieren oder vernichten kann; ferner, daß er sie nicht wieder herauszugeben braucht. Soweit dadurch dem Briefschreiber nicht die Verwertung der Urheberrechts unmöglich gemacht wird, wird darin außer dem Falle der §§ 226, 826 BGB. keine Rechtswidrigkeit zu erblicken sein. Fraglich ist insbesondere, ob der Eigentümer Briefe und andere Schriftstücke ohne Rücksicht auf das Persönlichkeits- und Urheberrecht veräußern kann.

2. **a)** HansGZ. **07** Beibl. 77 ff. (Hamburg). In der Fernhaltung von Sonnenlicht und in der Hervorrufung raschen Wechsels von Sonnenlicht und Schatten, als Folge des Vorüberfahrens von Eisenbahnzügen bei Sonnenschein, ist eine Einwirkung im Sinne des § 903 nicht zu erblicken. **b)** R. **07** 1260 (Frankfurt). Es muß ein positiver und unmittelbarer Eingriff vorliegen; keine Einwirkung, wenn nur negativ, z. B. durch Entziehung bisher gegebener Aussicht, eine Beeinträchtigung eines Grundstücks stattfindet.

3. OLG. **12** 121 (Hamburg) JDR. **5** Ziff. 1 jetzt auch SeuffA. **62** 145.

§ 905. 1. Luftrecht (s. JDR. **4** Ziff. I 1). Grünwald, R. **07** 1439 ff. Das Eigentumsrecht des Staates an dem Luftraum über ihm wird insofern Beschränkungen unterworfen werden müssen, als die Interessen des völkerrechtlichen Verkehrs es erfordern. Zwar kann dem Grundstaate nicht verwehrt werden, alle Maßnahmen in seinem Raumgebiete zu treffen, die die Sicherheit seines Landes und dessen Interessen erheischen, ein Recht aber, den internationalen Verkehr in seinem Luftraume zu verhindern, kann ihm nicht zugestanden werden.

2. Elektrische Leitungen (s. JDR. **3**, **4** Ziff. II, **5** sub a). BadRpr. **07** 100 (LG. Mosbach) über den auf § 905 gegründeten Anspruch auf Beseitigung einer über das Gartengrundstück des Klägers führenden Starkstromleitung.

3. Grundwasser. Steiner, R. **07** 1393. Der Eigentümer eines Grundstücks muß es sich gefallen lassen, daß durch Einwirkungen auf ein fremdes Grundstück sein Grundwasserstand sich hebt oder senkt. Eine Ausnahme bildet nur der Fall der Schikane. Ob das Wasser einen besonderen Wert hat, kommt hierbei nicht in Betracht.

§ 906. I. 1. *Riehl, GruchotsBeitr. **51** 142 ff. A. Dem Immittenten steht eine gewerbepolizeiliche Konzession nicht zur Seite. I. Die in den dinglichen Rechten wurzelnde Störungsklage ist gerichtet auf Unterlassung solcher Handlungen, die unerlaubte Immissionen im Sinne des § 906 hervorbringen, setzt ein Verschulden des Störers nicht voraus, wird nicht ausgeschlossen durch Prävention der störenden Anlage, stößt in der Zwangsvollstreckungsinstanz nicht selten auf unüberwindliche Schwierigkeiten. II. Die auf Verschulden des Störers gestützte Schadensersatzklage aus § 823 umfaßt nur diejenigen Schäden, welche durch die vor der Urteilsfällung erfolgten Immissionen verursacht, dagegen nicht diejenigen Schäden, welche auf spätere Immissionen zurückzuführen sind. Letztere Schäden sind für den urteilenden Richter unfaßbar, weil nicht vorauszusehen ist, ob nach der Urteilsfällung überhaupt noch Immissionen stattfinden, ob die tatsächlich erfolgenden Immissionen Schaden anrichten, ob die angerichteten Schäden einen rechtswidrigen Charakter an sich tragen, ob die Aktiv- und Passivlegitimation für die Prozeßparteien gegeben ist. Bezüglich der „alten" Schäden sind abgeschlossene und unentwickelte Schäden zu unterscheiden, letztere werden zweckmäßig durch Feststellungsklage verfolgt. B. Dem Immittenten ist eine gewerbepolizeiliche Konzession erteilt. I. Die Klage auf Herstellung praktikabler Einrichtungen aus § 26 GewO. kann als verkrüppelte Negatoria bezeichnet werden, sie ist einem widerwilligen Exequenden gegenüber kaum vollstreckbar. Die Beseitigung der auf Unterlassung fernerer Störung gerichteten Klage durch den § 26 GewO. bedeutet eine partielle Enteignung des Gestörten. II. Die Schadensersatzklage aus § 26 GewO. trägt einen enteignungsrechtlichen Charakter an sich, sie setzt ein Verschulden des Störers nicht voraus. Die zurzeit noch herrschende Lehre, daß der Kläger zur Begründung der Klage die Unmöglichkeit praktikabler Einrichtungen dartun müsse, und daß nur der künftige, nach Entscheidung der Praktikabilitätsfrage zur Entstehung gelangende Schaden gefordert werden könne, ist auf die unglückliche Fassung des § 26 zurückzuführen, steht jedoch mit der Entstehungsgeschichte des erwähnten Paragraphen in Widerspruch; die Klage tritt vielmehr von vornherein selbständig, keineswegs subsidiär und akzessorisch neben die Klage auf Herstellung praktikabler Einrichtungen und wirkt auch in praeteritum. Falls der konzessionierte Immittent sich im Verschulden befindet, haftet er überdies der deliktischen Schadensersatzklage aus § 823 BGB. C. Zusammenwirken mehrerer Immissionsquellen. Lassen sich die Wirkungsgebiete der einzelnen Immissionsquellen gegeneinander abgrenzen, so ist die dingliche Störungsklage, sowie die Klage aus § 26 GewO. nur gegen denjenigen begründet, dessen Immissionen sich als exzessive herausstellen. Verschwimmen die Einzelwirkungen

ununterscheidbar ineinander, so haften den erwähnten Klagen alle Beteiligten, weil niemand den Beweis erbringen kann, daß seine Immissionen sich im Rahmen des Erlaubten halten. Ebenso kommt es bei den Schadensersatzklagen darauf an, ob der Anteil des einzelnen an dem angerichteten Schaden feststellbar ist oder nicht; ersterenfalls haftet jeder nur für die auf ihn entfallende Quote, letzterenfalls haften alle in Gemäßheit des § 830 bzw. § 431 BGB. als Gesamtschuldner für den Gesamtschaden. Analoge Grundsätze finden auf den Fall Anwendung, daß ein Unternehmer teils konzessionierte, teils nicht konzessionierte Betriebe in seiner Hand vereinigt und an der schädigenden Zuführung der Imponderabilien konzessionierte und nicht konzessionierte Betriebe beteiligt sind.

2. Marcus, GruchotsBeitr. **51** 770 ff. Das Erlöschen der aufrechterhaltenen Nachbarrechte des ALR. richtet sich vom 1. Januar 1900 an nach den Vorschriften des BGB. Es genügt dazu ein einseitiger formloser Verzicht. Auch bloßes Schweigen kann einen solchen Verzicht enthalten, aber nur dann, wenn auf seiten des Berechtigten der Wille, zu verzichten, vorhanden gewesen ist. Nicht aber darf, wenn dieser Wille fehlt, wie nach preuß. Rechte unter Umständen ein Verzicht fingiert werden.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 20. 10. 06, SeuffBl. **07** 337 über Zulässigkeit allgemein gefaßter Verurteilung wie **RG.** IDR. **2** Ziff. 9, **1** Ziff. 7; vgl. **4** Ziff. II 1 b.

2. Ortsüblichkeit (s. IDR. **2** Ziff. 4, **3** Ziff. II 4, **4** u. **5** Ziff. II 2). **a)** **RG.** 30. 10. 07, R. **07** 1466 f., JW. **08** 11. Bei Prüfung der Frage, ob die lästige Einwirkung durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist, ist zunächst eine angemessene Bezirksabgrenzung vorzunehmen, alsdann ist die Entscheidung davon abhängig, wie groß verhältnismäßig die Zahl derjenigen Grundstücke des Beobachtungsbezirkes ist, von denen Einwirkungen der in Frage kommenden Art ausgehen, und ob und welche Verschiedenheiten zwischen ihnen in bezug auf das Maß der Zuführung obwalten. **b)** HansGZ. **07** Beibl. 77 ff. (Hamburg). Es kommt auf die Gewöhnlichkeit oder Ungewöhnlichkeit der Einwirkung selbst an. — Für die Beurteilung der Gewöhnlichkeit von Zuführungen ist das ganze zusammenhängende Areal einer Stadt, soweit auf demselben Erwerbsleben und Verkehr in ähnlicher Weise herrscht wie in dem dem beeinträchtigten Grundstück unmittelbar benachbarten Stadtquartiere, zum Gegenstande der maßgebenden Vergleichung zu machen. **c)** **RG.** 9. 3. 07, R. **07** 511. Bei der Prüfung, ob Zuführungen von Lärm, Erschütterungen usw. „ortsüblich" sind, können zwar im allgemeinen nur gleichartige Zuführungen miteinander verglichen werden, aber ins kleinste gehende, überfeine Unterscheidungen sind dabei weder möglich, noch zulässig.

3. Schadensersatzpflicht bei Immissionen ohne Verschulden (s. IDR. **5** Ziff. II 3). PosMSchr. **08** 9 (Königsberg) erachtet ohne den Nachweis eines Verschuldens die Schadensersatzklage für begründet bei durch Sprengungen von Pionieren auf einem Grundstücke verursachten, in Erschütterungen bestehenden Immissionen, weil für eine Klage auf Unterlassung der Sprengungen, die auf Veranlassung des Inhabers der Militärhoheit kraft der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt angestellt werden, der Rechtsweg ausgeschlossen ist.

4. **RG.** 30. 10. 07, R. **07** 1467. Nicht erforderlich ist, daß der Eigentümer alsbald nach Eintritt der vom Nachbargrundstück ausgehenden lästigen Zuführungen — starke Rauchentwickelung — dagegen Widerspruch erhebt. Dies gilt namentlich dann, wenn sich die Nachteile der Raucheinwirkung nicht sofort, sondern erst nach Jahren in störender Weise zeigen und der ursächliche Zusammenhang des Schadens mit der Raucheinwirkung nicht so rasch und sicher zu ermitteln ist, daß dem Verdachte die Rechtsverfolgung auf dem Fuße folgen kann.

5. **RG.** **66** 126 ff., JW. **07** 387 über den im Verkauf eines Grundstücks zur

Erbauung einer Brikettfabrik liegenden Verzicht auf Schadensersatz wegen späterer Immissionen. Ein derartiger Verzicht wirkt auch zugunsten der späteren Besitzer der Fabrik. Dagegen kann, wenn der Verkäufer auch seinen Restgrundbesitz veräußert, eine gleiche Pflicht seines Einzelnachfolgers, jene unvermeidlichen Zuführungen des Nachbargrundstücks zu dulden, nicht ohne weiteres anerkannt werden.

6. **RG.** 24. 11. 06, **64** 363, JW. **07** 17 ff., DJZ. **07** 237. Der negatorische Untersagungsanspruch aus den §§ 906, 1004 ist auch gegeben, wenn der störende Betrieb zur Zeit seiner Einrichtung den örtlichen Verhältnissen entsprach, inzwischen, d. h. bis zur Klagerhebung, sich aber eine Änderung der örtlichen Verhältnisse vollzogen hat.

7. BadRpr. **07** 129 (LG. Mosbach). § 906 anwendbar gegenüber fortgesetztem heftigen Hundegebell.

§ 907. 1. Begriff der Anlage (s. JDR. **1** Ziff. 1 a und 3 b u. c, **4** Ziff. 2 a, **5** Ziff. 1). **RG.** R. **07** 573, EisenbE. **24** 54 f., RheinA. **104** II 264 f. Eine gefahrdrohende Anlage ist nicht schon dann vorhanden, wenn die Gefahr lediglich aus einer fehlerhaften Handhabung der Anlage entspringt; erforderlich ist vielmehr, daß die erste Ursache der schädlichen Einwirkungen in der gefahrbringenden Beschaffenheit der Anlage liegt, wobei es aber nichts verschlägt, daß die Gefahr stets nur durch Menschenhand zum Ausbruche gebracht werden kann.

2. a) **RG.** SächsRpflA. **07** 422, PuceltsZ. **07** 582. Wenn der Tatbestand des § 907 gegeben ist, steht dem Eigentümer in den Fällen, wo ihm das Recht des Widerspruchs gegen eine auf dem Nachbargrundstücke bestehende Anlage ausnahmsweise gesetzlich versagt ist, ein Anspruch auf den Ersatz des Schadens zu, der aus der unzulässigen Einwirkung der Anlage auf sein Grundstück entsteht. — So bereits hinsichtlich des § 906 **RG. 58** 130 ff., JDR. **4** Ziff. II 4 zu § 906. **b) RG.** EisenbE. **24** 54 f., RheinA. **104** II 264. Wegen Beschädigung eines Hauses durch den Wagen einer Kleinbahn ist eine Klage auf Beseitigung der Bahnanlage gemäß § 907 nicht zulässig, wohl aber auf Schadensersatz.

3. HansGZ. **07** Beibl. 77 ff. (Hamburg). § 907 findet keine Anwendung, wenn durch eine Anlage der Zutritt von Licht und Luft zum Nachbargrundstück, beeinträchtigt wird. (Des näheren wie **RG.** JDR. **2.**)

§ 908. WürttJ. **19** 277 (Stuttgart). Steile, durch bloße Abgrabungen entstandene, keinem bestimmten Zwecke dienende Erdwände eines Nachbargrundstücks sind kein mit diesem Grundstücke verbundenes Werk.

§ 909. BadRpr. **07** 30 (Karlsruhe). Eine gesetzliche Pflicht des Vertiefenden „für eine genügende anderweitige Befestigung zu sorgen", spricht § 909 nicht aus. Ebenso OLG. Stuttgart, JDR. **5** Ziff. II a — jetzt auch WürttJ. **19** 277 ff. —, weitergehend jedoch OLG. Cassel, JDR. **1** Ziff. 1.

§ 912. I. 1. Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit liegt nicht vor. Schmidt, BayNotZ. **07** 49. § 84 Münchener BauO. v. 29. Juli 1895 befiehlt, daß jeder bei der Baupolizeibehörde einzureichende Bauplan zum Zeichen des Einverständnisses von den beteiligten Nachbarn zu unterschreiben ist. Unterzeichnet der Nachbar den Plan, aus welchem er ersehen kann, daß die Grenzmauer des Neubaus teilweise auf seinem Grundstücke zu stehen kommen soll, so darf der andere Teil sein Einverständnis mit dem Überbaue vermuten und Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit im Sinne des § 912 sind zu verneinen (vgl. **RG. 52** 16 ff.).

2. Erhebung des Widerspruchs. Schmidt, BayNotZ. **07** 49 ff. Der Widerspruch im Sinne des § 912 ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, er ist an keine Form gebunden. Wird der Bau von mehreren errichtet, so ist der Widerspruch allen gegenüber zu erklären. Unterbleibt der Widerspruch, so ist es unerheblich, aus welchem Grunde er unterlassen wurde.

3. Der Überbau wird wesentlicher Bestandteil des Nachbargrundstücks und fällt in das Eigentum des Nachbars. AM. Turnau-Förster Anm. III zu § 912 u. Oberneck, Grundbuchrecht 530 (s. JDR. **1** Ziff. 11) sowie Meikel, Bay. NotZ. **01** 228.

4. Schmidt, BayNotZ. **07** 51. Der Wortlaut des § 912 schließt die Anwendung nicht aus auf den Fall, daß der Eigentümer zweier Nachbargrundstücke eine Mauer auf der Grenze dieser beiden Grundstücke errichtet hat und in der Folge das eine der Grundstücke in fremdes Eigentum übergeht. Es schlummert hier jedoch die Duldungspflicht so lange, als das Eigentum an beiden Grundstücken in einer Hand vereinigt ist.

5. Den von v. Tuhr, JDR. **2** zu § 912, gegen die Urteile des RG., welche eine analoge Anwendung der §§ 912 ff. nicht zulassen wollen, geltend gemachten Bedenken schließt sich Krückmann, AČivPr. **101** 41 Anm. 34, an; das einzig Besondere an dem § 912 sei, daß hier der allgemeine Gedanke des § 242 konkretisiert sei; grundsätzlich sei er nichts anderes als eine besondere Anwendung von § 242.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** 9. 1. 07, **65** 73 ff., JW. **07** 125. Der Überbauende ist kraft der besonderen Bestimmung im § 912 von einer neben der Entschädigungsrente hergehenden Vertretung einer weniger als groben Fahrlässigkeit nur insoweit entbunden, als fahrlässig die Grenze überschritten worden ist, im übrigen aber den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen unterworfen, hat daher nach diesen für schuldhafte Eingriffe in sonstige Rechte des Nachbarn aufzukommen. Wegen Verletzung solcher anderen Rechte des Nachbars kann geeignetenfalls auch auf Entfernung des Überbaues geklagt werden. Vgl. HansGZ. **07** Beibl. 239 (Hamburg).

2. Analoge Anwendung der §§ 912 ff. (s. JDR. **1** Ziff. 6 zu § 912, **2** v. Tuhr zu § 912). a) **RG.** 20. 3. 07, **65** 361 ff., PucheltsZ. **07** 321, JW. **07** 301. Die §§ 912 ff. finden keine analoge Anwendung, wenn der Eigentümer beim Bauen die Grenze eines anderen, ihm gehörigen Grundstücks überschritten hat und später eines der betreffenden Grundstücke in andere Hand oder beide in verschiedene Hände übergehen. Ebenso Planck, Staudinger, Turnau-Förster und OLG. Hamburg, R. **07** 1068; dagegen Wolff, Bau auf fremdem Boden 102 und Oberneck, Grundbuchrecht I 529. AM. OLG. Dresden, 21. 2. 07, Sächs. OLG. **28** 385. b) Nach HansGZ. **07** Beibl. 249, OLG. **15** 349, SchlHolstAnz. **08** 6 (Hamburg) auch keine analoge Anwendung dann, wenn durch den Bau die Eigentumsgrenze nicht überschritten, wohl aber eine an dem Grundstücke des Bauenden bestehende Grunddienstbarkeit überschritten wird.

3. HansGZ. **07** Beibl. 236, OLG. **15** 348 ff. (Hamburg). Der gute Glaube des Überbauenden, der Nachbar sei mit der Errichtung des Gebäudes über die Grenze einverstanden, schließt Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit aus. Es ist keineswegs erforderlich, daß der gute Glaube auf einem Irrtume hinsichtlich der Grenze selbst beruht. Vgl. **RG.** JDR. **2** zu § 912.

4. PucheltsZ. **07** 488 (Düsseldorf). Wer eine Giebelmauer zur Hälfte auf seinem und zur anderen Hälfte auf dem Nachbargrundstück errichtet, wird Eigentümer der ganzen Giebelmauer.

5. OLG. Posen, JDR. **5** § 912 Ziff. b jetzt auch SeuffA. **62** 189, OLG. **15** 350.

§ 917. 1. DJZ. **07** 604 (BayObLG.). Das die Duldungspflicht feststellende, Richtung und Breite des Notwegs regelnde Urteil begründet nicht erst das Recht auf den Notweg, sondern verhilft dem schon vorhandenen Rechte zur Anerkennung; im übrigen bereits JDR. **5** Ziff. 2 c.

2. OLG. Jena (Straff.) JagdRZ. **07** 53, ThürBl. **33** 215 ff. Der Pächter kann als solcher einen Notweg nicht beanspruchen. Indes wird man eine Erweiterung des Notwegrechts zugunsten des Jagdberechtigten nicht schlechthin ausschließen dürfen.

3. BayObLG. JDR. **5** Ziff. 2 a jetzt auch DJZ. **07** 487.

§§ 919, 920. PosMSchr. **07** 105 (Posen). Der Grenzfeststellungsklage aus den §§ 919, 920 steht der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht entgegen, wenn im Vorprozesse der Kläger mit dem Anspruch auf Anerkennung seines Eigentums am Streitstück und auf dessen Herausgabe wegen Beweisfälligkeit abgewiesen worden ist.

§ 920. R. **08** Beil. 13, PosMSchr. **07** 105 (Posen). Besteht Streit über die richtige Grenze, so bestimmt sich bei Anwendung des § 920 die Art und Weise der Abgrenzung nach folgenden Gesichtspunkten, die nacheinander in Betracht zu ziehen sind: 1. Abgrenzung nach Maßgabe der ermittelten Grenze; 2. nach Billigkeit unter Berücksichtigung der ermittelten Umstände, insbesondere der feststehenden Größe der Grundstücke; 3. Abgrenzung in Gemäßheit des erwiesenen Besitzstandes; 4. durch Teilung der zwischen den erwiesenen Besitzgrenzen liegenden Fläche in gleiche Teile.

§ 921. 1. **a**) Sindlinger, WürttZ. **07** 129 ff., erachtet eine gemeinschaftliche Einfahrt für eine Einrichtung im Sinne des § 921. Er gelangt zu dem Ergebnisse, daß seit dem Inkrafttreten des BGB. ein Miteigentum an einer solchen Einfahrt nicht mehr möglich sei, und zwar auch dann nicht, wenn bis zum 1. Januar 1900 Miteigentum nach Bruchteilen für die beiden Angrenzer bestand, da § 921 ein ideelles Miteigentum an den unter ihn fallenden Einrichtungen verbiete. **b**) Hiergegen wendet sich Graf ebenda 321 ff. Gemeinschaftliche Einfahrten fallen, weil sie keinem Abgrenzungszwecke dienen, überhaupt nicht unter § 921. — § 921 will keine zwingende Norm über die Art des Eigentums an derartigen Grenzeinrichtungen geben, sondern läßt auch Miteigentum zu, wenngleich die §§ 921, 922 in erster Linie nicht auf Miteigentum, sondern auf Sondereigentum zugeschnitten sind. — Die Eigentumsverhältnisse an solchen Grenzeinrichtungen sind nach den allgemeinen Bestimmungen über die Begriffe „Sache", „Grundstück" und „wesentlicher Bestandteil" (§§ 90, 93, 94, 890 BGB.) zu beurteilen, woraus sich ergibt, daß ein Miteigentum an der in den Luftraum ragenden Anlage mit dem 1. Januar 1900 aufgehört hat, zu bestehen. — Die Miteigentumsverhältnisse sind nur so denkbar, daß entweder die Grenzeinrichtung als besondere Parzelle figuriert, oder daß dieselbe in zwei getrennte, als unselbständige Teile der Nachbargrundstücke auftretende Miteigentumsstücke zerfällt, und im letzteren Falle greift in bezug auf die Teilungsbefugnis § 922 ein. — Nicht zulässig ist die Zuschreibung je eines Miteigentümeranteils an der besonders vermessenen Grenzeinrichtung zu den beiden Nachbargrundstücken, da ein Miteigentumsanteil kein Bestandteil eines Grundstücks sein kann. War dies bisher der Fall so hat diese Rechtsform, weil gegen grundlegende zwingende Bestimmungen des BGB. verstoßend, seit dessen Inkrafttreten aufgehört, und zwar muß angenommen werden, daß jetzt eine mathematische Linie die beiden Nachbargrundstücke scheidet. — Ob eine Grenzeinrichtung eine selbständige Parzelle darstellt oder nicht, ist nicht Rechts-, sondern Zweckmäßigkeitsfrage, und von diesem Gesichtspunkt aus ist zu sagen, daß, soweit es sich um Grenzeinrichtungen im Sinne des § 921 BGB. handelt, beiderseitiges, der gesetzlichen Eigentumsbeschränkung des § 921 unterworfenes Sondereigentum das zweckmäßigste ist, soweit aber § 921 nicht zutrifft, die Bestellung einer entsprechenden Grunddienstbarkeit einen nach allen Richtungen gleicherweise befriedigenden Erfolg verspricht. Vgl. auch Letzgus, WürttZ. **07** 226 ff.

2. **RG.** R. **07** 1536, JW. **08** 12, SächsRpflA. **08** 39. Jeder Nachbar darf den auf dem Grundstücke des anderen und damit in dessen Eigentume stehenden Teil einer Grenzmauer nur zu dem Zwecke, dem diese dient, nämlich die beiden Grundstücke voneinander abzuschließen, benutzen und daher auf diesem Teile der Grenzmauer die Brandmauer eines auf seinem Grundstück errichteten Gebäudes nicht aufsetzen. Dagegen darf er den auf seinem eigenen Grundstücke stehenden Teil der Grenzmauer als Eigentümer dieses Teiles seines Grundstücks als Unterbau für die

Brandmauer benutzen. Eine — ohne Zustimmung des anderen unzulässige — Änderung im Sinne des § 922 Satz 3 ist, wie sich aus der Verbindung mit Satz 1 ergibt, nicht jede beliebige, sondern nur eine solche Änderung, durch welche die Mitbenutzung des anderen, der an dem Fortbestande der Mauer ein Interesse hat, beeinträchtigt wird, d. h. sein Recht, die Grenzmauer als Scheidewand zu benutzen. Eine Änderung in diesem Sinne kann in dem Aufsetzen der Brandmauer liegen, wenn die Grenzmauer diese zu tragen nicht stark genug oder aus anderen Gründen (Unterwühlen durch Tiere) nicht geeignet ist.

§ 922. 1. RheinA. **104** I 38 (Cöln). Auf eine Sockelmauer, die nur zur Anbringung und Stütze eines Grenzgitters dient, findet Art. 23 PrAGBGB., nach dem im bisherigen Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes eine Mauer, zu deren Benutzung die Eigentümer der Grundstücke gemeinschaftlich berechtigt sind, von dem einen Nachbarn ohne Zustimmung des anderen ihrer ganzen Dicke nach erhöht werden kann, keine Anwendung, vielmehr ist für das Rechtsverhältnis § 922 entscheidend.

2. Vgl. auch oben zu § 921.

§ 924. Wittmaack, SchlHolstAnz. **07** 337 f. Im Gebiete des lübischen Rechtes können die bestehen gebliebenen nachbarrechtlichen Bauverbote störenden Anlagen gegenüber auch heute nur binnen Jahr und Tag nach Errichtung der Anlage geltend gemacht werden.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925. 1. Rechtliche Natur der Auflassung s. zu § 873.

2. Form der Auflassung. **a)** *v. Amelunxen, DNotVZ. **07** 14 ff. Die gleichzeitige Gegenwart der Parteien bildet Bestandteil der Form des Rechtsgeschäfts der Auflassung, wie die Ausdrücklichkeit und Schriftlichkeit die Form einer grundbuchrechtlichen Bewilligung (OLG. **1** 482 Ziff. 2, **2** 412). Sowohl der eine wie der andere Formmangel in einer gerichtlichen Auseinandersetzung (§§ 91 ff FGG.) werden durch den rechtskräftigen Bestätigungsbeschluß (§ 98) geheilt. Das ergibt sich aus der Vollstreckbarkeit des bestätigten Teilungsvertrags und die Zuständigkeit des Teilungsgerichts zur Entgegennahme der Auflassung aus §§ 1, 86 FGG. Vgl. zu § 86 FGG. **b)** Dagegen KG., KGJ. **34** A 248, R. **07** 1163 Ziff. 2853, RJA. **8** 242, OLG. **14** 319, SeuffBl. **72** 605, RheinARB. **07** 60. Die Wirksamkeit der Auflassung eines Nachlaßgrundstücks, die von den einzelnen Miterben in mehreren, sich gegenseitig zu einer gemeinschaftlichen Erklärung ergänzenden Verhandlungen erklärt wird, ist nicht zu bezweifeln, sofern der Erwerber an jeder Verhandlung teilnimmt. ➵ Die herrschende Meinung nahm bisher das Gegenteil an, s. JDR. **4** zu § 925 Ziff. 1c Red. ⇜ **c)** R. **07** 910 (KG.). Das Vertretungsorgan einer evangelischen Kirchengemeinde, der Gemeindekirchenrat, ist eine öffentliche Behörde. Auflassungen im Namen der Kirchengemeinde können nur von sämtlichen Mitgliedern des Gemeindekirchenrats, also in Kollektivvertretung abgegeben werden. Es kann jedoch in der Form des § 22 Abs. 2 Kirchengemeinde- u. SynodalO. v. 10. September 1873 einer oder mehreren Personen Auflassungsvollmacht erteilt werden. **d)** Müller, WürttZ. **07** 70 f. § 894 ZPO. bezieht sich nicht auf Vergleiche. Daher darf auf Grund einer in einem Prozeßvergleich erklärten Auflassung der Eigentumsübergang nicht eingetragen werden.

3. Auflassung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht oder durch einen Nichtberechtigten. **a)** *Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung (Breslau 1907). Die Auflassung kann sowohl von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht wie von

einem Nichtberechtigten mit der Möglichkeit der Konvaleszenz durch nachfolgende Genehmigung erklärt werden. Der Einwand von Eccius (DJZ. **02** 62 f. JDR. **1** zu § 925 Ziff. 9), das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit der Beteiligten vor dem Grundbuchamte werde dabei nicht gewahrt, ist nicht stichhaltig, da das Gesetz ja nicht die persönliche Anwesenheit verlangt. § 925 Abs. 2 ist auch nicht extensiv dahin zu interpretieren, daß er auch die Genehmigung des ohne Vertretungsmacht Vertretenen und die des Berechtigten im Falle der Auflassung seitens eines Nichtberechtigten als Rechtsbedingungen träfe, daß er auch den bis zur Entscheidung über diese Genehmigungen vorhandenen Schwebezustand verbiete. Denn § 925 Abs. 2 soll nicht verhindern, daß in den Grundeigentumsverhältnissen ein Schwebezustand besteht, sondern er soll es unmöglich machen, daß ein solcher aus dem Grundbuch in einer dessen Klarheit zerstörenden Weise ersichtlich ist. Deshalb kann zwar auf Grund einer von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht oder einem Nichtberechtigten erklärten Auflassung die Eintragung erst dann erfolgen, wenn die Genehmigung, bzw. der anderweitige Konvaleszenzgrund grundbuchmäßig (§ 29 GBO.) nachgewiesen worden ist, aber eine solche Auflassung selbst ist nicht, wie die rechtsgeschäftlich bedingte, schlechthin unwirksam, sondern ihre Wirksamkeit ist bis zur Genehmigung 2c. pendent. Daß der rechtsgeschäftlich bedingten Auflassung nicht ebenfalls lediglich die Möglichkeit, als Grundlage der Eintragung zu dienen, sondern überhaupt die Wirksamkeit im § 925 Abs. 2 genommen ist, hat darin seinen Grund, daß der Eintritt oder Ausfall der Bedingung nur höchst selten grundbuchmäßig nachgewiesen werden könnte, so daß, um dem Legalitätsprinzipe (§ 20 GBO.) zu genügen, die Auflassung fast stets unbedingt wiederholt werden müßte. Dagegen ist der grundbuchmäßige Nachweis der Konvaleszenz der §§ 177 u. 185 stets leicht möglich: Formalisierte Genehmigungserklärung, Grundbuchauszug zum Beweise des Grundstückserwerbes seitens des Nichtberechtigten, und ein Erbschein zum Beweise der Beerbung des Nichtberechtigten durch den Berechtigten sind ohne Schwierigkeiten zu erlangen und vorzulegen. — Aus entsprechenden Gründen wird auch folgender Fall von § 925 Abs. 2 nicht getroffen: Ein bevollmächtigter Vertreter hat für den Berechtigten die Auflassung erklärt und die Eintragung bewirkt. Alsdann hat der Vertretene die Vollmachtserteilung wirksam angefochten, so daß gemäß § 142 BGB. die Vertretungsmacht des Vertreters rückwirkend wegfällt und die Eigentumsübertragung als durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht erfolgt anzusehen ist. Die Eigentumsübertragung ist nun nicht gänzlich unwirksam, sondern kann durch die Genehmigung des Vertretenen konvaleszieren. Denn es ist zwar bis dahin ein Schwebezustand bezüglich der Grundeigentumsverhältnisse vorhanden, er geht aber nicht aus dem Grundbuche hervor. **b)** SeuffBl. **42** 797, KGJ. **34** A 253 (KG.). Die Erklärung der Genehmigung zu einer von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebenen Auflassungserklärung macht zwar die Auflassung wirksam. Jedoch kann sie nur dem Vertreter oder dem anderen Teile gegenüber wirksam erklärt und dies muß gemäß § 29 GBO. nachgewiesen werden. Die nur dem Gerichte gegenüber erklärte Genehmigung ist zur Wirksamkeit der Auflassung nicht genügend (§ 182 BGB.). S. auch JDR. **1** zu § 925 Ziff. 10.

4. Auflassungsvollmacht. ElsLothNotZ. **27** 52 (LG. Colmar). Ist der Beklagte zur Erteilung der Auflassung verurteilt, so muß der Prozeßbevollmächtigte des Klägers, wenn er für diesen die Auflassungserklärung abgeben will, beglaubigte Vollmacht vorlegen. Die Prozeßvollmacht genügt nicht, weil es sich nicht um eine Vollstreckungsmaßregel, sondern um eine zu dem Betriebe des Rechtsstreits nicht mehr gehörige materiell-rechtliche Erklärung handelt.

5. Genehmigung zur Auflassung. **a)** R. **07** 911, KGJ. **33** A 204 (KG.). Als juristische Person unterliegen Knappschaftsvereine in Preußen,

von Ausnahmevorschriften abgesehen (vgl. § 89 BGB.), nicht den Vorschriften der §§ 21—88 BGB., sondern denjenigen des Landesrechts, im Gebiete des ALR. also namentlich auch den §§ 25—202 II. 6 ALR. Sie bedürfen deshalb in diesem Rechtsgebiete zur Veräußerung von Grundstücken auch jetzt noch der Genehmigung des Oberbergamts als ihrer vorgesetzten Behörde. Vgl. § 83 II. 6 ALR., §§ 169 u. 183 ff. ABergG. In jedem einzelnen Falle ist die Genehmigung erforderlich; das Oberbergamt ist nicht befugt, die Genehmigung den ihm unterstellten Knappschaftsvereinen ein für allemal zu erteilen. In der Provinz Hannover und in der Rheinprovinz gilt der § 83 II. 6 ALR. nicht. Mangels einer anderweiten Vorschrift ist in diesen Provinzen die Genehmigung des Oberbergamts nicht erforderlich. **b)** Pätzold, PosMSchr. **07** 101. Außerdeutsche Versicherungsgesellschaften bedürfen zum Grunderwerb in Preußen nur der Königlichen Genehmigung und auch dieser dann nicht, wenn sie durch Staatsverträge zwischen dem Deutschen Reiche und dem Heimatsstaate der betr. Gesellschaft ausdrücklich für nicht erforderlich erklärt ist. Ebenso Brockhausen, DJZ. **07** 763. **c)** BayObLG., JDR. **5** Ziff. 4.a zu § 925, jetzt auch SeuffBl. **07** 73.

6. Notwendigkeit der Auflassung. **a)** **RG.** 23. 2. 07, **65** 233 ff., JW. **07** 303 Ziff. 6, ZBlFG. **8** 65 Ziff. 106. Das Miteigentum nach Bruchteilen und das gesamtschuldnerische Miteigentum der Gesellschafter sind voneinander so verschieden, daß es bei Grundstücken der Auflassung bedarf, wenn das eine an die Stelle des anderen treten soll. Daher ist die Auflassung nicht nur dann nötig, wenn die Gesellschaft fremde Grundstücke oder Grundstücke, die bisher einzelnen Gesellschaftern gehörten, erwerben soll, sondern auch in dem Falle, wo die einzubringenden Grundstücke im Eigentume der sämtlichen Gesellschafter stehen. Aus demselben Grunde ist Auflassung erforderlich, wenn bei Auflösung einer mehrgliedrigen offenen Handelsgesellschaft die Grundstücke an einen oder mehrere oder alle bisherigen Gesellschafter übergehen soll (s. JDR. **1** zu § 925 Ziff. 2 d, **3** zu § 925 Ziff. 2 C, **5** zu § 925 Ziff. 6 c). Anders liegt der Fall des § 142 HGB., also der Fall, daß die Gesellschaft nur aus zwei Mitgliedern besteht und das eine gegen Geldabfindung ausscheidet, während das andere unter Übernahme des Vermögens und der Schulden das Geschäft fortsetzt. In diesem Falle ist Auflassung der Gesellschaftsgrundstücke an den nicht ausscheidenden Gesellschafter nicht erforderlich. Denn es entsteht durch die Auseinandersetzung nicht eine obligatorische Pflicht des Ausscheidenden zur Übertragung seines Anteils, sondern es tritt gemäß des nach § 142 Abs. 3 anwendbaren § 738 BGB. Akkreszenz ein. Deren Wesen besteht darin, daß der, zu dessen Gunsten der Zuwachs eintritt, nicht den Anteil des anderen hinzuerwirbt, sondern seinen eigenen Anteil durch den Wegfall des Anteils des anderen vergrößert (Goldmann, HGB. zu § 142 Anm. 15, Oberneck § 467; aM. Turnau-Förster I 451, Lehmann-Ring, HGB. 337 zu § 158, Staub (8) zu § 142 Anm. 8). Das gleiche ist anzunehmen, wenn die Übernahme des Geschäfts auf Vereinbarung zwischen den beiden Mitgliedern beruht. Denn das Akkreszenzprinzip muß in allen Fällen Anwendung finden, in denen trotz Aufhebung des subjektiven Gesellschaftsverbandes die objektive Grundlage der Gesellschaft, das Geschäft, fortdauert. Ebenso KG. 15. 8. 07, RJA. **7** 71, FrankfRundsch. **41** 152. **b)** Die Entsch. in JDR. **5** zu § 925 Ziff. 6 e auch BayObLG. **07** 505, BayRpflZ. **07** 21. **c)** KGJ. **33** A 207 (KG.). Sind mehrere Erben in ungeteilter Erbengemeinschaft als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen und überträgt ein Miterbe an die anderen Miterben seinen Erbschaftsanteil durch notariellen Vertrag, so kann auf Grund dieses Vertrags ohne Auflassung die Eigentumseintragung in der Weise berichtigt werden, daß der Name des veräußernden Miterben gelöscht wird. **d)** R. **07** 985 Ziff. 2385, DJZ. **07** 775 (BayObLG.). Die Übereignung eines Nachlaßgrundstücks an den Erben, dem es vom Testaments-

vollstrecker im Auseinandersetzungsplane zugeteilt ist, erfolgt nicht durch die Zuteilung im Plane, sondern erfordert die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch. e) Busch, ZBlFG. 8 205. Wenn der Erblasser sein gesamtes unbewegliches Vermögen unter seine vier Töchter in der Weise verteilt, daß er einer jeden eine Reihe bestimmter Grundstücke zuteilt, so müssen die Erben jeder Tochter die ihr zugewiesenen Grundstücke auflassen. Eine bloße Grundbuchberichtigung ist nicht zulässig. Denn mit dem Tode des Erblassers sind sämtliche Erben Gesamteigentümer sämtlicher Grundstücke geworden (gegen OLG. Colmar 29. 9. 03, ZBlFG. 4 503). f) ElsLothNotZ. 07 20, ZBlFG. 7 739 Ziff. 637 (Colmar). Bei Übertragung von eingebrachtem Gute in das Gesamtgut ist Auflassung nötig. g) ElsLothNotZ. 27 19 (Colmar). Wenn in einem vor 1900 errichteten Ehevertrage bestimmt ist, daß dem überlebenden Ehegatten das Gesamtgut zum Alleineigentum anheimfällt, so ist nach dem unter dem jetzigen Rechte erfolgten Tode des Erstversterbenden die Auflassung der gütergemeinschaftlichen Grundstücke durch die Erben an den überlebenden Ehegatten nötig. h) ZBlFG. 8 264 Ziff. 303, RheinNotZ. 7 172 (KG.). Ein Miteigentümer kann seinen Anteil an einem Grundstücke nur dann auflassen, wenn der Anteil aus dem Grundbuche hervorgeht. Zur Eintragung der Quotenbeteiligung bedarf es, wenn es sich nicht um eine nachträgliche Änderung der Bruchteile, sondern um nachträgliche Eintragung der den Miteigentümern bereits zustehenden Anteile handelt, keiner Auflassung, sondern nur eines Berichtigungsakts. i) Weegmann, WürttZ. 07 235 ff., behandelt die Frage, „Ist beim Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft des BGB. zum Übergange des Eigentums an einem Grundstück aus dem eingebrachten Gute in das Gesamtgut Auflassung erforderlich?" k) Die Entsch. des BayObLG. — JDR. 5 Ziff. 6 e — auch abgedruckt ZBlFG. 7 717.

7. Notwendigkeit der Eintragung. a) ElsNotZ. 07 302, ElsLothJZ. 07 526 (Colmar). Wenn der Erwerber eines Grundstücks, dem dieses aufgelassen ist, seine Eintragung als Eigentümer beantragt, sodann aber in einer weiteren Urkunde erklärt, daß er das Grundstück nicht für sich, sondern für einen Dritten erworben hat und wenn er alle Rechte aus dem ersten Vertrag an den Dritten abtritt, diesem das Grundstück aufläßt und seine Eintragung als Eigentümer bewilligt, und wenn dann der Dritte seine Eintragung beantragt, so ist zunächst gemäß dem ersten Eintragungsantrage der erste Erwerber und dann erst der Dritte als Eigentümer einzutragen. ➛ Red. Der Umweg der Eintragung des ersten Erwerbers kann dadurch erspart werden, daß dieser den Antrag, ihn selbst einzutragen, zurücknimmt (**RG. 54** 368 u. Güthe, GBO. I 455). ⟵ b) ZBlFG. 8 65 Ziff. 104 (21. 2. 07, KG.). Ist jemand fälschlich im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, so wird er es nicht schon dadurch wirklich, daß der Eigentümer ihm das Grundstück aufläßt; vielmehr bedarf es dazu noch der Eintragung auf Grund dieser Auflassung.

8. Rechtswirksamkeit der Auflassung. a) ZBlFG. 8 264 Ziff. 304, ElsLothNotZ. 07 244 (Colmar). Zur Gültigkeit einer Auflassungserklärung, die die Übertragung von zwei, verschiedenen Eigentümern gehörigen Grundstücken zum Gegenstande hat, ist es nicht erforderlich, daß in ihr die Eigentumsverhältnisse der beiden Eigentümer angegeben sind; es genügt, wenn diese sich aus dem Grundbuch ergeben. Auch ist es nicht erforderlich, daß in einem solchen Falle zwei besondere Auflassungserklärungen abgegeben werden. b) BayObLG. 8 206 (BayObLG.). Eine Ungenauigkeit in der Beschreibung des den Gegenstand eines Vertrags bildenden Grundstücks steht der Wirksamkeit der Eigentumsübertragung nicht entgegen. c) ElsLothJZ. 32 373 (25. 2. 07, Colmar). Der Grundbuchrichter ist zur Nachprüfung der Rechtswirksamkeit einer Auflassungserklärung berechtigt und verpflichtet. Ebenso Colmar 23. 4. 07, ebenda 375. d) **RG.** 17. 4. 07,

66 21, JW. **07** 327 Ziff. 3, ZBlFG. **8** 65 Ziff. 105. Die Anfechtung einer Auflassung wegen Irrtums setzt voraus, daß der andere Vertragsteil die Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung nicht kannte. Anders liegt aber der Fall, wenn beide Teile in dem Willen, einen bestimmten Grundstücksteil von der Mitveräußerung auszuschließen, einig sind und auch das Bewußtsein dieser Willenseinigung haben. Hier liegt der Irrtum nur darin, daß sie das übereinstimmend Gewollte durch die von ihnen — ebenfalls übereinstimmend — abgegebenen Willenserklärungen ausgedrückt zu haben glauben, während in Wirklichkeit das übereinstimmend Erklärte über das übereinstimmend Gewollte hinausgeht. Dieser Widerspruch zwischen Wille und Erklärung macht die Auflassung nichtig. e) **RG.** 6. 7. 07, R. **07** 1068 Ziff. 2556. Wenn die Beteiligten die Auflassung hinsichtlich des ganzen auf einem Grundbuchblatte verzeichneten Grundbesitzes erklärt bzw. entgegengenommen haben, während nach ihrem übereinstimmenden Willen nur ein bestimmter Teil dieses Grundbesitzes aufgelassen werden sollte, so bewirkt dieser Gegensatz zwischen dem übereinstimmenden Willen und der übereinstimmenden Erklärung der Auflassungsbeteiligten nicht bloß, daß die Auflassung wegen Irrtums gemäß §§ 119, 121 BGB. von den Beteiligten angefochten werden kann, sondern sie hindert überhaupt das Zustandekommen einer wirksamen Auflassung, also einer rechtsgültigen Einigung über den Eigentumsübergang, insoweit, als die Auflassungserklärung hinsichtlich des zu übereignenden Gegenstandes nicht dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten entspricht (s. die vorstehende Entscheidung). Der Veräußerer bleibt sonach Eigentümer dieses Grundstücksteils. Als solcher hat er, wenn das Grundstück an einen nicht gutgläubigen Dritten weiter aufgelassen und dieser im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, nicht nur gegen diesen Dritten, sondern auch gegen seinen Vertragsgegner den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 BGB. Denn der gegen diesen bestehende Anspruch auf Feststellung, daß kein Eigentum auf ihn übergegangen sei, ist in dem Antrag auf Verurteilung zur Bewilligung der Wiedereintragung des richtigen Eigentümers genügend zum Ausdrucke gebracht. **f**) SeuffBl. **07** 794, BayObLG. **8** 240, ZBlFG. **8** 256, OLG. **15** 329 (Bay. ObLG.). Ist eine Auflassung an die Konkursmasse erfolgt, so kann diese zwar nicht als Eigentümerin eingetragen werden (Jäger, KO. zu § 1 Anm. 51, zu § 6 Anm. 17, zu § 37 Anm. 21). Es ist jedoch in einem solchen Falle auf Grund des § 133 BGB., der auch für das Grundbuchamt maßgebend ist (**RG. 52** 416, OLG. **2** 412, Turnau-Förster zu § 19 Anm. 4, Güthe I 230), zu erwägen, ob nicht gemeint ist, daß der Gemeinschuldner als Eigentümer und zugleich gemäß § 113 KO. die Konkurseröffnung eingetragen werden soll. Ist diese Frage zu bejahen, was meist der Fall sein wird, so ist demgemäß zu verfahren. g) ElsLothNotZ. **07** 361 (Colmar). Wenn eine formgerechte Auflassung vorliegt, so hat das Grundbuchamt dem von dem Notar namens des Erwerbers gestellten Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung auch dann stattzugeben, wenn der Verkäufer Widerspruch gegen diese Eintragung erhebt und die von ihm dem Notar erteilte Vollmacht widerruft. — Es darf auch die Eintragung nicht bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts über eine bei diesem beantragte einstweilige Verfügung auf Unterlassung der Eintragung aussetzen.

9. Pfändbarkeit des Anspruchs aus der Auflassung. ZBlFG. **7** 538 Ziff. 454, SeuffA. **61** 422 (Dresden). Der Anspruch des Erwerbers auf Eintragung als Eigentümer eines ihm bereits aufgelassenen Grundstücks ist pfändbar. Es kommt in Betracht, daß dem Schuldner das Recht, nach Entrichtung des gesetzlichen Kostenvorschusses als Eigentümer des ihm aufgelassenen Trennstücks eingetragen zu werden, durch seine bisherige Säumnis und die infolgedessen vom Grundbuchamte verfügte Abweisung seines Umschreibungsantrags nicht verlustig gegangen ist. Er ist also im Besitz eines Vermögensrechts, das als solches

vererblich ist und gegen dessen Pfändbarkeit ebenfalls kein rechtliches Bedenken obwaltet. Auf Grund dieses Pfandrechts kann dann eine Sicherungshypothek eingetragen werden.

10. Abs. 2. Bedingte Auflassung. a) ElsLothNotZ. **27** 20, PucheltsZ. **38** 46, R. **07** 60 Ziff. 46, ZBlFG. **8** 739 Ziff. 638, ElsLothJZ. **07** 82 (Colmar). Eine vor Abschluß der Ehe getroffene Vereinbarung der künftigen Ehegatten, daß bestimmte eingebrachte Grundstücke des Bräutigams bei Eintritt der von ihnen vereinbarten Errungenschaftsgemeinschaft Gesamtgut werden sollen, und die sich daran anschließende Erklärung der Brautleute, darüber einig zu sein, daß das Eigentum dieser Grundstücke auf die Gemeinschaft übergehen soll, enthält eine durch den Eheabschluß bedingte, also ungültige Auflassung; die Auflassung muß daher nach Abschluß der Ehe wiederholt werden. § 1438 Abs. 2 bezieht sich nur auf die Gegenstände, die kraft gesetzlicher Bestimmung zum Gesamtgute gehören. S. JDR. **5** zu § 925 Ziff. 8. b) Weegmann, WürttZ. **07** 265 ff. Erwerben Verlobte ein Grundstück mit der Vereinbarung, daß das Grundstück in die künftige Gütergemeinschaft (bei der Errungenschaftsgemeinschaft) fallen soll, so liegt, vorausgesetzt, daß sie einen die Errungenschaftsgemeinschaft begründenden Ehevertrag schließen, die Bedingung zugrunde, daß die Ehe geschlossen wird. Es ist daher in diesem Falle die Auflassung ungültig.

11. Landesrecht. a) Sontag, DJZ. **07** 1252 ff. Das Reichsrecht steht dem Erlasse landesrechtlicher Veräußerungsbeschränkungen für den Grundstücksverkehr nicht im Wege, insbesondere nicht dem geplanten Einspruchsrechte für die preußische Ostmark. b) SchlHolstAnz. **07** 332 (Kiel). Ein nach früherem Rechte eingetragenes Rückfallrecht bezüglich eines Grundstücks hat auch nach Einführung der neuen Grundbuchgesetze dingliche Wirkung behalten. c) Karlebach, BadNotZ. **07** 70 ff. „Enthält der unter dem alten badischen Rechte abgeschlossene Kaufvertrag über Grundstücke schon die dingliche Einigung oder gar schon den ganzen Tatbestand für den Erwerb des Eigentums?" Die erste Frage ist für die gewährgerichtlichen und notariellen Verträge zu bejahen, sonst zu verneinen, die zweite Frage stets zu verneinen. d) Die Entsch. des KG. — JDR. **5** Ziff. 9 d — auch R. **07** 449 Ziff. 881.

§ 927. BadRpr. **07** 315 (Karlsruhe). Das unter Vorbehalt der von einem Dritten geltend gemachten Rechte ergangene Ausschlußurteil genügt nicht ohne weiteres zur Eintragung. Ebenso das JDR. **5** zu § 927 angeführte KG., jetzt auch in KGJ. **33** A 270, OLG. **15** 353.

§ 928. 1. a) Hellwig, Anspruch und Klagerecht § 32, Rechtskraft § 40 III, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I § 43 II, II 378 § 124. Die Aufgabe des Eigentums an einem Grundstücke läßt das Eigentum nicht erlöschen; vielmehr bleibt dieses bestehen und nur sein Subjekt fällt fort. Es gehört dieses Grundstückseigentum zu Vermögensmassen, denen ein physisches Subjekt fehlt, welche aber doch als eine Einheit von Rechten und Pflichten, die auf ihr ruhen, erkannt werden; dazu gehört z. B. gemeinrechtlich die hereditas iacens. Der Aneignungsberechtigte setzt das Eigentum fort, das in der Zwischenzeit weiter bestanden hat; er ist Rechtsnachfolger der Vermögensmasse, mittelbar also auch des Aufgebenden. b) Dagegen Stammler, Unbestimmtheit des Rechtssubjekts, Festgabe für Gießen, 463 f. Das Grundstück wird mit der ordnungsmäßig durchgeführten Aufgabe herrenlos. Das Eigentum als solches ist weggefallen.

2. *Weyl, Kieler Festgabe für Hänel (oben Ziff. 1 b zu § 89) 97 f. (118 ff.). Die grundbuchmäßige Dereliktion von Immobilien wird nur selten eintreten (122).

3. Über die Nichtanwendbarkeit des § 928 Abs. 2 auf Erbbaurechte und Erbpachtrechte s. zu § 1017 Ziff. 3.

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

I. Übertragung.

§ 929. I. *Burckas, Eigentumsrecht, Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht an Briefen 10 f. In der neueren Literatur herrscht Einstimmigkeit darüber, daß der Empfänger einer Briefes das Eigentum erwirbt und zwar am Briefbogen, Briefumschlage, Marke, Stempel. In der Adressierung liegt eine Eigentumsübertragungsofferte. Nimmt der Adressat den Brief an und wird er dadurch zum Empfänger, so ist damit die zum Eigentumsübertragungsvertrag erforderliche Einigung gegeben (57 Anm. 2). Übrigens ist für die Person, die am Briefe nach Absicht des Briefschreibers Eigentum erwerben soll, nicht allein die Adresse entscheidend. Diese kann, wenn sich die persönliche Bezeichnung einer Person oder eines Geschäfts (durch Verheiratung, Scheidung, Veräußerung eines Geschäfts) ohne Wissen des Briefschreibers geändert hat, formell unrichtig sein. Adressat bleibt immerhin der, an den der Briefschreiber zweifelsfrei seinen Brief hat richten wollen (12). Besondere Schwierigkeiten können entstehen, wenn ein Brief mit einer derartig formell falschen Adresse Mitteilungen enthält, die verschiedene Adressaten angehen, z. B. ein Geschäft und dessen früheren Inhaber. Hier erwirbt der Eigentum, den der wichtigere Teil der Mitteilung angeht. Miteigentum dürfte nicht anzunehmen sein (12/13). Wenn ein Stellvertretungsverhältnis vorliegt, erwirbt nicht der Vertreter, sondern nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Vertretene das Eigentum am Briefe. Dieser Grundsatz findet jedoch nur bei dem eine gewisse Unterordnung mit sich bringenden Dienst- oder Auftragsverhältnis Anwendung. Anders, wenn dieses Moment der Unterordnung fehlt, z. B. im Verhältnisse zwischen Anwalt und seinen Klienten. Hier wird anzunehmen sein, daß zunächst ersterer das Eigentum an dem Briefe erwirbt.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** R. **07** 1467. Eine Übergabe ist in der Aufstellung eines Verzeichnisses der zu übergebenden Sachen und in der „Handauflegung" seitens des Erwerbers nicht zu finden, wenn die Sachen gleichwohl in der tatsächlichen Gewalt des anderen verbleiben.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 615 ff. Die Eigentumsübertragung an einem Teile einer Warenlagers ist nicht in der Weise denkbar, daß der Teil nur dadurch gekennzeichnet wird, daß er nach seinem Werte eine bestimmte Summe nicht übersteige. Die zu übereignenden Einzelsachen einer Sachgesamtheit müssen vielmehr individuell bestimmt und mindestens aussonderungsfähig werden.

3. R. **07** 1260 (Frankfurt). Dadurch, daß der Käufer beim Distanzgenuskaufe nicht die Ware selbst, sondern ein sog. Dispositionspapier ausgeliefert erhält und mittels desselben über die Ware verfügt, geht das Eigentum an der Ware über.

4. **a)** SchlHolstAnz. **07** 37 ff. (Kiel) über Eigentumsübergang bei Übersendung einer Ware im Falle des bei der Ankunft erfolgten Todes des Firmeninhabers und der Empfangnahme durch den Handlungsbevollmächtigten der Firma. **b)** Über Eigentum an einem Bankdepot **RG.** 12. 3. 07, SächsRpflA. **07** 338. **c)** BayObLG. JDR. **5** Ziff. II c jetzt auch SeuffA. **62** 401.

§ 930. I. Voigt, DJZ. **07** 710 f. Zur Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium ist der Abschluß eines Kaufgeschäfts nach BGB. nicht mehr erforderlich. Die Parteien können vielmehr offen und ehrlich erklären, daß sie ein Darlehen geben und nehmen, und der Schuldner, da er im Besitze der Sachen bleiben wolle, diese, statt sie zu verpfänden, dem Gläubiger zu fiduziarischem Eigentum übertrage. Die Parteien laufen dann nicht Gefahr, mit dem Ernste ihres Kaufgeschäfts und darauf gegründeten Übereignungswillens bei den Gerichten keinen Glauben zu finden. Vgl. auch Schwedler, DJZ. **07** 1141, der auf **RG. 57** 175, **59** 146 hinweist.

II. Aus der Praxis. 1. Antizipierte Vereinbarung des noch nicht Besitzenden (s. JDR. **1** Ziff. 3, **3** Ziff. 2). **RG.** 11. 10. 07, JW. **07** 747. Die gegenwärtige Willenseinigung der Beteiligten kann sich dergestalt auf die Zukunft richten, daß von dem Zeitpunkte des späteren Besitzerwerbes des Veräußerers an dieser als Mieter des Erwerbers besitzen soll; in solchem Falle würde bei entsprechendem Verhalten das Besitzkonstitut mit dem gedachten Zeitpunkt in Wirksamkeit treten, d. h. den Eigentumsübergang nach § 930 zur Folge haben. Im wesentlichen bereits **RG. 56** 52, JDR. **3** Ziff. 2.

2. a) R. **07** 1536 (Hamburg). Hat ein Gastwirt gegenüber der Brauerei, welche ihm zur Errichtung einer Wirtschaft Geld vorgeschossen hat, sich verpflichtet, an den für die Wirtschaft noch anzuschaffenden Gegenständen Besitz und Eigentum für die Brauerei, der die Sachen als Sicherheit dienen sollen, zu erwerben, so wird die Brauerei in dem Augenblick Eigentümer der Sachen, in welchem der Wirt das Eigentum erwarb. b) **RG.** R. **07** 1535. Die bei Übertragung eines Fuhrgeschäfts getroffene Vereinbarung, daß nicht nur die vorhandenen Pferde bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises Eigentum des Verkäufers bleiben, sondern daß auch die im Betriebe des Geschäfts an Stelle abgängiger Pferde neu angeschafften Pferde Eigentum des Verkäufers werden und bis zur völligen Zahlung des Übernahmepreises bleiben sollen, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

3. **RG.** 4. 12. 07, BankA. **7** 157. Hat ein mit dem Umtausche von Wertpapieren beauftragter Kommissionär die eingetauschten Stücke in einen mit dem Namen des Kunden versehenen Umschlag gelegt, so erwirbt der Kommittent an denselben auch ohne Übersendung eines Stückeverzeichnisses Eigentum. Wenn die für mehrere Kommittenten auf Grund gesondert erteilter Aufträge eingetauschten Stücke unter einer gemeinsamen Bezeichnung ausgesondert werden, so erwerben die mehreren Kommittenten an ihnen Miteigentum, wie beim sog. Sammeldepot. Welche Person innerhalb des Bankgeschäfts die Aussonderung vorgenommen hat, ist für diese rechtlichen Vorgänge ohne Erheblichkeit. Vgl. hierzu die Anm. 1 aaO. und JDR. **1** Ziff. 4 b, **5** Ziff. I 2.

4. KGBl. **07** 70 (KG.). Bei zum Verbrauch oder zum Verkaufe bestimmten Gegenständen ist die Übergabe durch constitutum possessorium rechtsunwirksam.

5. NaumburgAK. **07** 55 (Naumburg). Es ist nicht erforderlich, daß gerade eines der im BGB. besonders behandelten Schuldverhältnisse vereinbart ist.

6. Über den Begriff des Rechtsverhältnisses im § 930 vgl. SchlHolstAnz. **08** 56 (Kiel).

§ 931. 1. *Siber, Passivlegitimation 246 ff. (vgl. unten Ziff. 2 zu § 985 und Ziff. 1 zu § 986). Der zum Zwecke der Übereignung abzutretende Anspruch ist — entgegen der herkömmlichen, aber nicht gesetzlichen Bezeichnung „Vindikationszession" — nicht immer der Vindikationsanspruch; dies folgt schon aus § 934, wonach auch der Nichteigentümer unter Umständen zur Abtretung zum Übereignungszwecke fähig ist; der abzutretende Anspruch ist vielmehr je nach dem Verhältnisse des Besitzers zum Zedenten bald der Vindikationsanspruch, bald ein persönlicher.

2. **RG. 64** 182. Wenn ein Gebäude mehrere an verschiedene Personen vermietete Wohnungen enthält, kann die neben der den Eigentumsübergang betreffenden Einigung erforderliche Übergabe des Gebäudes nicht dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber seine Ansprüche gegen die Mieter auf Rückgabe der Wohnungen abtritt.

3. R. **07** 1405 (Hamburg). Die die Abtretung des Herausgabeanspruchs enthaltende Willensäußerung kann in jeder schlüssigen Weise erklärt werden. Es genügt z. B. eine Erklärung des Eigentümers, daß die bei einem Dritten lagernden Waren zur Verfügung des Erwerbers ständen.

§ 932. 1. SeuffA. **62** 298 ff., SächsOLG. **28** 389 ff. (Dresden). Wenn auch die Rechtssätze über den guten Glauben nicht auf den Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung Anwendung finden (vgl. Wendt, JDR. **1** Ziff. 9 c zu § 932), so liegt es doch anders, wenn ausnahmsweise vom Vollstreckungsgerichte gemäß § 825 ZPO. eine Überweisung der Pfandsachen zum Schätzungswert in das Eigentum des Gläubigers angeordnet und vom Gerichtsvollzieher ausgeführt wird, weil dann für den Pfandgläubiger ebensogut ein rechtsgeschäftlicher Erwerb, wie bei jedem freihändigen Verkaufe jener Sachen vorliegt.

2. **RG.** (Straff.) **39** 432. Es kann nicht grundsätzlich einem Rechtsirrtume jede Bedeutung für die Frage des guten Glaubens abgesprochen werden, da nach Abs. 2 die Entschuldbarkeit eines Irrtums hinsichtlich des Eigentums an der Sache zu berücksichtigen ist und eine solche unter Umständen auch im Falle eines Rechtsirrtums angenommen werden kann.

3. SeuffA. **62** 278 (München). Auf Verfügungen der Frau über das Eigentum des Mannes findet § 932 Anwendung.

4. BreslauAK. **07** 28 (Breslau). Grobe Fahrlässigkeit bei Inpfandnahme von Kupons ohne Stücke und Talons seitens eines Bankhauses.

§ 934. Vgl. Siber oben zu § 931 Ziff. 1.

§ 935. **RG.** 25. 3. 07, R. **07** 573, SeuffBl. **07** 987 ff. Der § 935 kommt neben dem Art. 74 WO. nicht in Betracht.

§ 936. 1. Cohn, DJZ. **07** 765. Hat der Erwerber einer Sache von einem Pächter das an dieser bestehende gesetzliche Pfandrecht des Verpächters gekannt, so ist diese Kenntnis in keiner Weise dem guten Glauben des Erwerbers hinderlich, wenn der Verkauf im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts des Pächters erfolgte.

2. **RG.** JW. **07** 672, PucheltsZ. **07** 705. Bei dem Verkaufe von Sachen, die sich in einem vom Verkäufer mietweise innegehabten Raume befinden, muß der Käufer damit rechnen, daß möglicherweise ein Vermieterpfandrecht besteht; er handelt grobfahrlässig, wenn er sich nicht nach dem Bestehen oder Nichtbestehen einer Mietschuld erkundigt (so auch Planck Anm. 5 zu § 936, Staudinger Anm. IV 2 b zu § 936, Neumann, Handausg. Anm. 4 a zu § 560).

II. Ersitzung.

§ 940. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 15. Die im Abs. 2 enthaltene Rückwirkung erleidet eine Einschränkung zugunsten des Eigentümers, der in der Zwischenzeit nur gegen den Zwischenbesitzer, nicht gegen den Ersitzenden klagen konnte.

§ 941. Über Satz 2 handelt Hellwig in Grenzen der Rückwirkung 11 (vgl. oben zu § 212 Ziff. I 2).

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

Literatur: Broicher, Kann nach neuem preuß. Rechte der Erbauer einer Scheidegiebelmauer von dem anbauenden Käufer des Nachbargrundstücks Ersatz der halben Baukosten verlangen? PucheltsZ. **07** 170—180. — Goldberger, Zur Lehre von der Vermengung des Geldes nach BGB., SeuffBl. **07** 633—636. — Poeschel, § 952 des BGB. Leipzig 1907.

§ 946. I. 1. *Broicher. Besondere Bestimmungen bestehen über die nach dem 1. Januar 1900 erbauten Scheidemauern nicht mehr. Die Vorschriften der Artt. 661 bis 663 C. c. über die gemeinschaftlichen Mauern sind aufgehoben. Die besondere Vorschrift des § 95 BGB. kann auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gebracht werden. Mit den allgemeinen Bestimmungen der §§ 93, 94, 946 stellt das BGB. den Grundsatz auf, daß jedes Grundstück gegen das Nachbargrundstück eine geometrische Grenze haben solle. Jeder Eigentümer besitzt bis zur Grenze seines Grundstücks die Mauer eigentümlich und hat auf Grund des § 921 BGB.

an demjenigen Teile der Mauer, die in dem Eigentume des Nachbars steht, ein Benutzungsrecht. Der Erbauer kann seinen Anspruch auf Ersatz der halben Baukosten weder auf Geschäftsführung ohne Auftrag noch auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung stützen, er kann sich vielmehr lediglich darauf berufen, daß der anbauende Käufer des Nachbargrundstücks die Schuld des ursprünglichen Eigentümers gemäß §§ 414 f. BGB. übernommen habe, was in der Regel nicht der Fall sein wird.

2. **a)** Frank, Maschinenindustrie und ihre Gefährdung durch die Rechtsprechung 10: § 946 enthalte nur eine Normalbestimmung, die in geeigneten Fällen, insbesondere bei zweifelhafter Rechtslage wie bei Maschinen, der entsprechenden Abänderung durch die Parteien nach ihrem Belieben unterliege. **b)** Affolter, DJZ. **07** 934. Schon die Fassung des § 946 weist auf ein jus dispositivum hin. Es müßte sonst heißen: „Der Vorbehalt des Eigentums ist unwirksam". Ebenso enthält § 947 nachgiebiges Recht. Hiergegen Hoyer, DJZ. **07** 1368.

3. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 653 ff. Die Verbindung, Vermischung und Vermengung (§ 948), die Trennung (§§ 954 ff.) erfordern wesentlich keine menschliche Handlung, sind daher nicht einmal als Rechtshandlungen anzusehen (vgl. oben §§ 104 ff. Ziff. I 1).

II. PucheltsZ. **07** 714 ff. (Düsseldorf). Der Eigentümer eines Grundstücks, welcher bei Errichtung eines Gebäudes die zur Hälfte auf sein Grundstück übergebauten Giebelmauern des Nachbarhauses in Benutzung nimmt, ist verpflichtet, dem derzeitigen Eigentümer des Nachbargrundstücks die halben Baukosten der Giebelmauern zu erstatten.

§ 947. Vgl. Affolter oben zu §§ 93, 94 Ziff. I 2.

§ 948. Goldberger, SeuffBl. **07** 633 ff. Im Falle der ununterscheidbaren Vermengung von Geldstücken zweier Eigentümer erwirbt derjenige Eigentümer das Eigentum an der Gesamtmenge, dessen Vorrat als „Hauptsache" anzusehen ist (§ 947 Abs. 2). Welcher Vorrat als „Hauptsache" zu betrachten ist, wird nicht die Quantität der beiden in Vermengung tretenden Vorräte zu entscheiden haben, sondern die Verkehrsauffassung, und diese wird als die „Hauptsache" nicht bloß und nicht immer einen Geldvorrat dann betrachten, wenn er gegenüber einem anderen die überwiegende Quantität bildet, sondern auch dann, wenn er diesen sozusagen in seinen Schicksalsbereich hineinzuziehen vermocht hat.

§ 950. 1. *Burckas, Eigentumsrecht, Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht an Briefen, 8 ff. In dem Briefschreiben ist eine Spezifikation zu erblicken, wodurch der Schreiber oder derjenige, für den der Schreiber diese Spezifikation vornimmt, das Eigentum an dem beschriebenen Papier erwirbt.

2. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 663 ff. Die Verarbeitung ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung, da der Eigentumserwerb ganz ohne Rücksicht auf das darauf gerichtete Wollen des Subjekts eintritt. Also erwirbt auch der Geschäftsunfähige. Bedingungen und Termine sind ausgeschlossen; § 950 ist zwingendes Recht. Auch eine Vertretung ist ausgeschlossen. Spezifikant im Sinne des § 950 ist aber dort, wo jemand die Arbeiten von einem oder mehreren anderen herstellen läßt, immer der Arbeitsherr, der Arbeitgeber. So im Resultat auch das RG. Hierzu Manigk aaO. 669. Vgl. auch Manigk, JDR. **1** Ziff. 1.

3. Poeschel 33. § 950 behält auch dem § 952 gegenüber seine volle Geltung. Neben dem Anspruch auf Vergütung nach § 951 ist dem Gläubiger der Anspruch auf Erteilung einer öffentlich beglaubigten Abschrift der Schuldbescheinigung zuzubilligen. (AM. die Literatur).

4. OLG. **14** 105 (Breslau). Der § 950 greift auch dann Platz, wenn die Verarbeitung des Stoffes durch dessen Eigentümer erfolgt ist.

§ 951. 1. a) Kretzschmar, R. **07** 285 ff. Die Fassung des Abs. 2 Satz 2 erweckt den Anschein, als habe nur dem Besitzer der Hauptsache ein erweitertes Wegnahmerecht verliehen werden sollen; dies ist jedoch nicht der Fall, sondern die Vorschrift bestimmt ein neben dem Bereicherungsanspruche des Abs. 1 selbständig einhergehendes Wegnahmerecht des früheren Eigentümers. Mit dem Rechte zur Wegnahme ist das Recht der Aneignung verbunden; durch die in Aneignungsabsicht erfolgende Wegnahme erlangt der frühere Eigentümer neues Eigentum an der Sache. — Das Recht zur Wegnahme und Aneignung haftet an der Sache. Es wirkt gegenüber allen Personen, zu deren Gunsten die durch die Verbindung herbeigeführte Rechtsänderung eingetreten ist, und die gemäß Abs. 1 auch nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung haften; das ist aber nicht bloß der Eigentümer, sondern dazu gehören auch die Hypothekengläubiger, deren Rechte sich nach § 949 Satz 3 auf die hinzutretende Sache erstrecken. Vgl. auch Kretzschmar, JDR. **4** Ziff. 2 u. 3 b, **5** Ziff. 2. **b)** SächsRpflA. **07** 437 f. (Dresden). Das Wegnahmerecht des § 951 Abs. 2, Satz 2 ist nur dem herausgabepflichtigen Besitzer der Hauptsache gegeben, denn dieses Erfordernis des § 997 ist durch § 951 unberührt geblieben.

2. Schmidt, BayNotZ. **07** 58. Der Bereicherungsanspruch des § 951 steht dem Erbauer einer Grenzmauer nur zu, wenn sich sagen läßt, daß der Nachbar das Eigentum am Material auf Kosten des Bauherrn ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Inwieweit im übrigen die Tatbestandsmomente des § 812 beim Grenzmauerüberbaue vorliegen s. aaO. 58/59.

§ 952. 1. Poeschel 17 ff. Nur das Original ist ein ausgestellter Schuldschein im Sinne des § 952; Kopien folgen den gewöhnlichen Grundsätzen. Nicht als „ausgestellt" ist die Schuldurkunde zu bezeichnen, wenn sie von Amts wegen durch öffentlichen Akt errichtet wird. So bleibt z. B. die Urschrift eines gerichtlichen Vergleichs, gleichviel, ob von den Parteien unterzeichnet oder nicht, im Eigentume der Behörde. Ausfertigungen, die sich jede Partei geben lassen kann, stehen den Kopien von Privatschuldscheinen gleich, sind also Eigentum derer, denen sie erteilt worden sind. Eine Ausnahmestellung nimmt der Hypothekenbrief (Grundschuld, Rentenschuldbrief) ein. Er ist als „ausgestellt" zu betrachten, wenn er mit der Unterschrift des Richters und mit dem Siegel versehen ist. Erst dadurch, daß der Schuldner die Urkunde über die Forderung zu der realen Persönlichkeit des Gläubigers in Beziehung setzt und dieser die dahingehende Erklärung annimmt, wird die „Ausstellung" vollendet (gegen Planck und Biermann).

2. Poeschel 29. Der Anspruch des Gläubigers, die Herausgabe des Schuldscheins von jedem dritten Besitzer zu verlangen, unterliegt wie bei allen vindikationsfähigen Sachen der Verjährung. AM. Strohal, R. **01** 158 ff., JDR. **1** Ziff. 2.

3. Poeschel 15. Steht eine verbriefte Forderung mehreren Gesamtgläubigern gemeinsam zu, so haben sie Miteigentum an dem Papiere zur gesamten Hand. Stehen mehrere Forderungen, die auf demselben Blatte beurkundet sind, je verschiedenen Forderungsberechtigten zu, so haben sie an dem Papiere Miteigentum zu Bruchteilen. Dasselbe Verhältnis entsteht, wenn der ursprünglich alleinige Gläubiger seine Forderung teilweise abtritt: der Zessionar wird Miteigentümer (aM. Dernburg). Ein Miteigentum am Schuldschein ist auch anzunehmen, wenn über gegenseitige Forderungen eine einzige Urkunde ausgestellt ist.

4. Poeschel 44. An Schuldscheinen des § 952 kann zwar kein gesondertes Faustpfandrecht, wohl aber ein gesondertes Zurückbehaltungsrecht mit dinglicher Wirkung begründet werden. (Für dingliche Wirkung des Zurückbehaltungsrechts z. B. Planck, Staudinger; dagegen Förster-Eccius, Goldmann-Lilienthal (s. JDR. **1** Ziff. 1 a). Mit denselben Wirkungen wie

das vertragsmäßige kann auch beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 273 BGB. ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht am Schuldschein entstehen. Sind die Voraussetzungen für die Begründung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts an Urkunden des § 952 gegeben (§§ 369 ff. HGB.), so gelangt auch ein solches Recht zur Entstehung; soweit das kaufmännische Retentionsrecht mit dem Wesen des § 952 nicht vereinbar ist, kann es nicht in Wirksamkeit treten, so stellt es sich nur als ein Recht auf Besitzvorenthaltung, nicht als ein Recht dar, das eine selbständige Befriedigungsmöglichkeit gewährt.

5. Über das Verhältnis des § 950 zu § 952 vgl. o. Ziff. 3 zu 950.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache.

Literatur: Seydel, Der Fruchterwerb auf Grund des Gestattungsgeschäfts nach §§ 956, 957 BGB. (Studien zur Erläuterung des bürgerl. Rechtes von Prof. Leonhard, Heft 24.) Breslau 1907.

§ 956. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 670 f. Der Erwerb von Früchten und Bestandteilen beruht auf einer Handlung nur insofern, als eine „Besitzergreifung" erforderlich ist. Diese ist nicht Rechtsgeschäft, sondern bloße Rechtshandlung. S. hierzu oben Ziff. I 1 zu §§ 104 ff. Die Normen der Rechtsgeschäfte sind nicht anzuwenden.

2. *Seydel. Die Grundlage des Fruchterwerbes nach §§ 956, 957 bildet die Gestattung. Gestattung ist die Überlassung der Ausübung des Aneignungsrechts. Ihre Erteilung („das Gestattungsgeschäft") ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Der im Besitze der Muttersache befindliche Aneignungsberechtigte erwirbt durch die „Gestattung eine Anwartschaft" auf den Erwerb der Früchte. Das Gestattungsgeschäft bereitet also die Wirkungen eines echten Verfügungsgeschäfts vor. Der nicht im Besitze befindliche Aneignungsberechtigte erwirbt keine Anwartschaft. Nach § 957 genügt die Gestattung jedes Scheinberechtigten. Es sind zu § 957 vom Gesetze nicht normierte Einschränkungen dahingehend zu machen, daß der Zweck der §§ 935, 933 nicht vereitelt wird.

§ 957. WürttJ. **19** 60 (Stuttgart) wendet sich gegen die von Heilmann, Harburger und Jacubezky (JDR. **1** Ziff. 1) gemachten Versuche einer dem praktischen Bedürfnis entsprechenden Auslegung des § 957. Es sei nicht angängig, aus § 932 das Erfordernis in den § 957 hineinzutragen, daß der Gestattende zur Zeit der Besitzergreifung des anderen selbst im Besitze der Sache gewesen ist; auch könne § 935 nicht auf Trennung von Erzeugnissen angewendet werden. Vgl. auch Seydel, Ziff. 2 zu § 956.

V. Aneignung.

Literatur: Hedemann, Herrenlose Briefe, R. **07** 942—947. — Rotering, Jagd- und Wildbestandsschutz, JagdRZ. **07** 157 ff.

§ 958. 1. *Rotering, JagdRZ. **07** 159. Die Frage, wann der Eigenbesitz besteht an demjenigen Wilde, welches nicht im Tiergarten, sondern im eingehegten Walde — Wildgarten, Wildpark — gehalten wird, entscheidet sich von Fall zu Fall. In Rücksicht kommen die Größe, die Breite insbesondere, welche oft die Absperrung in Abteilungen ermöglicht, die Ununterbrochenheit der Umschließung, die Höhe des Gatters, das Verschlossenhalten der Eingänge, der Baumbestand, die trockene oder nicht trockene Grenze, das Vorhandensein von Wohnungen, die Forstkundigkeit der Bewohner, ob Wald oder Feld angrenzt, Einsamkeit oder Verkehrsflächen, Durchführung der Nachtwache, die Wildart mit der Neigung zum Rückwechseln. Hinsichtlich der tatsächlichen Gewalt aber ist das Typische nicht die singuläre Erscheinung das Maßgebliche. Die Möglichkeit des Diebstahls hebt sie nicht auf. Der Parkbesitzer hat die tatsächliche Gewalt am einzelnen Wildobjekte, wenn ihm

die zur Bemächtigung erforderlichen Maßnahmen (Treibjagen, Absperrung) noch gestattet, aber auch noch (sportlich) üblich sind.

2. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 541 ff., 551 ff., 580 ff., 584 ff., 602. Die Aneignung ist ein bloßes Willensgeschäft, d. h. erklärungsloses Rechtsgeschäft. Der Aneignungswille bleibt aus den Indizien festzustellen. Vgl. unten zu § 959. Man muß zwischen Aneignung herrenloser Sachen und zwischen Schatzfund scharf trennen. Dort verlangt das Gesetz Eigenbesitz, hier nur Besitz. Die Wirkung der Aneignung ist rechtsgeschäftlich, weil dem Willen des Handelnden entsprechend, die Wirkung des Schatzfundes (§ 984) ist rein legal, die auch dann eintritt, wenn sie dem Finder unbekannt ist. Der Aneigner muß den animus domini haben, braucht aber nicht die opinio dominii zu haben. — Die Natur der Aneignung ändert sich auch dann nicht, wenn die herrenlose Sache mit dinglichen Rechten belastet war. Vgl. auch JDR. **2** und Manigk, JDR. **4** Ziff. 1.

3. *Rotering, JagdRZ. **07** 159. Wenn dem Eigentumserwerb an der herrenlosen Sache das gesetzliche Aneignungsverbot entgegensteht, so ist an ein solches Verbot gedacht, welches die Sache gegen den Zugriff Dritter schützt. Es genügt nicht, daß die Aneignungsart etwa fremde Rechtsgüter verletzt, z. B. das Jagen die Sonntagsruhe, das Treibjagen den öffentlichen Frieden. Das Verbot der Wildokkupation muß den Schutz des Landeswildbestandes als Volksvermögens bezielen. Wenn das Wildschongesetz untersagt das Erlegen und Einfangen von Wild, so ist ein Gebaren unter Strafe gestellt, welches in der Mehrzahl der Fälle Zueignungsakt ist. Deshalb ist mit demselben auch die Aneignung selbst verboten, insoweit eine Schonzeit festgelegt ist. Jede andere Auslegung ignoriert das Zweckmoment. In der Schonzeit soll das Wild Teil des Landeswildbestandes als Volksvermögens bleiben, um dem Naturtriebe folgend der Erhaltung der Gattung zu dienen. Es ist deshalb gegen den Übergang in das Privatvermögen die Barre gestellt. Wie § 368 Ziff. 11 StGB. verbieten die Schongesetze nicht die „Aneignung" als solche, weil die Jägersprache das Wort nicht führt (G. v. 1876/1877 Schonzeit für Robben). Nach Ablauf der Schonzeit hat das Wild insoweit seine Sendung erfüllt. Andererseits beweist das Verbot der Fangmethode, daß das Fangen an sich erlaubt ist. Auch haben die Schonverbote auf eingegattertes Wild keine Beziehung.

4. Reinberger, JagdRZ. **07** 359 ff. Durch die Erlegung des in einem Nachbarrevier heimischen, in das Gehege gestrichenen Flugwildes erwirbt der Inhaber des Geheges Eigentum daran. Der Inhaber des Geheges ist gemäß § 4 Abs. 2 JagdO. v. 15. Juli 1907 verpflichtet, das Eigentum an seiner Beute gegen Zahlung des Schußgeldes demjenigen Jagdnachbarn zu übertragen, der von der Jagdpolizeibehörde bei Erteilung der Jagderlaubnis als Berechtigter bezeichnet worden ist. Tut er dies nicht, verfügt er vielmehr anderweitig über das Flugwild, so kann er zwar von dem empfangsberechtigten Jagdnachbarn auf Herausgabe oder Schadensersatz verklagt werden, begeht aber keine Unterschlagung, da er sich kein fremdes Eigentum angeeignet hat.

5. **RG.** (Strafſ.) **39** 427 ff. An einem mittels Jagdvergehens erlangten lebenden jagdbaren Tiere ist kein Eigentumserwerb durch Besitzergreifung seitens desjenigen möglich, der mit Kenntnis von der Art der Erlangung das Tier von dem Jagdfrevler erhalten hat; auch kann in einem solchen Falle Eigentum an dem Tiere nicht durch dessen Zähmung seitens des erwähnten Besitzers erworben werden. Die §§ 950 und 960 können hier nicht herangezogen werden (431).

§ 959. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 537 ff., 953 ff. Die Dereliktion von Mobilien ist ein bloßes Willensgeschäft, d. h. ein Rechtsgeschäft ohne Erklärung des Geschäftswillens. Der letztere bleibt praktisch aus Indizien festzustellen. Vgl. oben Ziff. I 1 zu §§ 116 ff. und zu § 133. Es gibt auch Dereliktionser-

klärungen, die dann aber einen Adressaten, bestimmten oder unbestimmten haben müssen und auf alle die Normen der Willenserklärungen anzuwenden sind.

§ 960. 1. *Rotering, JagdRZ. **07** 158 f. Das Gesetz schließt durch Abs. 1 Satz 2 nur die Vermutung aus, welche sonst die Freiheit des Wildes für die Herrenlosigkeit begründet. Es sollen nicht Besitz und Eigentum dem Tiergartenbesitzer wider Willen aufgedrungen werden wie an der einspringenden verseuchten Hündin.

2. Stelling, DJZ. **07** 182. Selbständige Jagdbezirke verlieren durch Einzäunung keineswegs ihren öffentlich-jagdrechtlichen Charakter, vielmehr bleibt das dort gehegte Wild herrenlos und nach wie vor ein Gegenstand der Jagdausübung. — Eingegatterte (umzäunte) Jagdbezirke sind keine Tiergärten im Sinne des Abs. 1. AM. **RG.** (Straff.) JW. **03** 80.

VI. Fund.

Zu §§ 965 ff. 1. Rechtsnatur des Findens. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 671 ff. Der Fund ist hinsichtlich der obligatorischen und dinglichen Wirkungen kein Rechtsgeschäft, sondern bloße Rechtshandlung. Vgl. hierzu oben vor §§ 104 ff. Ziff. I 1. Auch ein Kind kann finden und eventuell Eigentum aus § 973 erwerben. Die Anzeige ist eine Vorstellungsmitteilung, die auch von Nichtgeschäftsfähigen ausgehen kann. Über die Haftung aus §§ 966, 968 vgl. ebendort (673).

2. Finden und Verlieren (s. JDR. **5** zu §§ 965 ff. u. die dortigen Verweisungen). Altmann, BayRpflZ. **07** 453. Verliert ein Besucher jedermann zugänglicher Cafés, Restaurants, Konzertsäle, Theater, Ausstellungen, Kirchen, Wärmehallen ihm gehörige Gegenstände, ohne daß sie den Besitzer erkennen lassen, meldet sich der Besitzer auch nicht und läßt sich auch sonst nicht ermitteln, so ist der Begriff Fundsache gegeben.

3. Finderlohn. Voß, DJZ. **07** 1138 f. Der Finderlohn ist Entgelt für Mühewaltung. Er gehört demnach zum nutzungsfreien Vermögen des Kindes (§ 1651 BGB.). Der Inhaber der elterlichen Gewalt (§§ 1627, 1686) sowie der Vormund können in Vertretung Minderjähriger wirksam auf Finderlohn verzichten, ebenso kann dies der Minderjährige selbst, wenn der Anspruch auf Finderlohn ihm als Vater oder Vormund zu freier Verfügung überlassen ist. Auch kann der Mündel das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts anrufen, wenn der Vormund sich ohne triftigen Grund weigert, dem Willen des Mündels zuwider auf den von diesem verdienten Finderlohn zu verzichten. Im Bereiche des gesetzlichen Güterrechts gehört der Anspruch auf Finderlohn zum Vorbehaltsgute der Frau. Der Ehemann kann demnach einen Verzicht auf Finderlohn der Ehefrau weder selbst aussprechen noch wider Willen des letzteren durchsetzen, selbst wenn das Unterbleiben eines solchen Verzichts für ihn peinlich sein würde. Im Bereiche der gütergemeinschaftlichen Ehe gehört der Finderlohn jedes der Ehegatten zum Gesamtgute. Der Ehemann bedarf aber der Einwilligung der Frau zum Verzicht auf den Finderlohn nicht. Der Vorerbe kann auf den vom Erblasser verdienten Finderlohn mit Wirkung für den Nacherben verzichten. Der Verzicht auf Finderlohn unterliegt als Schenkung der Anfechtung durch den Konkursverwalter, sowie anfechtungsberechtigter Einzelgläubiger; denn der Verzicht auf verdienten Finderlohn gehört keinesfalls zu den gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenken.

4. **RG.** EisenbE. **23** 167 Ziff. 118 s. bereits JDR. **5** zu §§ 965 ff. Ziff. 1 b α.

§ 978. Altmann, BayRpflZ. **07** 453/4. Der § 978 verträgt keine ausdehnende Auslegung. Verkehrsanstalt ist gleichbedeutend mit Verkehrsunternehmung (Art. 125 EGBGB.), einer Anstalt, deren Hauptzweck es ist, dem Verkehre zu dienen. Daher scheiden die oben (s. o. zu §§ 965 ff. Ziff. 2) erwähnten Anstalten, die vornehmlich anderen Zwecken dienen, aus.

§ 979. Zu Abs. 1 Satz 2 vgl. *Weyl in der unten zu § 981 erwähnten Abhandlung 110 ff. (118 ff.).

§ 981. *Weyl, Kieler Festgabe für Hänel (oben zu § 89 Ziff. 1 b) 98 ff. (118 ff.). Das hier (Abs. 1) dem Fiskus gegebene Vorrecht ist im Gegensatze zu den sonstigen Vorrechten des Fiskus im gegenwärtigen Privatrechte ganz ohne historische Anknüpfung; höchstens kämen § 26 PostG. und § 35 StrandO. in Betracht.

§ 984. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 673 ff., 541 ff. Der Schatzfund ist, entgegengesetzt der Aneignung herrenloser Sachen (vgl. oben zu § 958 Ziff. 2), bloße Rechtshandlung. Auch Geschäftsunfähige erwerben das Recht aus § 984.

2. Über Unzulässigkeit der Verpfändung der Briefhypothek ohne Übergabe des Briefes vgl. Hinsberg, BankA. 7 190.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentume.

Literatur: Josef, Die Rechtsstellung des besitzenden Käufers gegenüber dem dritten Erwerber des Grundstücks, GruchotsBeitr. **51** 531—556. — Klein, Ein Beitrag zur Lehre von der Vorteilsanrechnung, GruchotsBeitr. **51** 754—770. — Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz. Leipzig 1907.

§ 985. 1. Josef, GruchotsBeitr. **51** 531 ff. Der Käufer, dem der Verkäufer das Grundstück übergeben, aber nicht aufgelassen hat, hat gegenüber einem dritten Erwerber die Rechtsstellung des redlichen Besitzers. Nur der Glaube an die eigene Berechtigung zum Besitz ist Voraussetzung dieser Rechtsstellung (§ 990), und sie verbleibt dem Käufer, auch wenn er erfahren hat, daß der Verkäufer das Grundstück einem Dritten aufgelassen hat. — Hat der Käufer von der erfolgten Eintragung des Erwerbers zuverlässig Kenntnis erhalten, so hat er hiermit grundsätzlich die Beendigung seines Besitzrechts erfahren, er ist fortan zur Rechnungslegung über die gezogenen Nutzungen nach § 687 Abs. 2 verpflichtet und das Eigentum der vom Käufer getrennten Früchte erwirbt nunmehr der neue Grundstückseigentümer. In Verzug gerät der im Besitze befindliche Käufer erst durch die Aufforderung des Erwerbers, das Grundstück herauszugeben. Zur Beseitigung der Rechtsfolgen steht dem Käufer der Nachweis offen, daß er gerechten Anlaß gehabt habe, zu glauben, daß sein Besitz auch dem neuen Erwerber gegenüber fortbestehe. Hat dieser mit dem Verkäufer arglistig zusammengewirkt, um den Auflassungsanspruch des ersten Käufers zu vereiteln, so hat dieser gegen beide einen Schadensersatzanspruch aus § 826, also nicht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern auf Herstellung des durch die unerlaubte Handlung vereitelten Zustandes, so daß der arglistige Erwerber verpflichtet ist, das Grundstück dem ersten Käufer direkt aufzulassen. Klagt der Dritterwerber gegen den ersten Käufer auf Herausgabe des Grundstücks, so kann der Beklagte den Tatbestand des § 826 einwenden; mißlingt ihm sein Nachweis, war er aber von der Richtigkeit seines Vorbringens überzeugt, so war er von dem Fortbestehen seines Besitzrechts dem neuen Erwerber gegenüber überzeugt und ist folglich als redlicher Besitzer zu behandeln. — Besteht eine Verpflichtung des räumenden Besitzers zur Herausgabe von Nutzungen, so kann der Eigentümer schlechthin die Nutzungen fordern, die bei ordnungsmäßiger Wirtschaft hätten erzielt werden können; er kann auch, wenn er die tatsächlich gezogenen Nutzungen rechtskräftig zugesprochen erhalten hat, noch nachträglich die versäumten Nutzungen beanspruchen. Hat der Besitzer das Grundstück verpachtet, so kann der obsiegende Eigentümer, wenn er den Herausgabeanspruch gegen den Pächter und auch gegen den Verpächter durchgeführt hat, nach seiner Wahl von jenem die natürlichen Früchte oder von diesem den Pachtzins beanspruchen. — Hat der Besitzer auf das Grundstück Verwendungen gemacht, so erstreckt sich sein Zurückbehaltungsrecht auf das ganze Grundstück. Macht der Besitzer von seinem Abbruchsrechte Gebrauch (§ 997), so kann der neue Erwerber,

wenn er das Gebäude miterkauft hat, von seinem Verkäufer nur den Aufbau eines neuen verlangen. War dem Erwerber die Abbruchsabsicht des Besitzers bekannt, so hat er hiervon dem Veräußerer Mitteilung zu machen, um diesem Gelegenheit zu geben, den Abbruch durch Bezahlung des Wertes des abgebrochenen Bestandteils zu verhindern. Unterläßt er die Anzeige, so hat er auf den Wiederaufbau keinen Anspruch.

2. *Siber, Passivlegitimation 238 ff. (vgl. oben Ziff. 5 zu § 194). Passiv legitimiert ist nicht jeder Besitzer, sondern nur ein solcher, der dem Eigentümer nicht aus spezielleren Rechtsgründen, besonders aus Vertrag, rückgabepflichtig ist, also insbesondere der unberechtigte, aber auch gewisse (vgl. § 986) berechtigte Besitzer. — Der Vindikationsanspruch konkurriert daher nicht mit persönlichen Rückgabeansprüchen, außer wenn er sich mit solchen erst nachträglich in einer Person vereinigt hat (244 f.); wohl aber mit dem Besitzanspruche des § 861, der anders als der Vindikationsanspruch nicht auf endgültige Herausgabe gerichtet und deshalb dem Gegenstande, wenn auch nicht dem Entstehungsgrunde nach, von ihm verschieden ist (235). — Behauptet der Beklagte ein Recht zum Besitz, aus dem ein persönlicher Rückgabeanspruch entspringt, so leugnet er damit den Klagegrund des Vindikationsanspruchs, muß aber gleichwohl sein Recht zum Besitze beweisen; denn die allgemeine Fassung des § 985 deutet, dem sonstigen Sprachgebrauche des BGB. entsprechend, an, daß der Kläger zur Begründung des Vindikationsanspruchs nur den Besitz des Beklagten, nicht auch das Nichtbestehen eines persönlichen, jenen ausschließenden Rückgabeanspruchs zu behaupten und zu beweisen hat. Die Fassung des § 985, wonach scheinbar jeder Besitzer passiv legitimiert wäre, bezweckt also nur die Beweislastregelung (257 f.).

3. Sokolowski 267—271. Die ordentliche Eigentumsklage kann gegen den mittelbaren Besitzer erhoben werden. — Wie die ordentliche Eigentumsklage sind auch die übrigen dinglichen Rechtsmittel und auch die actio ad exhibendum zu beurteilen.

4. *v. Brünneck, GruchotsBeitr. **51** 299 ff. Die vom Nichteigentümer eines Gutes, auf welchem Pfandbriefsschulden lasten, neben den Zinsen alljährlich an das landschaftliche Kreditinstitut abzuführenden Tilgungsbeiträge sind den Aufwendungen zuzurechnen für außerordentliche Lasten, die als auf den Stammwert des Gutes gelegt zu gelten haben; nicht aber folgt daraus, daß sie immer auch unter den Begriff der auf das Gut gemachten Verwendungen fallen. Ob das zutrifft oder nicht, hängt davon ab, von wem und zu welchem Zwecke die Pfandbriefsschulden auf das Gut aufgenommen worden sind.

5. *Cohn, ABürgR. **30** 242 ff. Der Kunde bleibt Eigentümer der von ihm in die Stahlkammer einer Bank hineingelegten Wertpapiere. Er kann daher deren Herausgabe von der Bank mit der vindicatio verlangen. Denn der Mitbesitz der Bank beseitigt seine ausschließliche selbständige Verfügungsgewalt über die Wertpapiere nicht.

§ 986. 1. *Siber 238 ff. Die Einrede dieses Paragraphen ist nicht gegenstandslos, wenn man die Passivlegitimation des Mieters, Aftermieters, Verwahrers, Nießbrauchers und anderer persönlich Rückgabepflichtiger für den Vindikationsanspruch leugnet. Berechtigte Besitzer und dennoch für diese passiv legitimiert, also der Einrede des § 986 bedürftig sind:

a) Zurückhaltungsberechtigte.

b) der Erbbauherr und partikularrechtlich der Erbpächter, wenn er nicht aus dem Bestellungsvertrage rückgabepflichtig ist, also wenn er Einzelnachfolger des Erstberechtigten, oder wenn der jetzige Eigentümer Einzelnachfolger des Bestellers ist, ebenso der Wohnungsberechtigte, wenn der Eigentümer Einzelnachfolger des Bestellers ist;

c) Besitzberechtigte, die ihr Recht vom Nichteigentümer her-

leiten. So von obligatorisch Berechtigten vielleicht der besitzende Mieter oder Pächter kraft Vertrags mit dem grundbuch- oder erbscheinmäßig legitimierten Scheineigentümer oder Scheinerben; ein Dritter, der den Besitz berechtigterweise von einem vertragsmäßig Rückgabepflichtigen erlangt hat, und der, anders als Aftermieter (§ 556 Abs. 3) und Afterleiher (§ 604 Abs. 4) dem Eigentümer nicht persönlich rückgabepflichtig ist; bei dem z. B. der Mieter oder Verwahrer die Sache hinterlegt (§ 691), dem sie der Beauftragte zur Ausführung des Auftrags übergeben hat (§ 664); von dinglich Berechtigten nicht der Nießbraucher, der nach § 1055 dem Eigentümer persönlich rückgabepflichtig ist, wohl aber der Erbbauberechtigte, Erbpächter, Wohnungsberechtigte, sowie Faustpfandgläubiger, die ihr Recht vom Nichtberechtigten erworben haben.

d) Konkurrenz des Vindikationsanspruchs mit persönlichen Rückgabeansprüchen kann nur noch eintreten, wenn beide Ansprüche ursprünglich für verschiedene Personen entstanden, aber nachträglich auf eine Person vereinigt worden sind. Der Vindikationsanspruch ist dann nicht immer durch Einrede entkräftet, sondern nur, wenn das Besitzrecht infolge der Vereinigung auch dem Eigentümer gegenüber wirksam geworden ist; also z. B. wenn der Eigentümer den Vermieter beerbt hat, aber nicht, wenn ihm der persönliche Rückgabeanspruch des Vermieters zediert wird.

2. Vgl. Pagenstecher oben § 556 Ziff. I 1.

§§ 989, 990. Keine Konkurrenz mit Vertrags- und Deliktsansprüchen s. Siber oben Ziff. 5 zu § 194.

§ 990. *Siber 252 ff. Unredlicher Besitzer ist, wer beim Besitzerwerbe wußte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß die Sache nicht seinem Auktor gehörte, oder wer hinterher erfahren hat, daß er selbst zum Besitze nicht berechtigt ist. ➞ Auf 252 Druckfehler „und wer auch hinterher nicht erfahren hat". ⟵ Redlicher Besitzer ist, wer beim Besitzerwerbe schuldlos oder infolge geringer Fahrlässigkeit nicht wußte, daß sein Auktor nicht Eigentümer war, und wer auch hinterher nicht erfahren hat, daß er selbst nicht besitzberechtigt ist. Diese Definition paßt für die Personen, die nach §§ 985, 986 für den Vindikationsanspruch passiv legitimiert sind, nicht immer. Sie paßt vollständig nur für den unberechtigten und den bloß zurückhaltungsberechtigten Besitzer; — nur im ersten Teile für den berechtigten Besitzer, der sein Recht vom Nichteigentümer ableitet; noch weniger für den berechtigten Besitzer, der sein Recht von dem früheren Eigentümer ableitet; redlich ist hier, wer nicht erfahren hat, daß sein Auktor nicht mehr Eigentümer ist; gar nicht für den Besitzer, der infolge nachträglicher Vereinigung des Vindikationsanspruchs mit dem persönlichen Rückgabeanspruch in einer Person dem Eigentümer gegenüber besitzberechtigt geworden ist. Hier hat Geltendmachung der Einrede des § 986 zur Folge, daß die Haftung des Besitzers überhaupt nicht nach dem Maßstabe des Vindikationsanspruchs (§§ 989, 990), sondern nach dem des persönlichen Anspruchs zu beurteilen ist.

§ 994. 1. *Klein, GruchotsBeitr. **51** 756 ff. Die im § 994 Abs. 2 Satz 2 getroffene Entscheidung ist der Analogie fähig. A. hat an B. ein Pferd verkauft, es verzögert sich aber die Übergabe. A. kann keinesfalls von B. bis zur Ablieferung Ersatz der Fütterungskosten verlangen. So auch Staudinger-Kober, Sachenrecht (3—4), zu § 994 B 2 b.

2. Notwendige Verwendungen (vgl. Dernburg, IDR. **1** u. **4** Ziff. 1). OLG. **15** 358, LeipzZ. **07** 668 (Marienwerder). Bei der Prüfung der Notwendigkeit kommt es nicht auf die subjektive Auffassung der die Verwendung

Vornehmenden oder dessen, auf dessen Veranlassung sie vorgenommen werden, und auch nicht auf das Verhältnis an, in welchem einer von diesen zu der Sache steht, sondern nur objektiv darauf, ob dadurch der bestimmungsgemäße Gebrauch der Sache erhalten bzw. ermöglicht wird.

3. LeipzZ. **07** 668 (Marienwerder). § 994 macht den Ersatzanspruch nicht davon abhängig, daß der Wert der Sache zu der Zeit, zu der der Eigentümer sie zurückverlangt, noch durch die Verwendung erhöht wird. Anderenfalls würde dem § 994 neben den §§ 812, 273 kaum eine Bedeutung innewohnen.

§ 997. Frank, Maschinenindustrie und ihre Gefährdung durch die Rechtsprechung 12, will aus dieser Vorschrift schließen, daß das Gesetz ausdrücklich die Möglichkeit anerkannt habe, zu wesentlichen Bestandteilen gewordene, ursprünglich bewegliche Sachen aus ihrer Vereinigung mit dem Grundstücke loszulösen und wieder zum Gegenstande besonderer Rechte zu machen.

§ 1001. v. Brünneck, Bemerkungen zur Lehre von den Verwendungen, deren Erstattung der Besitzer eines Grundstücks vom Eigentümer verlangt. GruchotsBeitr. **51** 299—311, s. oben zu § 985 Ziff. 4.

§ 1004. 1. **RG.** JW. **07** 505, LeipzZ. **07** 744. Die Ausübung eines Gewerbes stellt sich als Betätigung eines besonderen Persönlichkeitsrechts dar, dessen Verletzung die quasinegatorische Klage (§ 1004) und bei Verschuldung den Anspruch auf Schadensersatz erzeugt. Vgl. auch schon SächsRpflA. **07** 110 (Dresden).

2. SchlHolstAnz. **07** 340 ff. (Kiel). Wegen des durch einen Scheibenstand verursachten Geräusches ist die Klage aus § 1004 gegeben. Die Bestimmung des § 26 GewO. steht nicht entgegen, weil es sich nicht um eine gewerbliche Anlage handelt.

§ 1005. Vgl. v. Wendt. oben zu § 867.

§ 1006. 1. **RG.** 19. 3. 07, R. **07** 573, SeuffBl. **07** 833, SeuffA. **62** 367. Eine Ehefrau kann sich den Gläubigern ihres Mannes gegenüber für ihr Eigentum an den gegen ihren Mann gepfändeten Sachen nicht auf die Vermutung aus § 1006 berufen. Ihr gegenwärtiger oder früherer Besitz überhebt sie nicht des Nachweises der Tatsache des Eigentumserwerbes. Andererseits genügt dieser Nachweis; die Fortdauer des einmal erworbenen Eigentums braucht sie nicht darzutun.

2. Über die Eigentumsvermutung des § 1006 bezüglich eines auf den Namen eines Verstorbenen lautenden Sparkassenbuchs, das sich im Besitz eines Dritten befindet, OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **07** 26.

§ 1007. *Siber, Passivlegitimation 235 f. (vgl. 221 f.). Die Fahrnisansprüche stehen nur dem früheren Besitzer zu, der nicht Eigentümer ist; dem Eigentümer steht nur der hinsichtlich der Beweislast im § 1006 germanistisch geregelte Vindikationsanspruch zu. Der Schein einer Konkurrenz beider Ansprüche beruht nur auf prozessualen Vorschriften (Verhandlungsmaxime und Beweislast). Vgl. o. § 194 Ziff. 5.

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

Literatur: An erster Stelle ist hier das bereits im JDR. **5** angeführte Buch: Wittmaack, Das Erbbaurecht des BGB. (München 1906) zu nennen; in dem diesjährigen Bericht ist bei § 1012 eine kurze Wiedergabe seines reichen und wertvollen Inhalts zu finden. Weitere Erscheinungen sind: Dietzsch, Die Praxis des Erbbaurechts (Walther 1907) und Erman, Erbbaurecht und Kleinwohnungsbau (Münster 1907). Beide behandeln das Erbbaurecht vom Standpunkte seiner Verwertbarkeit zugunsten einer sozialen Wohnungsfürsorge. Weitere Literatur s. bei § 1012.

§ 1012. I. Wittmaack, Das Erbbaurecht des BGB. An Stelle des jetzt nicht mehr anerkannten geteilten Eigentums (Ober- und Untereigentum) bietet das BGB. zwei Formen für ein einstweiliges Eigentum: Die Auflassungsvormerkung und das Erbbaurecht (1 ff.). — 1. Der rechtliche Cha-

rakter (10 ff.). Das Erbbaurecht ist ein dingliches Recht an einem Grundstücke des Inhalts, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben. Es können mehrere Erbbaurechte an dem gleichen Grundstücke bestehen. Andererseits ist dem Erbbaurechte der rechtliche Charakter eines Grundstücks beigelegt (§ 1017 BGB.); über die Anwendung dieses Paragraphen im einzelnen s. 12 ff. — 2. Die Begründung des Erbbaurechts (16 ff.) erfolgt durch Auflassung und Eintragung. Vorausgesetzt ist ein Bauwerk. Darunter fallen nicht Telegraphenleitungen, Drahtseilbahnen, Bahnanlagen u. dgl. (gegen die herrschende Meinung). An einem Erbbaurechte kann nicht ein anderes Erbbaurecht bestellt werden (25). Über die Anwendung des § 313 s. 35 ff. — 3. Über die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit s. 38 ff. — 4. Ein bedingtes oder betagtes Erbbaurecht kann nicht bestellt werden (48 ff., aM. die herrschende Meinung). — 5. Das Gebäude (61 ff.) kann dem Grundeigentümer, dem Erbbauberechtigten oder einem Dritten gehören. Gehört es dem Grundeigentümer oder einem Dritten, so kann der Erbbauberechtigte es verpfänden. Gehört es diesem selbst, so erstreckt sich ein an dem Erbbaurechte bestelltes dingliches Recht, insbes. eine Hypothek, auch auf das Gebäude. Das vom Erbbauberechtigten selbst aufgeführte Gebäude wird nur dann sein Eigentum, wenn es in Ausübung eines Rechtes am Grundstücke mit diesem verbunden ist (§ 95 BGB.). Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn der Erbbauer nur das Recht hat, unterhalb der Oberfläche einen Keller zu haben und statt des Kellers ein Gebäude oberhalb des Grundstücks aufführt. — 6. Die rechtliche Gestaltung (81 ff.). Das Versprechen einer wiederkehrenden Abgabe an den Grundeigentümer ist zulässig. Dieser Bodenzins ist nicht Reallast, soweit er nicht ausdrücklich als solche bestellt ist. Ebenso kann die Pflicht des Erbbauers, das Gebäude zu unterhalten, zu versichern oder im Falle des Unterganges wieder herzustellen, Bestandteil des Erbbaurechts sein. Gehört das Gebäude dem Erbbauer, so kann dem Eigentümer die Unterhaltspflicht durch besondere Reallast auferlegt werden. Die Lasten und Abgaben hat der Erbbauer zu tragen. Andere Verpflichtungen als die genannten können dem Erbbauer nur als persönliche auferlegt werden, z. B. die Verpflichtung, Naturalleistungen zu übernehmen, das Gebäude zu erbauen. Der Grundeigentümer kann sich bei der Bestellung eines Erbbaurechts unbeschränkt alle Rechte vorbehalten, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden können. In bezug auf die Frage, inwieweit die Beschaffenheit des von dem Erbbauer zu errichtenden Bauwerks im einzelnen bestimmt werden muß, sind die allgemeinen Vorschriften über Verträge entscheidend. Über die gesetzliche Unterhaltspflicht im Falle des Fehlens vertragsmäßiger Bestimmungen darüber s. 101 ff. — 7. Strafbestimmungen und Verwirkungsklausel 105 ff. — 8. Verhältnis zu Nachbargrundstücken (115 ff.). Der Erbbauer darf die sog. nachbarlichen Grundgerechtigkeiten nicht verletzen, andererseits kann er auch verlangen, daß diese Vorschriften, soweit sie zugunsten des ihm überlassenen Grund und Bodens gelten, ihm gegenüber beobachtet werden. — 9. Über die Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Aufhebung oder Zurückübertragung des Erbbaurechts s. 122 ff., über das Vorkaufsrecht s. 133 ff., über den Schatz s. 140 f. — 10. Hypotheken und andere Belastungen (141 ff.). Die Bestellung des Erbbaurechts schließt die weitere Belastung des Grundstücks nicht aus. Ebenso kann das Erbbaurecht mit allen dinglichen Rechten belastet werden; s. aber oben Ziff. 2. — 11. Mündelsicherheit. Im Sinne des § 1807 BGB. steht das Erbbaurecht den Grundstücken nicht gleich. Nach § 1811 kann die Anlegung von Mündelgeld auf Erbbaurechte nur aus besonderen Gründen erfolgen. Anders nach § 12 HypBankG. — 12. Übertragung und Teilung (157 ff.). Die rechtsgeschäftliche Übertragung erfolgt durch Auflassung und Eintragung. Auch § 927 BGB. kommt

zur Anwendung, ebenso § 90 ZVG. bei Zwangsversteigerung eines Erbbaurechts. Eine reelle Teilung ist meist schon infolge der Beschaffenheit des Rechtes nicht möglich. Ist sie zulässig, so ist Auflassung und Abschreibung von dem bisherigen Blatte nötig. — 13. Untergang (167 ff.). Die rechtsgeschäftliche Aufhebung erfolgt so wie bei anderen dinglichen Rechten; die Löschung wird auf dem Grundstücksblatte vorgenommen, das besondere Blatt ist zu schließen. — 14. Änderung des Inhalts (170 f.). Es kommen §§ 877, 880, 876 BGB. zur Anwendung. — 15. Grundbuchblatt s. zu § 7 GBO. — 16. Schutz (180 ff.). Dem Erbbauer stehen die Besitzklagen, die rei vindicatio, die actio negatoria und die Berichtigungsklage nach § 894 BGB. zu. — 16. Zwangsvollstreckung: 191 ff. — 17. Gemeinschaftliches Erbbaurecht (201 ff.). Zulässig ist sowohl eine Gemeinschaft nach Bruchteilen wie auch eine solche zur gesamten Hand. — 18. Übergangsbestimmungen und Schlußbemerkungen: 213 ff., 230 ff.

II. Einzelnes. 1. a) Dennler, Das Erbbaurecht als Ersatzmittel des Eigentumsvorbehalts bei Lieferung von Maschinen, ZBlFG. 8 237. Vgl. näheres o. § 95 Ziff. I. b) Frommherz, Zur Frage der gesetzlichen Ausgestaltung des Erbbaurechts, BadRpr. **07** 321. c) André, ZLBl. **07** 1 ff. Das Erbbaurecht kann auch dazu benutzt werden, um ein Pachtverhältnis, das als solches nicht länger als 30 Jahre dauern kann, für längere Zeit abzuschließen. — Die Gebäude sind nicht als bewegliche Sachen, sondern als Bestandteile des Erbbaurechts anzusehen (5) d) Becker, BadNotZ. **07** 81. Die Kellerrechte im Großherzogtume Baden. e) Buschmann, Beiträge zum Grundbuchrechte der Erbpachtgrundstücke, MecklZ. **25** 343 ff.

2. a) R. **07** 450 Ziff. 891, OLG. **14** 87, RJA. **9** 56 (KG.). Die reale Belastung braucht sich nicht notwendig auf das ganze Grundstück zu erstrecken, das Erbbaurecht kann vielmehr seiner Ausübung nach auf einen realen Teil des Grundstücks beschränkt sein. Dagegen ergreift die rechtliche Belastung das Grundstück in seiner ganzen Ausdehnung, und dies zeigt sich namentlich im Falle einer Zwangsversteigerung des Grundstücks und des dadurch herbeigeführten Erlöschens des Erbbaurechts, indem nämlich dann der Anspruch des Erbbauberechtigten sich auf den Erlös des ganzen Grundstücks erstreckt. b) **RG.** 22. 6. 07, R. **07** 997. Die Erbpacht hat nach ALR. die Eigenschaft einer selbständigen Gerechtigkeit, die nach §§ 8, 9 I. 2 ALR. den unbeweglichen Sachen gleichgeachtet wird. Der Erbpächter kann für die Erbpachtgerechtigkeit auf ein dem Erbpächter gehöriges anderes als das erpachtete Grundstück eine Grundgerechtigkeit durch Verjährung erwerben; denn nicht die in Erbpacht gegebene Besitzung ist das berechtigte Grundstück, sondern die rechtlich selbständige Erbpachtgerechtigkeit (vgl. OTr. **58** 210). Dasselbe hat für den Rechtserwerb durch Vertrag zu gelten, und zwar gilt der Grundsatz auch für Reallasten. Die Umwandlung der Erbpacht in volles Eigentum (vgl. G. vom 2. März 1850) berührt die vorher vertraglich begründete Reallast nicht. Ebenso ist die Verpflichtung zur Eintragung der Reallast im Grundbuche von der Einführung des BGB. unberührt geblieben. Unerheblich ist, daß die Eintragung im Erbpachtsvertrage nicht besonders vereinbart ist. c) OLG. **15** 360 (KG.). Weder ein subjektiv-dingliches Recht auf Benutzung eines fremden Grundstücks als Baugrund, noch ein subjektiv-persönliches, nur der Ausübung nach übertragbares Recht fällt unter den Begriff des Erbbaurechts.

§ 1017. 1. a) André, JLBl. **07** 1 ff. Es besteht ein handgreifliches praktisches Bedürfnis, ein Erbbaurecht auf Zeit zuzulassen. Diesem Bedürfnisse kann durch Begründung eines neben dem Erbbaurechte stehenden persönlichen Rechtes auf Rückübertragung nach bestimmter Zeit und Eintragung einer Vormerkung entsprochen werden. Es ist jedoch auch zulässig, das Erbbaurecht selbst auf Zeit zu be-

stellen (3 ff.). b) Oberneck, DNotZ. 07 470. Dem Begriffe des Erbbaurechts widerspricht es nicht, wenn es für eine bestimmte Zeit eingeräumt wird, sei es durch Beifügung einer auflösenden Bedingung oder durch Beifügung eines Endtermins. § 1017 Abs. 2 bezieht sich nur auf die Übertragung eines bereits bestehenden, nicht auf die Bestellung eines erst zu begründenden Erbbaurechts. AM. Wittmaack, s. oben zu § 1012 Ziff. I 4. S. ferner JDR. 1 zu § 1015 Ziff. 3, 2 zu § 1017 Ziff. 1.

2. André, JLBl. 07 1 ff. Aus § 1017 folgt, daß auch § 1807 BGB. — mündelsichere Anlegung — auf das Erbbaurecht Anwendung findet. Nicht entgegen steht der Umstand, daß es an Vorschriften fehlt, nach denen die Sicherheit einer Hypothek auf Erbbaurecht festgestellt werden kann (6). AM. Wittmaack, s. oben zu § 1012 Ziff. I 11. S. auch JDR. 2 zu § 1012.

3. MecklZ. 25 327, RJA. 8 278 (Rostock). Der § 928 Abs. 2 ist auf das Erbbaurecht und ebenso auf ein landesrechtliches Erbpachtrecht nicht anwendbar [Turnau-Förster (3) I 531, 495, Goldmann-Lilienthal (2) 219]. S. JDR. 1 zu § 1017 Ziff. 6.

4. RJA. 8 278, R. 07 1200 Ziff. 2878, MecklZ. 25 327, ZBlFG. 8 299 (Rostock). Die Frage, ob und wie auf ein Erbpachtrecht verzichtet werden kann, ist nach Landesrecht zu beantworten.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. 1. Inhalt der Grunddienstbarkeit. a) BayObLG. 12. 11. 06, 7 535. Der Inhalt einer Dienstbarkeit bestimmt sich nicht nach dem jeweiligen Bedürfnisse des Berechtigten, sondern nach den besonderen Verhältnissen, unter denen sie entstanden ist und deren Fortbestand durch die Dienstbarkeit gewährleistet werden sollte. Der Verpflichtete braucht sich demnach die Erschwerung nicht gefallen zu lassen, die durch Verwandlung des berechtigten landwirtschaftlichen Grundstücks in einen Steinbruch eintritt. b) OLG. 15 360 (KG.). Es genügt, wenn das Bedürfnis in der Beschaffenheit des herrschenden Grundstücks eine objektive Grundlage findet, sei es auch nur deshalb, weil ein bestimmter Gewerbebetrieb darauf eingerichtet ist oder eingerichtet werden soll; diese besondere Einrichtung gewährleistet dann eine längere Dauer. c) OLG. 15 371 (KG.). Bereits in dem Beschlusse OLG. 5 154 (KG.) ist ausführlich dargelegt, daß unter den Handlungen im Sinne der §§ 1018, 1090 nur solche zu verstehen sind, die auf der Grundlage des Eigentumsrechts am belasteten Grundstück an sich erlaubt sind, eine Benutzung des Grundstücks, ein Verfahren mit ihm, eine Einwirkung auf das Grundstück als Ausfluß des Eigentums an ihm enthalten, nicht aber Handlungen, die dem Eigentümer — abgesehen von seinem Eigentume — kraft der persönlichen Freiheit oder kraft der Freiheit seines Gewerbebetriebs sonst gestattet sind. d) RJA. 8 139, ZBlFG. 7 933, R. 07 923 Ziff. 2237 (KG.). Zur Bezeichnung des Inhalts der Grunddienstbarkeit ist zutreffendenfalls die Angabe erforderlich, auf welchen Teil des Grundstücks die Ausübung beschränkt sein soll. Dies kann auch durch eine genaue Beschreibung der Örtlichkeit geschehen. Die Vorlegung einer Karte ist nicht notwendig, vorausgesetzt, daß das ganze Grundstück und nicht bloß der betr. Teil belastet sein soll. Über die Bezeichnung des herrschenden Grundstücks s. zu § 28 GBO. e) KGBl. 07 10 (KG.). Besteht die Grunddienstbarkeit in der Unterlassung von Anlagen bestimmter Art, z. B. von landschaftlich unschönen Anlagen, so bedeutet es eine Überspannung des Bestimmtheitsgrundsatzes, zu verlangen, daß alle in Betracht kommenden Einzelanlagen im voraus bestimmt sein müssen. Es genügt die objektive Bestimmbarkeit auf Grund der angegebenen all-

gemeinen Merkmale. **f)** RheinARB. **06** 173 ZBlFG. **7** 841 Ziff. 788 (LG. Cleve). Bei Eintragung eines Wegerechts als Grunddienstbarkeit muß der Wegezug in der Eintragungsbewilligung genau angegeben werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die Vertragsteile über die Lage des Weges einverstanden gewesen sind. **g)** OLG. **15** 361 (KG.). Dasselbe Recht kann als beschränkte persönliche Dienstbarkeit einer bestimmten physischen Person und als Grunddienstbarkeit dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks eingeräumt werden. **h)** **RG.** 23. 10. 07, R. **07** 1536 Ziff. 3819. Der Bestellung eines dinglichen Wegerechts in der Weise, daß es auf der ganzen Fläche des dienenden Grundstücks ausgeübt werden darf, steht die Bestimmung, daß eine Benutzung des dienenden Grundstücks nur in einzelnen Beziehungen den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann, nicht entgegen. **i)** OLG. **15** 372 KGJ. **34** A 259 (KG.). Eine Grundgerechtigkeit, die den Eigentümer verpflichtet, die Jagd ruhen zu lassen, ist nach preußischem Rechte inhaltlich unzulässig.

2. Baupolizeiliche Grunddienstbarkeiten. **a)** **RG.** 4. 10. 07, R. **07** 1322 Ziff. 3315. Das nach feststehender Rechtsprechung durch stillschweigenden Vertrag begründete Grunddienstbarkeitsverhältnis zwischen dem Eigentümer und den Anliegern einer städtischen Straße hat, wie sich aus der Art seiner Begründung ergibt, nur das Verhältnis des Eigentümers der Straße zu den hieran angebauten, also bereits vorhandenen Häusern zum Gegenstande. Der Inhalt der aus diesem Verhältnisse sich für den Straßeneigentümer ergebenden Pflichten ist gemäß dem allgemeinen Grundsatze von der Freiheit des Eigentums im wesentlichen im Sinne der Einengung des grunddienstbarkeitähnlichen Rechtes des Anliegers zu bestimmen. Demgemäß hat dieser nur darauf ein Recht, daß ihm durch nachträgliche Änderungen der Straße der Zugang zu dieser und der Verkehr mit dem an sie sich anschließenden Straßennetze nicht dauernd wesentlich erschwert wird, sowie darauf, daß ihm Luft und Licht durch Bauten vor seinem Grundstücke nicht dauernd entzogen werden (vgl. **RG. 62** 87). Aus dem erwähnten Grunddienstbarkeitsverhältnisse kann dagegen eine Verpflichtung der Stadtgemeinde zum Ersatze von Nachteilen nicht hergeleitet werden, die durch Beschränkung der Baufreiheit für einen Neubau dadurch entstehen, daß die Höhenlage der Straße durch den Fluchtlinienplan anderweit festgesetzt, daß diese Höhenlage aber bisher noch nicht zur Ausführung gebracht ist, dem Anlieger jedoch bei Errichtung seines Neubaues als maßgebend vorgeschrieben worden ist. **b)** **RG.** 29. 6. 07, R. **07** 1138 Ziff. 2743. Baupolizeiliche Beschränkungen können nicht den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden. Vgl. JW. **05** 692 Ziff. 16, Turnau-Förster I 629. **c)** **RG.** 26. 5. 06, HansGZ. **07** Beibl. 42. Die Möglichkeit der Begründung einer Dienstbarkeit von an sich öffentlich-rechtlichem Inhalte durch privatrechtlichen Begründungsakt läßt sich nicht beanstanden. Dem Berechtigten erwächst hieraus ein Privatrecht. **d)** *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 84 ff. „Für die Baupolizeibehörde" kann eine Dienstbarkeit nicht eingetragen werden. **e)** Über die öffentlich-rechtliche Baubeschränkung des Straßen- und Platzlandes s. Ludwig (Stuttgart 1907).

3. Die Eigentümerdienstbarkeit. *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 39—64. Kann der Eigentümer sein Grundstück zu seinen eigenen Gunsten mit einer Dienstbarkeit belasten, kann der Eigentümer zweier Grundstücke an dem einen zugunsten des anderen eine Grunddienstbarkeit bestellen? Die Frage ist zu verneinen. Jedoch die von der herrschenden Meinung gegebene Begründung: Die nach § 873 erforderliche Einigung sei nicht möglich, ist unzutreffend. Die Neubegründung der Eigentümerdienstbarkeit hätte keinesfalls nach § 873 im Wege der Einigung und Eintragung zu erfolgen. Für die Begründung von Rechten am eigenen Grundstücke zu eigenen Gunsten hat das BGB. nur den Weg der Eintragung auf einseitigen Antrag des Eigentümers. Jedoch hat es diesen Weg nur für die

Begründung ganz bestimmter Rechte am eigenen Grundstücke gegeben, d. h. es erkennt die Neubegründung dinglicher Rechte am eigenen Grundstücke nur ausnahmsweise an, es tut dies aber nicht bei der Dienstbarkeit. S. auch zu § 889 BGB. S. ferner JDR. **1** zu § 1018 Ziff. 5.

4. Einzelne Fälle. a) **RG.** 13. 3. 07, R. **07** 1068 Ziff. 2558, ZBlFG. 8 265 Ziff. 312. α. Ist einer Eisenbahngesellschaft das Recht eingeräumt worden, auf einem fremden Grundstück ein Gleis zu halten, so handelt es sich nicht um eine Grunddienstbarkeit, sondern um ein subjektiv-persönliches Recht. β. In der Regel wird anzunehmen sein, daß derjenige, der ein dingliches beschränktes Recht an seinem Grundstücke bestellt, die übernommene Verpflichtung in der Belastung des Grundstücks erschöpfen und sich nicht auch noch persönlich zur Erfüllung der Verpflichtung verbinden will; jedoch ist die Übernahme der persönlichen Verpflichtung neben der dinglichen Belastung keineswegs ausgeschlossen. b) RheinA. **104** I 35 (Cöln). Der Anspruch auf Ersatz der halben Mauerkosten der unter der Herrschaft des Code civil errichteten Scheidemauer ist ein Bestandteil der mit der Errichtung der Mauer begründeten Dienstbarkeit. Er bedarf aber zur Wirksamkeit gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Nachbargrundstücks nicht der Eintragung.

5. Über stillschweigende Bestellung von Grunddienstbarkeiten s. Junker aaO. 88 ff., vergl. auch Stuttgart 1. 12. 05, WürttJ. **19** 62.

6. S. Spaett, Forstrechtsänderungen seit Einführung des Grundbuchrechts, BayRpflZ. **07** 205 ff. (bayerisches Recht).

7. Über das servitutarische Recht der Straßenanlieger s. OLG. **15** 362 (Königsberg) u. 363 (Naumburg).

§ 1019. R. **08** 14 Ziff. 78 (BayObLG.). Die Ausdehnung eines vertragsmäßigen Durchgangsrechts auf den Bedarf eines erst nachträglich begonnenen Gewerbebetriebs ist auch bei städtischen Grundstücken nicht damit allein begründbar, daß diese erfahrungsgemäß häufig zum Gewerbebetriebe benutzt werden.

§ 1020. 1. R. **07** 60 Ziff. 48 (BayObLG.). Wer sich ein Fahrtrecht bestellen läßt, um seine dem Btriebe der Landwirtschaft dienenden Grundstücke ordnungsgemäß benutzen zu können, ist nicht berechtigt, die Fahrt auszuüben zum Zwecke einer nicht landwirtschaftlichen Benutzung, wenn diese eine anders geartete und eine wesentlich gesteigerte Belastung mit sich bringt.

2. R. **07** 1260 Ziff. 3096 (Darmstadt). Die Anbringung eines Tores an einer gemeinschaftlichen Einfahrt ist zulässig, wenn sie im Interesse des Eigentümers der vorderen Hofraite liegt und Vorkehrung getroffen wird, daß das Durchfahrtsrecht in einer den Bedürfnissen der hinteren Hofraite entsprechenden Weise ausgeübt werden kann.

§ 1023. 1. R. **07** 1467 Ziff. 3661 (Braunschweig). § 1023 findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände, an denen sich die Rechtsausübung vollzieht, örtlich festliegend gegeben sind und es sich nicht um eine Verlegung der Ausübung der Gerechtsame, sondern um eine Vernichtung der bisherigen und Begründung einer ganz anderen neuen Dienstbarkeit handeln würde, z. B. Errichtung eines neuen Brunnens.

2. RJA. **8** 139, ZBlFG. **7** 933 (KG.). Es ist zulässig, mit einer Grunddienstbarkeit, deren jeweilige Ausübung auf einen Teil des belasteten Grundstücks beschränkt ist, das ganze Grundstück zu belasten. Dieser Fall ist von dem Falle der Belastung eines Grundstücksteils im Sinne des § 6 GBO. begrifflich derart verschieden, daß der § 30 Abs. 2 AVf. v. 20. Januar 1899 nicht darauf angewendet werden kann.

§ 1024. *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 32. Eine Dienstbarkeit zugunsten des Eigentümers selbst oder zugunsten eines anderen ihm selbst gehörigen Grundstücks ist wie jede Fremddienstbarkeit zu berücksichtigen.

Zweiter Titel. Nießbrauch.

Literatur: Adamkiewicz, Der Nießbrauch am Bruchteil, ABürgR. **31** 21—44.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1030. 1. Antichretisches Pfandrecht (s. JDR. **2** Ziff. 3). a) RheinA. **104** I 73 (Cöln). Die Bestellung eines Nießbrauchs an einer Fabrik zur Sicherung und Tilgung einer Forderung ist nichtig, wenn die Vertragschließenden nicht die dinglichen Wirkungen des Nießbrauchs herbeiführen wollen. **b)** PosMSchr. **07** 27, OLG. **15** 369 (Posen). Ein in Wahrheit nicht gewollter, vielmehr nur ein Nutzungspfandrecht verschleiernder Nießbrauch ist unwirksam. **c)** SächsRpflA. **07** 563 (Dresden). Ein Nießbrauch, der „bis auf weiteres" gelten soll, ist zulässig. Die offensichtliche Zweckbestimmung in wirtschaftlicher Hinsicht, dem Gläubiger dingliche Sicherheit und die Möglichkeit der Schuldentilgung zu verschaffen, steht dem ernstlichen Willen zur Begründung eines Gebildes mit bestimmtem Rechtszwecke des Nießbrauchs ebensowenig entgegen wie der Abschluß eines Kaufes, z. B. zur Sicherung einer Forderung. Vgl. aber KG., JDR. **2** Ziff. 3. **d)** OLG. **15** 367, SeuffBl. **07** 746 (KG.) erachtet einen Nießbrauch zum Zwecke der Schuldentilgung für zulässig, sofern er sich nicht in einer Weise gestaltet, die dem rechtlichen Charakter des Nießbrauchs widerstreitet. **e)** ZBlFG. **8** 250 (Dresden). Ein Nießbrauch an einem Grundstücke zur Sicherung einer Darlehnsforderung, die durch den Bezug der Nutzungen allmählich getilgt werden soll, endigt jedenfalls mit dem Tode des Gläubigers oder wenn die Forderung schon früher getilgt ist, mit diesem Zeitpunkte.

2. OLG. **15** 366, SeuffA. **62** 463 (Kiel). Das ältere Nießbrauchsrecht geht dem jüngeren Hypothekenrechte bezüglich der Mieterträge vor. Vgl. u. § 1124 Ziff. 2 e.

3. **RG.** 13. 2. 07, vgl. o. § 138 Ziff. II B 21.

§ 1047. RG. SeuffA. **62** 318 ff., BayRpflZ. **07** 212. § 1047 begründet nur Rechte und Pflichten zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher, gibt aber dem Hypothekengläubiger kein dingliches oder persönliches Recht auf Zinsenzahlung gegen den Nießbraucher.

§ 1055. *Siber, Passivlegitimation 240 f. Auf Grund des Bestellungsvertrags steht auch dem Besteller ein persönlicher Rückgabeanspruch zu, der im § 1055 dem Eigentümer verliehene persönliche Rückgabeanspruch ex lege, der mit dem Vindikationsanspruche konkurriert (s. o. Ziff. 1 zu § 986), hat daher nur für den Einzelnachfolger des Bestellers Bedeutung.

§ 1060. *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 32. Ein Nießbrauch des Eigentümers ist in derselben Weise zu berücksichtigen wie jeder andere Nießbrauch. Vgl. oben zu § 1024.

§ 1066. 1. *Adamkiewicz, ABürgR. **31** 21 ff. Obwohl das BGB. einen Anteilsnießbrauch nur in dem § 1066 — an dem Anteil eines Miteigentümers — erwähnt, läßt es doch zweifellos die Bestellung des Nießbrauchs an jedem Bruchteil einer Sache zu. Demgemäß unterscheidet es den „Quotennießbrauch" — Nießbrauch an dem Anteil eines Miteigentümers — und die „Nießbrauchsquote" — Nießbrauch an jedem anderen Bruchteile der Sache. Während aber die „Nießbrauchsquote" nur eine Nutzungsgemeinschaft hervorruft, begründet der „Quotennießbrauch" eine eigenartige Stellung in der Eigentumsgemeinschaft.

2. ThürBl. **54** 112, NaumburgAK. **07** 61 (Jena). Ein Miteigentümer, der die Teilungssubhastation betreiben will, braucht nicht die Zustimmung des Nießbrauchers einzuholen, denn die Rechte des Nießbrauchers werden durch die Teilungssubhastation nicht beeinträchtigt.

II. Nießbrauch an Rechten.

§ 1084. R. **07** 1394 (BayObLG.). Der Fideikommißbesitzer, der zum Nennwerte verloste, zum Stammgute gehörende Schuldverschreibungen auf den Inhaber durch andere solche ersetzt, muß, wenn der Anschaffungspreis hinter dem Einlösungswerte zurücksteht, den Preisunterschied zum Stammgut ersetzen.

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. 1. Inhalt der Dienstbarkeit. **a)** v. Campenhausen, DJZ. **07** 474 f. (gegen Bing, DJZ. **07** 348 ff. s. o. § 95 Ziff. I 1). Die Befugnis, auf einem fremden Grundstück eine Anlage zu unterhalten, kann den Inhalt einer Grunddienstbarkeit oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nur bilden, wenn die Anlage dem Benutzungsrechte des Berechtigten dient. **b)** Nissen, JW. **07** 193 ff., gegen Neumann, JW. **07** 97 ff. (s. JDR. **5** zu § 1090 Ziff. 5). Die Benutzung kann den Inhalt einer Dienstbarkeit nur da bilden, wo sie nach dem wirklichen Willen der Beteiligten dem Berechtigten, nicht da, wo sie ausschließlich dem Verpflichteten zustehen soll. — Das einmal mit dem zulässigen Inhalt einer dem anderen eingeräumten Benutzung gültig begründete Recht wird dadurch nicht zerstört, daß der andere, ohne auf das Recht selbst verzichten zu wollen, seine Ausübung später dem Eigentümer überläßt. Vgl. o. § 95 Ziff. I 2. **c)** BadRpr. **07** 222, R. **07** 1260 Ziff. 3045, ZBlFG. **8** 265 Ziff. 314 (Karlsruhe). Eine Befugnis, die dem Berechtigten keinen wirtschaftlichen Vorteil bietet, sondern nur dazu dienen soll, einen der Baupolizei entsprechenden Zustand des Grundstücks sicher zu stellen, kann nicht den Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bilden. **d)** ZBlFG. **7** 741 Ziff. 653, KGBl. **07** 11 (KG.). Der Inhalt einer Dienstbarkeit, wonach auf dem Grundstücke solche Anlagen nicht errichtet und solche Gegenstände nicht aufgestellt werden dürfen, die einen (landschaftlich) unschönen Anblick gewähren, ist nicht zu unbestimmt. Im Streitfalle muß der Prozeßrichter entscheiden. **e)** Die Entsch. des KG. — JDR. **5** zu § 1090 Ziff. 2 — auch R. **06** 1261 Ziff. 3049, ZBlFG. **7** 539 Ziff. 463, die Entsch. des KG. — JDR. **5** zu § 1090 Ziff. 3 — auch ZBlFG. **7** 592, KGJ. **33** A 233.

2. Einzelne Fälle. **a)** **RG.** 8. 6. 07, R. **07** 910. Nach § 50 Nr. 1 StädteO. v. 30. Mai 1853 bedürfen Stadtgemeinden zur Veräußerung von Grundstücken und solchen Gerechtigkeiten, welche jenen gesetzlich gleichgestellt sind, der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Unter „Veräußerung" einer Sache oder eines Rechtes ist nach allgemeinem Sprachgebrauche die Übertragung des Eigentums, der ausschließlichen Macht zur Verfügung über die Substanz der Sache oder des Rechtes (§ 1 I. 8 ALR.) seitens des bisherigen Eigentümers auf einen anderen zu verstehen. Werden durch einen Rechtsakt einem anderen von dem Eigentümer Befugnisse gewährt, welche das Eigentum einschränken, während das so eingeschränkte Eigentum dem bisherigen Eigentümer verbleibt, so ist nicht eine Veräußerung, sondern eine Belastung der Sache oder des Rechtes erfolgt (vgl. § 1 I. 19 ALR.). Die vertragliche Gestattung der Wasserentnahme aus dem der Stadt gehörigen See bedurfte als Belastung des Seegrundstücks also nicht der Genehmigung der Aufsichtsbehörde (vgl. KGJ. **21** A 127 [KG.]). **b)** R. **07** 976 Ziff. 2315, KGJ. **33** A 220 (KG.). Rechte an einzelnen Bestandteilen einer Bahneinheit können nicht in das Bahngrundbuch eingetragen werden. Bestandteile einer Bahneinheit, die nach allgemeinem bürgerlichen Rechte nicht die Eigenschaft unbeweglicher Sachen haben, unterliegen nicht wegen ihrer Zugehörigkeit zur Bahneinheit hinsichtlich einer Sonderverfügung über sie dem Liegenschaftsrechte. Daher läßt sich z. B. eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit an einer Geleisteilstrecke nicht durch Eintragung in das Bahngrundbuch bestellen. **c)** **RG.** 3. 7. 07, R. **07** 1069 Ziff. 2559, ZBlFG. **8** 265

Ziff. 313. Eine persönliche Dienstbarkeit, die sich auf einen bestimmten Raum des dienenden Grundstücks bezieht — Benutzung eines bestimmten Saales zu den Versammlungen eines Vereins — wird dadurch, daß sie gemäß einer Vereinbarung auf einen anderen Raum übertragen wird, nicht in ihrem Wesen verändert, da hierin weder eine Einschränkung, noch eine Erweiterung der Rechte des Berechtigten zu finden ist. **d)** BraunschwZ. **07** 54 (Braunschweig). Die Befugnis, dem Bergregal nicht unterliegende Bodenbestandteile aufzusuchen und zu gewinnen, kann als eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit angesehen werden; ihr Maß bestimmt sich im Zweifel durch das Bedürfnis des Geschäftsbetriebs des Berechtigten. **e)** Die Entsch. des KG. — JDR. **4** Ziff. 1 zu § 1090 — jetzt auch abgedruckt in FischersZ. **31** 372. **f)** Müller, PrVerwBl. **38** 973. Die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an dem zu Chausseestrecken verwandten Lande zugunsten eines Kreises ist für unzulässig zu erachten, weil es sich hierbei in erster Reihe um öffentlich-rechtliche Interessen handelt. **g)** Frommhold, JagdRZ. **07** 374 ff. Als Mittel zur Verdinglichung des Jagdrechts bietet sich seine Eintragung als einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Grundbuche des damit belasteten Grundstücks dar.

§ 1091. SchlHolstAnz. **07** 33 (Kiel) über die Ausübung eines servitutarischen Bahnübergangrechts.

§ 1093. 1. *Siber, Passivlegitimation 241. Da § 1055 nicht für anwendbar erklärt ist, hat nur der Besteller gegen den Wohnungsberechtigten einen Vertragsanspruch auf Rückgabe; der Einzelnachfolger des Bestellers hat keinen persönlichen Rückgabeanspruch und ist deshalb auf den Vindikationsanspruch angewiesen.

2. ZBlFG. 8 361 Ziff. 437, ElsLothNotZ. **07** 310 (Colmar). Zur Bestellung eines Wohnungsrechts genügt es, wenn es z. B. „in der oberen Stube" eingeräumt wird

3. *Flad, R. **07** 4, Sonderbeilage (bad. Landesrecht). Das als beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellte Wohnungsrecht, so das des Leibgedingers (Altenteilsberechtigten), geht durch die Zerstörung des Wohnhauses unter. Aus dem Leibgedingsvertrage kann Neubestellung des Wohnungsrechts in dem an Stelle des zerstörten Wohnhauses erstellten Neubaue dann verlangt werden, wenn der Dienstbarkeitsverpflichtete auch der aus dem Leibgedingsvertrage Verpflichtete ist. Anderenfalls kann eine Wiederherstellungspflicht dinglich nur in der Weise gesichert werden, daß das Wohnungsrecht als Reallast bestellt wird. Es muß ihm aber ein dafür geeigneter Leistungsinhalt gegeben werden, und zwar dahin, daß nicht sowohl das Recht, eine Wohnung im Hause zu haben, als vielmehr die Leistung bedungen wird, der Grundstückseigentümer habe — in näher festzusetzendem Maße und Art — die Wohnung zu gewähren, also herzustellen, zu erhalten und jederzeit dafür aufzukommen, daß für die Wohnung des Leibgedingers gesorgt ist — demgemäß im Falle der Zerstörung der Wohnräume solche von vertragsmäßiger Beschaffenheit wiederherzustellen, auch für eine Zwischenzeit Ersatz zu beschaffen. Diese Leistung des Wohnungsgewährers ist eine von Augenblick zu Augenblick zu prästierende, in diesem Sinne wiederkehrende, der Rechtsbestand der dafür bestellten Reallast wird durch eine Zerstörung des Wohnhauses nicht berührt. Auch der Eigentümer des wie immer veränderten Grundstücks haftet für die als Reallast auf dessen Wert — nicht Substanz — reduzierten Leistungen, soweit sie in der Zeit seines Eigentums fällig werden, persönlich, soweit er damit in Rückstand kommt, auch nach Veräußerung des Grundstücks, — daneben dinglich mit dem Grundstücke jeder nachfolgende Eigentümer (§ 1108). Die Reallast kann auf alle übergebenen Grundstücke, nicht nur auf das Wohnhaus gelegt werden (vgl. JDR. **1** zu § 1105 Ziff. 4).

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1094. 1. Meyer, GruchotsBeitr. **51** 792 ff. Das Vorkaufsrecht der Miterben ist im Sinne des BGB. kein dingliches, sondern ein persönliches Recht. Denn das BGB. kennt ein dingliches Vorkaufsrecht nur an Grundstücken, nicht aber an beweglichen Sachen und an Rechten.

2. BayOLG. **7** 434, BayRpflZ. **07** 20 (BayObLG.). Nach gemeinem Rechte war die Begründung eines Wiederkaufs(Rückkaufs=)rechts mit dinglicher Wirkung statthaft; ein solches Recht ist durch die neue Gesetzgebung nicht berührt. Die Eintragung ist nicht nötig, aber zulässig.

Siebenter Abschnitt. Reallasten.

§ 1105. 1. Inhalt der Reallast. HessRspr. **8** 2 (Darmstadt). Sind vertragsmäßig wiederkehrende Leistungen versprochen, so ist eine dingliche Belastung in Form einer Reallast gemeint, wenn aus dem Vertrage hervorgeht, daß nicht nur eine persönliche Verpflichtung gewollt ist, sondern im Falle der Nichtleistung das Grundstück in Anspruch genommen werden soll.

2. Einzelne Fälle. a) **RG.** 26. 6. 07, R. **07** 998. Besitzoeränderungsabgaben, Laudemien bei Erbpachtgrundstücken sind, soweit sie nach Aufhebung des Eigentumsrechts des Erbverpächters durch § 2 Ziff. 2 AblösungsG. v. 2. März 1850 gemäß §§ 3, 5, 37 ff. desselben G. noch bestehen geblieben sind (vgl. OTr. **63** 174 und **RG.** [Straff.] **50** 289), privaten Reallasten gleichzustellen, wiewohl ihnen das Moment der regelmäßigen Wiederkehr fehlt. Für das einzelne fällig werdende Laudem ist nicht, wie das OTr. früher annahm (vgl. **24** 349 und **63** 174), lediglich derjenige, zu dessen Besitzzeit die Besitzveränderung eintritt, persönlich verpflichtet, sondern es haftet auch das Erbpachtgut dinglich, so daß, wenn der Laudemialpflichtige vor Entrichtung des Laudems das Gut etwa weiter veräußert, sich der Berechtigte wegen des Laudems auch noch an das Gut halten kann (vgl. OTr. **65** 418). **b)** BayRpflZ. **3** 195, R. **07** 580 Ziff. 1212, Seuff. Bl. **72** 444, BayObLG. **8** 87 (BayObLG.). Kirchentrachten sind nur, wenn sie privatrechtlicher Natur, d. h. von dem Pfarrverband unabhängig sind, Reallasten im Sinne des BGB. Anderenfalls sind sie nicht eintragungsfähig. Ebenso Bay. ObLG. **8** 236. **c)** BadRpr. **07** 13, PucheltsZ. **38** 500 ff. (Karlsruhe). Das Pfarrholz d. h. die privatrechtliche Übernahme einer Naturalleistungspflicht zugunsten einer zu errichtenden Pfarrei ist als Reallast im Sinne des BGB. anzusehen. **d)** BayRpflZ. **07** 89 (Bamberg). Die Bestimmung, daß der jeweilige Besitzer gewisser Grundstücke in einer Gemeinde zur Zuchtstierhaltung verpflichtet ist, kann eine Reallast begründen.

3. Übergangsrecht. Geigel, PucheltsZ. **38** 87: Ältere Reallasten links des Rheines.

§ 1108. BayRpflZ. **07** 89 (Bamberg). Wenn in einer Gemeinde die Zuchtstierhaltung den jeweiligen Eigentümern aller Viertelshöfe als Reallast auferlegt ist, so geht sie nicht unter, wenn der Viertelshof geteilt wird und die Teile keinen Viertelshof mehr bilden. Vielmehr haften die Eigentümer der einzelnen Teile als Gesamtschuldner.

§ 1111. KJA. **9** 69 (KG.). Die Übertragung des Rechtes aus einer Reallast ist unzulässig, wenn die Ansprüche auf die einzelnen Leistungen teils übertragbar, teils nicht übertragbar sind. Nicht übertragbar ist das Ausgedinge, soweit es Reallast ist, dann, wenn der Anspruch auf einzelne der Leistungen nicht übertragbar ist. S. JDR. **1** zu § 1111, **3** zu § 1111.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Erster Titel. Hypothek.

Vorbemerkung: Der Streit um die Rechtsnatur der Hypothek hat noch nichts von seiner Bedeutung und von seiner Anziehungskraft eingebüßt. Und das kann nicht wundernehmen. Denn während die meisten der sonstigen Konstruktionsfragen vorwiegend für die Rechtslehre von Interesse sind und demnach die Rechtsprechung wenig in Bewegung setzen, empfängt die Frage nach dem Wesen der Hypothek gerade von der Rechtsprechung und den dieser unterbreiteten vielseitigen Fällen des Rechtslebens die wirksamste Befruchtung. Der Grund hierfür ist vor allem, ja fast ausschließlich in dem Einflusse zu erblicken, den die Beantwortung jener Frage auf die rechtliche Beurteilung der Eigentümerhypothek, also eines Rechtsgebildes ausübt, das auch für die Praxis von einer ganz außerordentlichen Bedeutung ist. Wohin die Entwickelung, die an diese Frage anschließt, treiben wird, läßt sich zurzeit kaum übersehen. Das aber kann wohl schon heute gesagt werden, daß eine gedeihliche Entfaltung der wirtschaftlichen Kraft, für die durch den Gedanken der Eigentümerhypothek das Recht dienstbar gemacht ist, nur dann möglich ist, wenn ausschließlich die Grundsätze des materiellen Rechtes für maßgebend erachtet werden, wenn man also davon absieht, durch den Hinweis auf die formelle Gestaltung des Grundbuchs, insbesondere die — wirkliche oder vermeintliche — Gefahr eines Unübersichtlichwerdens der Eintragungen, wirtschaftliche Interessen zu meistern und zu lähmen. S. die Vorbemerkungen zum 5. Jahrgange des JDR. Ist das Grundbuch für die Zwecke des materiellen Rechtes nicht ausreichend, so ist es zu ändern. Und wie leicht kann der Gefahr der Unübersichtlichkeit z. B. in Preußen durch Einfügung einer besonderen, nur für die Verfügungen des Eigentümers über künftige Eigentümerhypotheken bestimmten Spalte begegnet werden! Das diesjährige Sammelergebnis ist bei den §§ 1113, 1163 zusammengestellt. — Von großer Bedeutung ist ferner die Auslegung, die das RG. der Bestimmung des § 1117 Abs. 2 in einer Reihe von Entscheidungen (s. zu § 117 Ziff II) gegeben hat. Danach muß zu der Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 einerseits zwar die Einreichung des Hypothekenbriefs beim Grundbuchamt, andererseits aber nicht die Aushändigung des Briefes an den neuen Gläubiger hinzutreten. — Die Lehre von der Höchstbetragshypothek, die infolge Dürftigkeit der gesetzlichen Bestimmungen eine Klarlegung durch Rechtsprechung und Rechtslehre sehr angebracht erscheinen läßt, ist in einer Reihe von Punkten gefördert worden (s. die Bemerkungen zu § 1190). — Auch sonst hat manch' wichtige Frage eingehende Behandlung erfahren; nur die Sonderbestimmungen für Grundschulden und Rentenschulden sind sehr kärglich bedacht worden.

§ 1113. I. Wesen der Hypothek. 1. du Chesne, DNotZ. **07** 526 ff. Das Wertbezugsrecht bei Hypothek und Grundschuld ist die absolute Rechtsmacht an einer Summe vorgestellter Werteinheiten des Grundstücks. Wenn die Bestimmung eines Geldbetrags bei der Begründung des Wertbezugsrechts auf die Vorstellung der Zerlegung des Grundstückstauschwerts in Geldwerteinheiten hinauskommt, und wenn diese Zerlegungsoperation in der juristischen Konstruktion des Wertbezugsrechts vorgenommen wird ohne Rücksicht darauf, ob eine zusichernde Geldforderung besteht (Hypothek) oder nicht (Grundschuld), so erhellt daraus, daß auch der Wegfall einer mit dem Wertbezugsrecht etwa (zur Hypothek) verbunden gewesenen Geldforderung an der Struktur des Wertbezugsrechts nichts ändern und daß ebensowenig die Nichtentstehung eines zunächst in Aussicht genommenen Forderungsrechts einen Einfluß auf das Wesen des Wertbezugsrechts äußern kann. Daraus ergibt sich die konstruktive Gleichartigkeit der Hypothek mit der aus ihr entstandenen Eigentümerhypothek; bei dieser fehlt nur die Beziehung des Tauschwerts zum Nichteigentümer. S. auch du Chesne, PosMSchr. **07** 61 ff.

2. du Chesne, R. **07** 42 f. Die Hypothek enthält ein privatrechtliches

Element, das die Befriedigung vermittelt, neben ihrer Sicherungsfunktion nicht. Nicht die Hypothek ist das Recht auf Befriedigung und nicht das Privatrecht in ihr vermittelt die Zwangsvollstreckung; vielmehr gibt die Hypothek in ihrer Sicherungsfunktion nur eine gewisse teilweise Grundlage ab für den prozessualen Anspruch an den Staat auf Vermittelung der Befriedigung wegen der Forderung. Diese Grundlage wirkt aber auch nur soweit, als es sich um den Rang in der Befriedigung handelt; der Rang der Befriedigung folgt aus dem Range der Sicherung. Das Befriedigungsrecht selbst aber wohnt der Hypothek überhaupt nicht inne, sondern besteht als öffentlich-rechtlicher, prozessualer Anspruch außerhalb der Hypothek und kann deshalb auf der Forderung selbst beruhen. Inhalt der Hypothek ist demnach nur die privatrechtliche Sicherungsfunktion, während die Befriedigungsfunktion Gegenstand eines prozessualen Anspruchs ist, der an die Forderung selbst angeknüpft ist.

II. Die der Hypothek zugrunde liegende Forderung. ElsLothNotZ. **07** 339 (LG. Straßburg). Bei der Hypothekbestellung für eine abstrakte Verbindlichkeit (§§ 780—782 BGB.) genügt deren Angabe; die Angabe des sachlichen Rechtsgrundes ist nicht nötig.

III. Rechtswirksamkeit der Hypothek. 1. Reichel, Die Bordellhypothek, DJZ. **07** 110. Die Bordellhypothek kann von dem Betroffenen weder auf dinglichem noch auf persönlichem Wege beseitigt werden. Auch ein Anspruch, daß der Hypothekengläubiger auf seine Hypothek verzichtet (§ 1169 BGB.), ist ausgeschlossen; denn er würde sich als eine qualifizierte Kondiktion darstellen. Was die Klagbarkeit anbetrifft, so ist sie bei der Grundschuld zweifellos, weil hier nur das dingliche Recht in Betracht kommt. Die Hypothek ist zwar nicht ohne weiteres in eine Grundschuld umzudeuten; trotzdem ist ihre Klagbarkeit auch anzunehmen. Gegen Reichel Dernburg, Sachenrecht (4) 225 Anm. 10. Vgl. auch oben § 138 Ziff. I 1 b.

2. a) KGJ. **34** A 282 (KG.). Ist nach dem Zuschlag, aber vor der Eintragung des Eigentums des Erstehers, der der bisherige Eigentümer war, auf Grund seiner Bewilligung die Eintragung von Hypotheken erfolgt, so sind diese nicht nichtig. Vielmehr sind die Hypotheken nur den Zwangsversteigerungsbeteiligten gegenüber, für welche Sicherungshypotheken gemäß § 128 ZVG. einzutragen sind, insofern unwirksam, als die Interessenten verlangen können, daß die nach dem Zuschlag eingetragenen Hypotheken ihren Sicherungshypotheken gegenüber im Range zurücktreten. b) **RG.** 24. 10. 06, JW. **06** 736, ZBlFG. **7** 540 Ziff. 469. Eine Hypothek ist nicht deshalb nichtig, weil sie zur Sicherung einer nichtigen Darlehnsforderung bestellt ist; sie steht vielmehr dem Eigentümer zu.

III. Hypothek für eine bedingte oder künftige Forderung. 1. Huth, ZBlFG. 8 135 ff. Nicht nur für die der Frau bereits erwachsene Forderung auf Herausgabe des eingebrachten Gutes, sondern auch für die künftige Forderung der Frau auf Herausgabe ihres Eingebrachten nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes kann eine Hypothek und zwar auch freiwillig und unabhängig von den Voraussetzungen des § 1391 BGB. bestellt werden. Die Hypothek kann auch Verkehrshypothek und Briefhypothek sein. Die Eintragung ist etwa so zu fassen: „3000 M. Hypothek für die künftige Forderung der ... in ... auf Rückgewähr des dem Grundstückseigentümer ... in die Ehe eingebrachten Vermögens". Die Forderung ist weder abtretbar noch verpfändbar; die Eintragung der Abtretung oder Verpfändung ist daher abzulehnen. S. auch zu § 34 GBO.

2. a) **RG.** V 27. 4. 07, R. **07** 700 Ziff. 1445. Eine Hypothek für erst künftig zu gebende Vorschüsse, z. B. Baugelder, braucht nicht als Sicherungshypothek aus § 1184 BGB. oder als Höchstbetragshypothek aus § 1190 bestellt zu werden; sie

kann vielmehr auch als Verkehrshypothek bestellt werden. Die Hypothek hat allerdings dann mit einer Sicherungshypothek oder Höchstbetragshypothek insofern Ähnlichkeit, als bei Nichtvalutierung der eingetragene Gläubiger für seinen dinglichen und persönlichen Anspruch sich nicht auf das Schuldbekenntnis des Bestellers und auf den Grundbucheintrag schlechthin stützen kann, sondern die geschehene Ausfüllung der Hypothek in beanspruchter Höhe beweisen muß; den Zessionar kann dagegen unter Umständen sein guter Glaube schützen. **b)** RJA. 8 63, KGJ. **33** A 243 (KG.). Zulässig ist der Vermerk bei einer Darlehnshypothek, daß der Gläubiger verpflichtet ist, im Falle der Nichtzahlung der fälligen Forderung seine Befriedigung zunächst aus dem belasteten Grundstücke zu suchen. Denn diese Klausel bildet einen Bestandteil des persönlichen Forderungsrechts derart, daß es sich um eine Hypothek für eine bedingte Forderung handelt. **c)** OLG. **14** 99, R. **07** 310 Ziff. 592, ZBlFG. **7** 749 Ziff. 661 (Dresden). Bei der Hypothek für ein künftiges Darlehen soll die durch sie gesicherte Forderung erst durch darlehnsweise Zahlung des Geldbetrags entstehen. Es ist aber auch zulässig, eine Darlehnsschuld und eine Hypothek dafür durch Vertrag so zu verschaffen, daß die Hypothek völlig selbständig und unabhängig von der Gegenleistung bleibt, derart, daß der vom Erwerber der Hypothek und der vorliegenden Forderung künftig zu gewährende Geldbetrag nicht die Bedeutung der Hingabe des Darlehens, sondern des Kaufpreises für die bereits begründete unbedingte und unbetagte Darlehnsforderung nebst ihrer Sicherung durch Hypothek besitzt. Ein Anlaß zu einer solchen Abmachung wird namentlich dann gegeben sein, wenn dem Erwerber der Hypothek diese zu dem Zwecke verschafft wird, den durch sie dargestellten Grundstückswert in Geld umzusetzen, er aber die Valuta erst zahlen soll, nachdem dies geschehen ist.

§ 1114. 1. Schröder, ZBlFG. **8** 243 f. Eine Zwangshypothek gegen gesamtschuldnerisch haftende Miteigentümer eines Grundstücks kann nur so eingetragen werden, daß jeder Anteil am Grundstücke mit dem ganzen Betrage belastet wird (§ 1132).

2. BreslauAK. **07** 51 (KG.). Der Miteigentümer eines Grundstücks, der sein Miteigentum mit einer Hypothek belastet hatte, kann nach Erwerb des Alleineigentums am ganzen Grundstücke die nachträglich erworbenen Miteigentumsanteile nicht mit einer Hypothek belasten. S. JDR. **1** zu § 1114 Ziff. 3 Abs. 2, **2** zu § 1114 Ziff. 1 a, b. AM. eine am 11. 3. 08 ergangene Entsch. d. **RG.**, R. **08** 269 Ziff. 1569.

§ 1115. I. Bezeichnung des Gläubigers. 1. **a)** **RG.** 9. 3. 07, **65** 277, RJA. 8 226, R. **07** 1161 Ziff. 2850, ZBlFG. **8** 118, HansGZ. **07** Beibl. 139, JW. **07** 240 Ziff. 3, WürttZ. **07** 145, auch SeuffBl. **07** 474. Noch unerzeugten Nachkommen ist Rechtspersönlichkeit zwar nicht an sich, wohl aber dann vom BGB. verliehen, wenn sie als Dritte in einem Vertrag oder als Nacherben oder Vermächtnisnehmer in einer letztwilligen Verfügung gültig bedacht worden sind. Ist aber auf diese Weise ihre Rechtsfähigkeit eingetreten, so ist die notwendige Folge hiervon, daß sie, soweit sich nicht von selbst aus der Eigentümlichkeit ihrer Stellung notwendige Ausnahmen ergeben, im Rechtsverkehre, namentlich im Forderungs- und Sachenrechte, den übrigen Rechtspersonen gleichgestellt werden müssen, insbes. Forderungen und dingliche Rechte wenigstens sicherungshalber erwerben, verlieren und darüber verfügen können. Darum ist die Eintragung einer Hypothek für die noch nicht erzeugten Abkömmlinge einer bestimmten Person zulässig. **b)** KGJ. **34** A 276 (KG.). In Fällen, in denen die Berechtigten zurzeit unbekannt sind, kann für sie ein Recht im Grundbuch eingetragen werden, sofern nur der Kreis der Berechtigten genügend bestimmt und ein zur Verfügung über das Recht berechtigtes Organ vorhanden ist. S. auch JDR. **3** zu § 1115 Ziff. 1 b, c. S. ferner KG. 9. 3. 07, R. **07** 1162, RheinARB. **07** 53. **c)** AM. Hamburg 6. 7. 06, HansGZ. **07** Beibl. 39, ZBlFG. **7** 742 Ziff. 659, SchlHolstAnz. **07** 166 u. 14. 1. 07, HansGZ. **07** Beibl. 138.

Eine Hypothek kann zwar für eine erst künftig entstehende Forderung eingetragen werden, nicht aber zugunsten etwaiger künftiger Abkömmlinge einer Person. Denn diese sind, abgesehen von besonderen Ausnahmefällen, nicht rechtsfähig.

2. a) R. **07** 837 Ziff. 1891 (BayObLG.). Die Konkursmasse kann nicht als Hypothekengläubigerin in das Grundbuch eingetragen werden. **b)** Die Entscheidung des **RG.** im JDR. **4** Ziff. 4 c zu § 1117 auch abgedruckt in GoldschmidtsZ. **60** 466.

II. Zweigniederlassung. BauersZ. **14** 131. Den Ausführungen des **RG. 62** 7 — vgl. JDR. **4** Ziff. 4 c zu § 1117 — ist beizupflichten. Daraus folgt auch, daß die Berichtigung einer dem Antrage zuwider für die Hauptfirma einer Aktiengesellschaft erfolgten Grundbucheintragung auf die Sonderfirma einer Zweigniederlassung im Beschwerdeverfahren zulässig ist. § 71 Abs. 2 steht nicht entgegen, weil es sich um eine nicht unter dem guten Glauben des Grundbuchs stehende Eintragung handelt.

III. Zinssatz. 1. R. **07** 310 Ziff. 593, ZBlFG. **7** 742 Ziff. 658, OLG. **14** 100 (Hamburg). Durch den § 1115 wird die Haftung des Grundstücks gemäß § 1113, d. h. die Berechtigung des Gläubigers, die Befriedigung seiner Forderung aus dem Grundstücke zu beanspruchen, bezüglich der rechtsgeschäftlichen, also auf Vereinbarung beruhenden Zinsen, auf denjenigen Zinssatz beschränkt, welcher eingetragen ist. Folgeweise ist eine nach solcher Eintragung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner über eine Abänderung des Zinssatzes getroffene Vereinbarung, sofern sie nicht eingetragen wird, ohne Bedeutung für den Umfang der Haftung des Grundstücks für die Zinsen. Nach § 1181 erstreckt sich die Haftung des Grundstücks bei einem Verzuge des Schuldners in der Erfüllung der ihm obliegenden Rückzahlungsverpflichtung allerdings auch auf die Verzugszinsen, jedoch nur soweit sie als gesetzliche Zinsen geschuldet werden, nicht aber, soweit die Verpflichtung zu ihrer Bezahlung auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruht.

2. SächsRpflA. **07** 444 (Dresden). Für die Zinsen der Hypothek haftet der Grundstückseigentümer als solcher — also abgesehen von seiner Stellung als persönlicher Schuldner — nur dinglich. Ein entgegenstehender, in der Kommission gestellter Antrag ist als mit dem Wesen der Hypothek unvereinbar abgelehnt worden.

3. **a)** OLG. **15** 374, R. **07** 1162 Ziff. 2851, RJA. **8** 231, ZBlFG. **8** 122 (KG.). Die Eintragung einer Hypothek für eine verzinsliche Forderung darf nicht erfolgen, wenn aus der Eintragungsbewilligung der Anfangstag der Verzinsung nicht zu ersehen ist. **b)** OLG. **15** 376, ElsLothNotZ. **07** 166, ElsLothJZ. **07** 316, ZBlFG. **8** 66 Ziff. 115, R. **07** 512 Ziff. 1038 (Colmar). Die Eintragung einer Hypothek darf nicht deswegen abgelehnt werden, weil in der Eintragungsbewilligung der Anfangstag der Verzinsung der Forderung nicht ausdrücklich angegeben ist; es genügt, daß er sich mit Deutlichkeit aus den Angaben der Bewilligung oder der mit ihr verbundenen Schuldurkunde entnehmen läßt. **c)** Die Entsch. des KG. — JDR. **5** zu § 1115 Ziff. IV 2 b — auch DJZ. **07** 188, R. **07** 252 Ziff. 461, WürttZ. **07** 146, ZBlFG. **7** 742 Ziff. 657.

4. KGJ. **34** A 279, SeuffBl. **07** 956, RJA. **9** 61 (KG.). Bei der Eintragung einer Hypothek kann als Zinssatz nicht der jeweilige Lombardzinssatz der Reichsbank angegeben werden.

IV. Nebenleistungen. 1. R. **07** 888 Ziff. 2044, KGJ. **33** A 244 (KG.). Ein von einer Landschaft zur Ausgleichung der Kursdifferenz gewährtes Zuschußdarlehen darf nicht bei der Pfandbriefdarlehnshypothek, sondern muß als eine besondere Hypothek eingetragen werden. Dagegen ist es zulässig, Jahreszahlungen zum Zwecke der Tilgung eines nicht eingetragenen Zuschußdarlehns als Nebenleistungen des Pfandbriefdarlehns, insbesondere in Prozenten dieses Darlehns, festzusetzen. Die Eintragung dieser Nebenleistungen erfolgt dann durch

ihre Aufnahme in den Eintragungsvermerk über das Pfandbriefdarlehn unter Angabe des Geldbetrags.

2. a) R. 07 888 Ziff. 2045, KGJ. 33 A 250 (KG.). Werden Nebenleistungen für eine Hypothek nachträglich vereinbart, so sind sie nicht in der Hauptspalte als besondere Hypotheken oder Sicherungshypotheken, sondern bei der Hypothek in Spalte „Veränderungen" zur Eintragung zu bringen, auch wenn sie den folgenden Hypotheken im Range nachstehen; im letzten Falle ist dieses Rangverhältnis bei der Eintragung in Spalte „Veränderungen" und bei den nachfolgenden Hypotheken mitzuvermerken. Eine jede Art „anderer Nebenleistungen" als Zinsen kann in die Eintragung der Hypothek mit aufgenommen werden, wenn sich nur ihr Geldbetrag im Eintragungsvermerk angeben läßt. Zur Angabe des Geldbetrags genügt es, daß der Höchstbetrag der Haftung des Grundstücks aus dem Eintragungsvermerk erkennbar ist. Eine besondere Sicherungshypothek ist auch in diesem Falle nicht einzutragen. b) ZBlFG. 7 540 Ziff. 472, HessRspr. 7 108 (LG. Mainz). Nur dann, wenn die Nebenleistungen in ihrem Gesamtbetrage sich nicht übersehen lassen, wird anstatt eines bestimmten oder eines Höchstbetrags eine besondere Sicherungshypothek zu bewilligen und einzutragen sein.

V. Die Fassung des Eintragungsvermerks; Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. 1. Pitel, ZBlFG. 7 631 ff.; Die Fassung der Eintragungsvermerke für Hypotheken. Zur Bezeichnung des Inhalts der Hypothek ist zwar die Angabe der gesicherten Forderung nötig und genügend. Außerdem muß aber nicht bloß bei der Sicherungshypothek, sondern auch bei der Verkehrshypothek das Wort „Hypothek" hinzugefügt werden; denn nicht die Forderung, sondern das dingliche Recht wird eingetragen (633). Was die Forderung anbetrifft, so sind Gläubiger, Schuldner, Leistungsinhalt und Grund anzugeben. Die Angabe des Gläubigers folgt ohne weiteres aus § 1115 BGB. Was den Schuldner anbetrifft, so ist, solange er nicht bezeichnet ist, keine wirkliche Forderung, sondern nur ein möglicher Forderungsinhalt angegeben. Es ist auch nicht selbstverständlich, daß man als Schuldner den die Hypothek bestellenden Eigentümer ansieht. Denn die Hypothek kann auch zur Sicherung einer gegen einen Dritten begründeten Forderung bestellt werden, und eine Rechtsvermutung besteht nicht. ➠ Das kann nicht als richtig anerkannt werden. Denn es handelt sich nicht um die Ersetzung eines Eintragungsbestandteils durch eine Vermutung, vielmehr wird durch die einen anderen Schuldner nicht nachweisende Hypothekeneintragung in Verbindung mit der Eintragung des Eigentümers der Schuldner der Forderung mit ausreichender Deutlichkeit zum grundbuchmäßigen Ausdrucke gebracht. Red. ⟵ Die Angabe des Leistungsinhalts (Betrag des Hauptgeldes, des Zinssatzes, des Geldbetrags etwaiger anderer Nebenleistungen, die von den gesetzlichen Dispositivnormen abweichenden Zahlungsbedingungen für Haupt- und Nebenleistungen) bietet keine Schwierigkeiten. Der schließlich noch anzugebende Grund ist nicht die Rechtskategorie, unter die der Grund fällt — diese ist bestenfalls gleichgültig und kann bei falscher Angabe sogar schaden —, sondern sind die forderungbegründenden Tatsachen, auch wenn die Hypothek für eine künftige Forderung bestellt wird. — Die Eintragungen würden, wenn sie diesen Anforderungen genügen sollen, zu weitschichtig werden; daher wird die Bezugnahme auf die Bewilligung die Regel bilden müssen (639 ff.); s. dazu Kober zu § 1115 Ziff. I A 5 a. In der Bezugnahme braucht die Stelle der Akten, in der sich die Bewilligung befindet, nicht angegeben zu werden, wenn die Bewilligung zu den zu der Eintragung gehörigen Akten genommen wird. Bei späterer Übertragung auf ein anderes Blatt muß das aber nachgeholt werden, wenn man nicht, was richtiger ist, die Ersteintragungsstelle ersichtlich machen will.

Das Wort „Bezugnahme" ist ebensowenig nötig, wie das Wort „Bewilligung". Es kann vielmehr z. B. heißen: „Hypothek wegen der in der Urkunde vom ... (abschriftlich Bl. ... der Grundakten) näher bezeichneten Forderung des N. N. gegen H. von eintausend Mark nebst Zinsen davon zu (höchstens) 5 v. H." (638 f.). — Der Vermerk über die sofortige Vollstreckbarkeit kann kurz so gefaßt werden: „Sofort vollstreckbare Hypothek wegen ...", bei nachträglicher Eintragung: „Die Hypothek ist sofort vollstreckbar".

2. R. **07** 512 Ziff. 1038 (Colmar). Indem der § 1115 Abs. 1 BGB. nur die Eintragung des Gläubigers, des Geldbetrags der Forderung, des Zinssatzes und des Geldbetrags der sonstigen Nebenleistungen in das Grundbuch vorschreibt, im übrigen aber die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung für genügend erklärt, will er zum Ausdrucke bringen, daß es bezüglich der nicht besonders namhaft gemachten Punkte genügt, wenn sich aus der Eintragungsbewilligung entnehmen läßt, was die Beteiligten bezüglich dieser Punkte vereinbart haben. Es muß sogar, falls sie eine solche Vereinbarung nicht getroffen haben, als der Absicht der Beteiligten entsprechend erachtet werden, daß diejenigen Bestimmungen Anwendung zu finden haben, welche sich für das in Betracht kommende materielle Rechtsverhältnis aus den einschlagenden gesetzlichen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes ergeben.

3. R. **07** 184 Ziff. 300, PosMSchr. **06** 153, ZBlFG. **7** 742 Ziff. 656 (KG.). Wenn der Grundbuchrichter vom Rechte der Bezugnahme Gebrauch macht, so ist zu erfordern, daß die abgekürzte Eintragung in so deutlicher Weise erfolgt, daß kein Zweifel darüber bestehen kann, daß alle die Forderung betreffenden Festsetzungen, die in der nach dem Gesetz allein maßgebenden Eintragungsbewilligung enthalten sind, durch die Bezugnahme auch wirklich zur Eintragung gebracht worden sind. Wenn es sich um zwei Urkunden — Eintragungsbewilligung und Schuldurkunde — handelt, so muß, um Zweifel auszuschließen, das Wort: „Eintragungsbewilligung" gebraucht werden.

§ 1116. 1. Pitel, ZBlFG. **7** 638 f. Die Ausschließung der Brieferteilung läßt sich, wenn sie bei der Hypothekenerrichtung erfolgt, kurz so ausdrücken: „Hypothek ohne Brief", bei nachträglicher Ausschließung: „Nachträglich ist ein Brief erteilt worden (oder: zu erteilen)".

2. **RG.** 17. 4. 07, **66** 24, JW. **07** 334 Ziff. 14. Ein dingliches Zurückbehaltungsrecht an einem Hypothekenbriefe kennt das BGB. nicht. Dadurch aber, daß der Inhaber einer Hypothek einem anderen den Brief mit der Verpflichtung übergibt, den Brief nicht eher zurückzuverlangen, als bis eine bestimmte Voraussetzung erfüllt ist, gewährt er dem Empfänger nicht ein auch gegenüber Dritten wirkendes Recht an dem Briefe als an einer selbständigen Sache, sondern schließt er nur das ihm als Eigentümer des Briefes an sich zustehende Recht auf Herausgabe für seine Person zeitweise und bedingt aus. Ein solches persönlich wirkendes Zurückbehaltungsrecht ist daher für rechtsgültig zu erachten. Vgl. **RG.** **51** 87, Turnau-Förster I 502, 1098, v. Staudinger zu § 1203 Anm. I 1 e.

§ 1117. I. Anspruch auf Übergabe des Briefes. 1. Fuchs, BayRpflZ. **07** 274. Ob der Hypothekengläubiger, solange der Brief ihm nicht übergeben ist, überhaupt irgendein Recht gegen den Grundstückseigentümer auf Übergabe des Briefes hat, hängt von dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis ab. Grundsätzlich und regelmäßig wird der als Hypothekengläubiger Eingetragene nur einen obligatorischen Anspruch auf Übergabe des Briefes haben.

2. a) **RG.** 17. 6. 07, R. **07** 977 Ziff. 2317, BayRpflZ. **07** 367, ZBlFG. **8** 267 Ziff. 321. Befriedigt der Eigentümer den Hypothekengläubiger nur teilweise, so kann er die Aushändigung des Hypothekenbriefs nicht verlangen. Bei einer Abtretung der aus der Teilbefriedigung entstandenen Eigentümergrundschuld kann

daher eine Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des Hypothekenbriefs die Übergabe nicht ersetzen. Ist der Anspruch auf Vorlegung des Hypothekenbriefs abgetreten, so kann dies als eine Vereinbarung im Sinne des § 1117 Abs. 2 BGB. in Frage kommen. Diese Vereinbarung erhält Bedeutung aber erst, wenn es zu einer Vorlegung des Hypothekenbriefs beim Grundbuchamt und zur Bildung eines Teilbriefs gekommen ist. Ohne diese Voraussetzung kann auch eine Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB. die Übergabe des Hypothekenbriefs nicht ersetzen. **b) RG.** 29. 9. 06, Puchelts Z. **38** 411, JW. **06** 714 Ziff. 12, R. **07** 61 Ziff. 49. Wenn der Notar, der von dem Darlehnsgeber die Hypothekenvaluta für den Eigentümer erhalten hat, diese unterschlägt, so ist der Eigentümer, wenn ihm der Hypothekenbrief nicht übergeben ist, nicht Darlehnsschuldner geworden. Er ist daher nicht verpflichtet, dem Darlehnsgeber die Bewilligung der Aushändigung des Briefes zu geben.

II. Die Vereinbarung nach Abs. 2. 1. **a) RG.** 5. 1. 07, **65** 62, JW. **07** 105 Ziff. 7; R. **07** 889 Ziff. 2046, 2047, 2050. Zu der Vereinbarung des § 1117 Abs. 2 muß die tatsächliche Einreichung des Hypothekenbriefs beim Grundbuchamte hinzutreten, um die dingliche Berechtigung des Zessionars herbeizuführen. Dabei ist es unerheblich, daß die Erteilung eines Zweigbriefs infolge der dazwischen getretenen Zwangsversteigerung und Briefvernichtung nicht mehr hat erfolgen können und dadurch der Anspruch auf Aushändigung an das Grundbuchamt gegenstandslos geworden ist. Der Zedent bleibt aber obligatorisch für die Einreichung des Briefes und in dem erwähnten Falle für Übereignung des Versteigerungserlöses haftbar. **b) RG.** 22. 11. 06, **64** 308, JW. **07** 12, R. **07** 184 Ziff. 302, ZBlFG. **7** 744 Ziff. 668 (durch diese Entscheidung ist das JDR. **5** zu § 1117 Ziff. 2 b erwähnte OLG. Celle bestätigt). Der § 1117 Abs. 2 will nicht besagen, daß neben der Vereinbarung, wonach der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, nichts weiter erforderlich sei, um den Übergang der Hypothek zu bewirken. Das stände in vollem Widerspruche zu der erklärten Absicht des Gesetzgebers, die Schwierigkeiten zu beseitigen, die in dem früheren preußischen Rechte dadurch entstanden waren, daß eine Aushändigung des Briefes damals nicht zum Erwerbe der Hypothek durch Abtretung erforderlich war. Darum verlangt § 1154 zur Abtretung der Hypothek Übergabe des Briefes. Durch § 1117 Abs. 2 sollte nur dem Übelstande begegnet werden, daß durch eine Verzögerung der Briefausfertigung der Erwerb der Hypothek verzögert werden könnte. Diese Bestimmung wurde juristisch damit gerechtfertigt, daß durch Erteilung der Befugnis, sich vom GBA. den Brief aushändigen zu lassen, der mittelbare Besitz des Briefes im voraus auf den Gläubiger übertragen werde (Prot. III 729). Ob die weitergehende Meinung richtig ist, daß auch noch die nachfolgende Aushändigung des Briefes an den neuen Gläubiger ein Erfordernis des Hypothekenüberganges sei, läßt das RG. in dieser Entscheidung unentschieden. S. über diese Frage unter Ziff. 2.

2. **a) RG.** 12. 6. 07, **66** 206, JW. **07** 514 Ziff. 16, R. **07** 1405 Ziff. 3520, ZBlFG. **8** 267 Ziff. 323. Wird die Briefübergabe durch die Vereinbarung ersetzt, daß sich der Gläubiger den Brief unmittelbar vom Grundbuchamte aushändigen lassen darf, so braucht die nachträgliche Aushändigung des Briefes an den Zessionar zur Vervollständigung nicht hinzuzukommen. Denn sonst wäre die wahlweise Gestattung der Besitzanweisung statt der körperlichen Übergabe zwecklos und irreführend. Allerdings sollen die betr. Vorschriften es verhüten, daß aus dem Verbleiben des Briefes in den Händen des Abtretenden Schwierigkeiten und Gefahren entstehen, daß die abgetretene Hypothek von ihm verpfändet, weiter abgetreten wird u. dgl. Aber auch im Falle der Besitzanweisung ist bei richtigem Verfahren des Grundbuchamts und des Zessionars jenen Schwierigkeiten

und Gefahren vorgebeugt, sofern nur das Grundbuchamt selbst die Verfügungsmacht über den Brief erlangt. **b)** **RG.** 19. 6. 07, R. **07** 1069 Ziff. 2560, ZBlFG. 8 267 Ziff. 322. Die Vereinbarung, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, hat die Wirkung einer Übergabe des Briefes nur dann, wenn der Brief sich tatsächlich beim Grundbuchamte befindet. Es genügt in dieser Hinsicht aber, wenn der Brief sich zwecks Einziehung der Kosten bei der Gerichtskasse, die hier nur als eine Aufbewahrungsstelle für das Grundbuchamt anzusehen ist, befindet. Unerheblich für den Erwerb des Gläubigerrechts ist es, ob der Brief später dem Gläubiger ausgehändigt wird. **c)** **RG.** 3. 7. 07, BayRpflZ. **07** 414. Wird die Übergabe des Briefes durch die Vereinbarung ersetzt, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, so hängt die Wirksamkeit dieser Vereinbarung nicht davon ab, daß der Brief später wirklich dem Gläubiger ausgehändigt wird. **d)** Bendix, SeuffBl. **72** 917. Die tatsächliche Aushändigung des Briefes an den neuen Gläubiger braucht zu der Vereinbarung nach Abs. 2 nicht hinzuzutreten.

3. **RG.** 27. 4. 07, **66** 97, R. **07** 1200 Ziff. 2880, JW. **07** 356 Ziff. 2, ZBlFG. 8 165 Ziff. 244. Die Vereinbarung darüber, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, muß zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger getroffen werden. Die Vereinbarung mit einem Dritten kann nur dann die Übergabe ersetzen, wenn der Dritte Vertreter des Gläubigers ist. Denn die §§ 328 ff. BGB. sind hier unanwendbar, weil die sachenrechtliche Einigung zwar den Vorschriften des Allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte — den §§ 104—185 BGB. —, nicht aber den Vorschriften über Verträge auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse unterliegt, soweit nicht im 3. Buche besonders auf sie Bezug genommen ist.

4. **RG.** 23. 3. 07, BayRpflZ. **07** 234, ZBlFG. 8 37, BankA. **6** 255, R. **07** 889 Ziff. 2048. Wird der Gläubiger bei der Bestellung der Hypothek ermächtigt, sich den Hypothekenbrief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen, und tritt der Gläubiger die Forderung vor der Aushändigung des Briefes ab, so erwirbt der neue Gläubiger die Hypothek nicht ohne weiteres durch die Eintragung der Abtretung, sondern nur dann, wenn ihm auch der Anspruch auf Aushändigung des Briefes mit abgetreten worden ist. Vgl. auch **RG. 54** 111.

§ 1118. 1. ZBlFG. **7** 842 Ziff. 792, SeuffA. **62** 124 (Königsberg). Alles, was zum Zwecke der Befriedigung aus dem Grundstück aufgewendet werden muß, z. B. auch die durch die Vollstreckungsgegenklage des Schuldners dem Gläubiger erwachsenen Kosten, gehören zu den Kosten des § 1118 BGB. S. JDR. **1** zu § 1118 Ziff. 5.

2. R. **07** 310 Ziff. 594, OLG. **14** 100 (Hamburg). Auf Grund des § 1118 kann die Zahlung von höheren als den im § 246 auf 4 v. H. festgesetzten gesetzlichen Zinsen, bzw. den im § 288 auf den gleichen Betrag festgesetzten Verzugszinsen aus dem Grundstücke nicht beansprucht werden. Sofern sich nicht aus der Eintragung eine weitergehende Haftung des Grundstücks, als die durch § 1118 dem Gläubiger gewährte, ergibt, ist der Gläubiger darauf angewiesen, seine Befriedigung wegen der ihm vereinbarungsgemäß zukommenden höheren Zinsen, wie auch wegen eines ihm etwa durch den Verzug des Schuldner erwachsenen, die gesetzlichen Verzugszinsen des § 288 übersteigenden Schadens aus dem sonstigen Vermögen seines Schuldners zu suchen.

§ 1119. 1. RJA. **8** 59, ZBlFG. **7** 796 (KG.). Der § 1119 bezieht sich nur auf die den Zinssatz vom 5 v. H. übersteigende Erhöhung für die Zeit von ihrer Eintragung an. Für die dieser Eintragung vorhergehende Zeit ist die Erhöhung nur mit Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten zulässig (s. KG. in KGJ. **21** A 150, **25** A 173, **31** A 337).

2. Die Entsch. des KG. — JDR. **5** zu § 1119 — auch ZBlFG. **7** 596, WürttZ. **07** 146.

§ 1120. I. Allgemeines. 1. HansGZ. **07** Beibl. 173 ff., R. **07** 573 Ziff. 1161 (Hamburg). Die Vollstreckung eines hypothekarischen Rechtes in die für die Hypothek mithaftenden beweglichen Gegenstände, insbesondere in die Mietforderungen, braucht nicht notwendig durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu geschehen, sondern kann auch im Wege der für Gegenstände gleicher Art gewöhnlichen Mobiliarzwangsvollstreckung erfolgen. Eine Beschlagnahme im Sinne des § 1124 liegt auch in diesem Falle aber nur dann vor, wenn die Vollstreckung auf Grund des dinglichen Rechtes erfolgt ist; ein Titel für die persönliche Forderung genügt daher nicht.

2. R. **07** 512 Ziff. 1039 (Cöln). Die Hypothek erstreckt sich nicht auf Zubehörstücke, die schon vor der Begründung der Hypothek vom Grundstückseigentümer mit dinglicher Wirkung veräußert, aber gemäß § 930 BGB. auf dem Grundstücke geblieben sind.

3. SeuffBl. **72** 312 (Hamburg). Die Hypothek erstreckt sich auf die mit dem Grundstücke verbundenen Bestandteile auch dann, wenn diese vor der Verbindung einem anderen als dem Grundstückseigentümer gehört haben.

4. BreslauAK. **07** 49 (LG. Schweidnitz). Wenn nach dem Verkaufe von Zubehörstücken das Grundstück seinen Eigentümer wechselt und der neue Eigentümer für einen Gläubiger Hypotheken bestellt, so sind die Zubehörstücke für den neuen Eigentümer von vornherein fremde gewesen. Sie unterliegen also der Haftung nicht, auch wenn sie auf dem Grundstücke verbleiben. Maßgebend für die Haftung eines Zubehörstücks kann nach dem Zwecke der Bestimmungen der §§ 1120, 1121 nur der Zeitpunkt der Bestellung der Hypothek sein.

II. Einzelne Fälle. 1. SächsOLG. **28** 207 (Dresden). Zum Verkaufe bestimmte Ziegeleiwaren sind nicht Zubehör des Grundstücks. Vgl. o. § 97 Ziff. IV 7.

2. **a)** R. **07** 311 Ziff. 597, OLG. **14** 105 (Breslau). Die auf dem Pfandgrundstücke hergestellten und dort noch lagernden Ziegeln werden von der Hypothek nicht mitergriffen. Nachdem durch die Verarbeitung des einen Bestandteil des Grundstücks bildenden Rohmaterials neue Sachen von wirtschaftlicher Selbständigkeit hergestellt sind, können diese neugeschaffenen Werte nicht mehr als Bestandteil der Ursprungssache aufgefaßt und der hypothekarischen Haftung unterworfen werden. **b)** OLG. **14** 105 Anm. 1 (KG.). Gleiches gilt von dem Kiese, der dem Grundstück entnommen ist und darauf noch lagert.

3. R. **07** 310 Ziff. 395, OLG. **14** 104 (Marienwerder). Auf Steine, die auf Grund eines dinglichen Rechtes erworben sind (Ausgrabung auf Grund einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit), erstreckt sich die Hypothek und die Beschlagnahme des Grundstücks nicht; denn die Steine werden mit der Trennung Eigentum des dinglich Berechtigten. Die Ausnahme des § 1120 greift auch dann Platz, wenn das dingliche Recht, d. h. das den Eigentumserwerb des anderen vermittelnde Recht, der Hypothek im Range nachsteht.

4. SächsRpflA. **07** 437, R. **07** 1260 Ziff. 3098 (Dresden). Wenn derjenige, der Türen und Fenster in einen Neubau einfügt, sich das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehält, und wenn er dann wegen Nichtzahlung des Preises die eingefügten Bestandteile wieder fortnimmt, so wird durch diese Trennung ihre Haftung für die Hypotheken nicht beseitigt. Denn die Haftung erlischt nur, wenn die Bestandteile mit der Trennung nach den §§ 954—957 in das Eigentum eines anderen übergehen. Dies träfe hier nur zu, wenn dem Wegnehmenden der Besitz der Hauptsache, also hier das Grundstück, überlassen gewesen wäre; denn ohne diesen Besitz vollzog sich der Eigentumswechsel nicht mit der Trennung, sondern durch die mit der Besitzergreifung abschließende Übergabe. Auch eine auf Grund

eines Wegnahmerechts erfolgende Trennung ändert daran nichts, wofern nicht die Voraussetzungen der §§ 954—957 gegeben sind.

5. R. 07 311 Ziff. 598, OLG. 14 107 (Dresden). Ein Erzeugnis eines Grundstücks verliert diese Eigenschaft, wenn aus ihm durch Verarbeitung oder Umbildung eine neue bewegliche Sache hergestellt wird. Ton und Lehm sind Erzeugnisse des Grundstücks, die daraus hergestellten Ziegeln sind aber durch Verarbeitung gewonnene neue bewegliche Sachen, nicht mehr Erzeugnisse im Sinne des § 1120. Auch Zubehör sind sie nicht, wenn sie nicht zum Ziegeleibetriebe, sondern zur Veräußerung bestimmt sind.

§§ 1121 ff. 1. Reinhard, R. **07** 354 ff. Das Recht des Hypothekengläubigers am Zubehöre teilt keineswegs schlechthin das Schicksal der Hypothek am Grundstücke. Nicht sein Bestehen, sondern nur sein Entstehen ist von der Hypothek am Grundstück abhängig. Kann es nach § 1121 BGB. bei Fortbestand der Hypothek erlöschen, so kann es auch bei Untergang der Hypothek am Grundstück infolge Zuschlags fortbestehen. Man wird aber anzunehmen haben, daß das Zubehörstück vom Surrogatrecht aus denselben Gründen frei wird, aus denen es beim Fortbestande der Hypothek von der hypothekarischen Haftung frei wird. S. auch zu § 1147 Ziff. 3.

2. SächsOLG. **28** 210 (Dresden). Wenn die Früchte innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung vom Gute getrennt sind, so erlischt die Haftung der Früchte für die Hypothek, wenn die Früchte vor der Beschlagnahme nicht bloß zu einem vorübergehenden Zwecke, sondern endgültig von dem Grundstück entfernt worden sind, auch ohne Veräußerung und ohne Rücksicht auf die näheren Umstände, unter denen die Entfernung erfolgt. Im Falle der Trennung unter Nichtbeachtung der Regeln einer ordnungsmäßigen Bewirtschaftung werden die Früchte nur dann frei, wenn sie veräußert und vom Grundstück entfernt worden sind, ehe die Beschlagnahme des Grundstücks zum Zwecke der Zwangsverwaltung eingetreten ist (Hallbauer, Hypothekenrecht 24 ff., Crome III 696 ff., Planck zu §§ 1120 ff., Reinhard, ZVG. I 139, Kretzschmar, ZVG. 15 ff.).

3. OLG. **15** 169 (KG). Aus § 865 ZPO. ergibt sich, daß die Pfändung getrennter Früchte zulässig ist, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Immobiliarvollstreckung erfolgt ist. Daraus folgt, daß der Hypothekar zur Beschlagnahme greifen wird, wenn er sich gegen Zugriffe der Personalgläubiger möglichst wirksam schützen will. Es kann aber nicht daraus geschlossen werden, daß ihm ohne Beschlagnahme jede Verwirklichung seines Hypothekenrechts unmöglich sein soll. Auch aus den Worten des § 865 ZPO., daß vor der Immobiliarbeschlagnahme die getrennten Früchte „der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen unterliegen“, ist nur zu schließen, daß die Pfändung an sich zulässig ist, nicht aber, daß der pfändende Personalgläubiger auch einem besser berechtigten Hypothekar die Befriedigung aus dem Erlöse verweigern dürfe.

§ 1121. 1. R. **07** 1261 Ziff. 3099 (Frankfurt a. M.). Der § 1121 BGB. findet auch dann Anwendung, wenn die Veräußerung der Bestandteile und Zubehörstücke eines Grundstücks im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt ist.

2. **RG.** 27. 3. 07, R. **07** 637 Ziff. 1314. Maschinen, die wesentliche Bestandteile eines Gebäudes und dadurch Eigentum des Grundstückseigentümers geworden sind, verbleiben in dessen Eigentum, auch wenn die körperliche Verbindung später wieder aufgehoben wird. Ebenso werden die Maschinen, solange sie auf dem Grundstücke verbleiben, nicht durch eine bloße Aufhebung der körperlichen Verbindung von der Haftung für die Hypotheken frei.

§ 1124. 1. Hertel, JustdRundsch. **07** 57 ff. Unter Verfügungen im Sinne des § 1124 BGB. sind nicht nur rechtsgeschäftliche Verfügungen zu verstehen, sondern

auch Verfügungen, welche im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erfolgen.

2. a) HansGZ. **07** Beibl. 173 ff., R. **07** 573 Ziff. 1162 (Hamburg). Der § 1123 BGB. spricht den Grundsatz aus, daß die Mietforderung der Hypothek mithaftet. Die Folge dieses Grundsatzes würde sein, daß der Vermieter nur mit Zustimmung der Hypothekengläubiger die Mietforderung einziehen, erlassen und pfandfrei abtreten könnte und, wenn eine Abtretung ohne jene Zustimmung vorgenommen würde, das Pfand der Forderung folgen würde. Nun bestimmt aber § 1124, die Macht des Hypothekengläubigers einschränkend, daß trotz jenes Pfandrechts freie Verfügungen auch ohne Zustimmung des Hypothekengläubigers gültig sind, und daß im Falle „der Übertragung an einen Dritten die Haftung erlischt", bis der Hypothekengläubiger Beschlag legt, und noch eine gewisse Zeit darüber hinaus: von da ab sind die Verfügungen, insbes. die Übertragung, dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam. § 1124 hat also nur solche Verfügungen im Auge, die an und für sich dem in Frage kommenden Hypothekenrechte gegenüber unwirksam sein und, wenn gültig, es beeinträchtigen würden. Diese werden ihm gegenüber für wirksam und erst von der Beschlagnahme an wieder für unwirksam erklärt. Daraus folgt, daß § 1124 auf Abtretungen von Mietforderungen an den vorgehenden Hypothekar, soweit sie zur Befriedigung seiner Hypothekenforderung nötig sind, sich nicht bezieht. Denn solche Abtretungen beeinträchtigen ihn nicht, weil die Hypothek des Zessionars ihm sowieso vorgeht. **b)** **RG.** 5. 12. 06, **64** 415 ff., JW. **07** 59, R. **07** 831 Ziff. 1847. Die im § 1124 Abs. 2 festgesetzte Unwirksamkeit der Verfügung über den Mietzins ist keine absolute (Nichtigkeit), sondern ebenso wie diejenige Unwirksamkeit, die eintritt, wenn einem zugunsten einer bestimmten Person bestehenden Veräußerungsverbote zuwidergehandelt wird (§§ 135, 136 BGB.), nur eine relative. Sie hört daher, abgesehen von ihrer Heilung durch nachträgliche Genehmigung der Verfügung von seiten des Hypothekengläubigers, auch dann auf, wenn der Hypothekengläubiger wegen des Anspruchs, um dessentwillen die Beschlagnahme stattgefunden hat, anderweit befriedigt wird oder wenn er auf die Hypothek verzichtet oder wenn die Beschlagnahme wegfällt, weil dem Zwangsverwaltungsverfahren, mit dem sie verbunden ist und dessen Rechtsschicksale sie teilt, die Mietzinsen, über die verfügt worden ist, infolge des eingetretenen Eigentumswechsels nicht mehr unterliegen. — Durch diese Entsch. ist das JDR. **5** zu § 1124 Ziff. 2 a angeführte Urteil des OLG. Dresden bestätigt. **c)** R. **07** 311 Ziff. 599, OLG. **14** 109 (Hamburg). Die Beschlagnahme setzt eine Vollstreckung voraus, die der Hypothekar als solcher, also auf Grund seines dinglichen Rechtes, ausführen läßt. Denn das ist gerade der besondere Sinn der §§ 1121 ff., daß trotz des Pfandrechts des Hypothekars an den der Hypothek mithaftenden Gegenständen eine Verfügung über diese Gegenstände zulässig ist, bis grundsätzlich zu dem Zeitpunkte, wo der Hypothekar sein Recht, d. i. sein dingliches Recht, prozessual durch Erwirkung eines staatlichen Verfügungsverbots zur Geltung, zur Vollstreckung bringt. Die Vollstreckung eines dinglichen Rechtes setzt aber einen eben dieses Recht feststellenden Titel voraus. **d)** OLG. **14** 108 (Hamburg), s. o. § 95 Ziff. III 2 b. **e)** SchlHolst. Anz. **07** 27, SeuffA. **62** 463, OLG. **15** 366 (Kiel). Bei der Konkurrenz eines Nießbrauchsrechts mit einer Hypothek bezüglich der Mieterträge des Grundstücks geht das ältere Recht vor. Der § 1124 enthält keine Vorschrift für das Verhältnis des älteren dinglichen Rechtes zu dem jüngeren Hypothekenrechte.

Zu §§ 1127 ff. Literatur: Hagen, Die Haftung der Versicherungsforderung für die Hypotheken, JheringsJ. **51** 83 ff.

§ 1128. 1. Hagen aaO. 103. Sowohl für den Hypothekengläubiger, der auf Grund des § 1282 BGB. oder kraft der gerichtlichen Überweisung selbst gegen

den Versicherer vorgehen kann, als für den Ersteher des Grundstücks, der den Anspruch kraft des Zuschlags erworben hat, oder für den Dritten, an den er sonst kraft des Hypothekenrechts übertragen ist, besteht der Entschädigungsanspruch so, wie er hinsichtlich des die Zwangsvollstreckung betreibenden Hypothekengläubigers bestand, d. h. es können dem nunmehrigen Gläubiger nur solche Verfügungen oder Einwendungen entgegengehalten werden, die gegenüber diesem Hypothekengläubiger wirksam gewesen sein würden. Dies gilt namentlich von einer geschehenen Zahlung.

2. Die Entsch. des RG. — JDR. **5** zu § 1128 Ziff. 1 — jetzt auch **RG. 64** 28. S. dazu Kretzschmar, ZBlFG. **8** 309. Die Entsch. des OLG. Breslau — JDR. **5** zu § 1128 Ziff. 3 — auch R. **07** 311 Ziff. 600, 601; 380 Ziff. 766.

§ 1132. 1. Müller, Die Zwangsvollstreckung im Grundbuchrecht, WürttZ. **07** 39. Wenn für eine Forderung bereits eine Vertragshypothek bestellt ist, so kann für sie auch noch eine Zwangshypothek zur Gesamthaft eingetragen werden.

2. a) RJA. **8** 136, R. **07** 922 Ziff. 2236, KGJ. **33** A 297, ZBlFG. **7** 931 (KG.). Eine Pfändung, die sich nur auf das Hypothekenrecht an einem oder mehreren belasteten Grundstücke erstreckt, ist nichtig. Die Übertragung und Belastung einer Gesamthypothek kann nur einheitlich hinsichtlich aller belasteten Grundstücke erfolgen, weil sonst eine der Natur des Gesamtrechts widersprechende Vervielfältigung des Rechtes eintreten würde. b) Das JDR. **5** zu § 1132 angeführte RG. jetzt auch **RG. 63** 74, WürttZ. **07** 114.

§ 1133. 1. ElsLothJZ. **33** 481 (Colmar). Voraussetzung des Rechtes, Befriedigung aus dem Grundstücke wegen Gefährdung zu suchen, ist ein vollstreckbarer Titel, nach dem der Schuldner verpflichtet ist, wegen Gefährdung der hypothekarischen Sicherheit die sofortige Zwangsvollstreckung in das der Hypothek unterliegende Grundstück zu dulden (s. Planck zu § 1133 Anm. 3 Abs. 1).

2. SächsOLG. **28** 210 (Dresden). Als eine Verschlechterung des Grundstücks ist es anzusehen, wenn der frühere Eigentümer des Grundstücks das Holz, obwohl es noch nicht schlagreif ist, verkauft und das Holz geschlagen und aufbereitet wird.

§ 1137. 1. **RG.** 22. 6. 07, R. **07** 975 Ziff. 2303. Der dinglichen Klage gegenüber sind Einreden aus dem Kausalgeschäfte nicht ausgeschlossen, wenn sich der Besteller der Hypothek und der ursprüngliche Gläubiger der Hypothek im Rechtsstreite gegenüberstehen.

2. **RG.** 17. 6. 07, R. **07** 977 Ziff. 2318, BayRpflZ. **07** 367, ZBlFG. **8** 266 Ziff. 320. Allerdings setzt auch die Verkehrshypothek voraus, daß die Forderung, für welche sie bestellt ist, zur Entstehung gelangt. Indes sind hier, was die Zeit und die Art der Valutierung anlangt, der Privatwillkür keine Schranken gezogen. Es ist daher zulässig, daß der Eigentümer in einem Bauvertrage mit dem Unternehmer vereinbart, eine diesem ohne Valutierung bestellte Darlehnshypothek solle zunächst als vollwertig behandelt und zur Beschaffung von Baugeld einem Geldgeber abgetreten, das von diesem hergegebene Geld solle zur Deckung der Ansprüche des Unternehmers verwendet und, soweit Ansprüche noch nicht entstanden seien, in der Baurechnung kreditiert werden. Hat in solchem Falle der Unternehmer von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht und die Hypothek durch Abtretung an einen Dritten verwertet, so kann der Eigentümer diesem Dritten gegenüber keine Einwendungen wegen Nichtvalutierung der Hypothek erheben, und zwar auch dann nicht, wenn der Dritte von dem Sachverhalte Kenntnis hatte. Die §§ 892, 1138 BGB. kommen dann überhaupt nicht in Frage, weil die Abtretung auf der zwischen dem Eigentümer und dem Unternehmer über die Valutierung getroffenen Vereinbarung beruht. Dies setzt aber voraus, daß die Abtretung dem getroffenen Abkommen entspricht und daß der Dritte gegen Abtretung der Hypothek bares Geld für den Bau bezahlt hat. Ist dies nicht der Fall, so kommen die gewöhnlichen Grund-

sätze über den Erwerb in gutem Glauben und über die Valutierung der Hypothek zur Anwendung; nur entscheidet über das Vorhandensein der Valuta nicht der Zeitpunkt der Abtretung, sondern der des Abschlusses der von dem Bauunternehmer auszuführenden Bauarbeiten. Auch ist der Eigentümer, wenn er die Nichtvalutierung behauptet, hierfür beweispflichtig.

§ 1138. RG.. 8 12. 06, ZBlFG. 8 245. Wenn eine Verkehrshypothek für eine noch nicht entstandene Werklohnforderung zum Zwecke der Geldbeschaffung bestellt ist, so kann dem Zessionar gegenüber, der das Sachverhältnis kennt, die Einrede nicht erhoben werden, daß die Forderung nicht voll zur Entstehung gelangt ist.

§ 1140. Schneider, BankA. 7 29. Durch die Tatsache an sich, daß der die Hypothek übertragende oder verpfändende Hypothekengläubiger den Brief nicht im unmittelbaren Besitze hat, wird der gute Glaube des Erwerbers nicht ausgeschlossen (aM. Merckens, ebenda 289). — Der Vermerk auf dem Briefe ist an keine Form gebunden; es empfiehlt sich jedoch, daß im Falle der Verpfändung der Hypothek der Vermerk nicht bloß vom Pfandgläubiger, sondern auch vom Verpfänder (Hypothekengläubiger) oder einem dritten Unbeteiligten unterzeichnet wird.

§ 1141. 1. R. **07** 184 Ziff. 301, PosMSchr. **06** 153, ZBlFG. **7** 743 Ziff. 665 (Königsberg). Es genügt, daß eine auf dem Grundstücke gütergemeinschaftlicher Eheleute eingetragene Hypothek allein dem Ehemanne gegenüber gekündigt wird.

2. OLG. **15** 376 (KG.). Wenn die Forderung bei unpünktlicher Zinszahlung auf Verlangen des Gläubigers fällig sein soll, so tritt bei verspäteter Zinszahlung die Fälligkeit nur ein, wenn der Gläubiger entweder die Zinsleistung zurückweist oder sie nur unter Vorbehalt seiner aus dem Verzuge folgenden Rechte annimmt und erklärt, daß er das Kapital verlange.

§ 1143. 1. Brinck (s. zu § 1163) 55 ff. Wenn der nicht persönlich haftende Eigentümer eine Hypothekenforderung befriedigt, ohne hierzu vertraglich dem persönlichen Schuldner gegenüber verpflichtet zu sein, so wird er regelmäßig als auftragsloser Geschäftsführer anzusehen sein. Er erwirbt alsdann außer der Hypothekenforderung den Ersatzanspruch aus § 683 BGB. Das Recht des Eigentümers auf Ausnutzung dieser beiden Forderungen hat aber seine Grenze in dem Rechte auf einmalige Befriedigung wegen seiner Aufwendungen. Dem Eigentümer steht das freie Wahlrecht zu.

2. Brinck 63 ff. Das BGB. hat in einer Anzahl von Tatbeständen der Befriedigung des Gläubigers unabhängig von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 1143 die Wirkung beigelegt, daß die Forderung und, wenn sie mit einer Hypothek bekleidet ist, auch diese auf den Befriedigenden kraft Gesetzes übergeht. Diese Fälle ergeben sich aus den §§ 426 Abs. 1, 774 Abs. 1, 2, 286 BGB. Hierzu tritt der Fall des § 225 KO.

3. *Schulz, Rückgriff und Weitergriff (vgl. zu § 412) 68. Zwischen Hypothek und Bürgschaft muß eine Ausgleichung stattfinden wie bei der Mitbürgschaft, auch wenn der Abs. 2 des § 774 nicht zitiert ist.

4. Hallbauer, SächsRpflA. **07** 459. Ist eine Forderung durch Hypothek und Sicherheitsübereignung gedeckt, so wird die Willensmeinung der Parteien in der Regel dahin gehen, daß sich der Gläubiger in erster Linie aus der Hypothek befriedigen soll. Ist der Hypothekenbesteller weder mit dem Schuldner noch mit dem Übereigner identisch und befriedigt er den Gläubiger, so geht nach § 1143 BGB. die Forderung auf ihn über; überdies kann er zufolge entsprechender Rechtsanwendung die Abtretung der aus der Sicherheitsübereignung fließenden Befugnisse und gegebenenfalls die Übertragung des Eigentums beanspruchen. — Ist der Übereigner weder mit dem Schuldner noch mit dem Hypothekenbesteller identisch und befriedigt er den Gläubiger, so geht in entsprechender Anwendung von § 1225 BGB. die Forderung des Gläubigers auf ihn über und damit gleich-

zeitig die Hypothek; solchenfalls muß er sich freilich dem guten Glauben des Grundbuchs gegenüber durch einen Widerspruch und durch Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs schützen.

5. OLG. **14** 113 (KG.). Je nachdem der Eigentümer eine auf ihn übergegangene Post als Hypothek oder als Grundschuld abtritt, ist nachzuweisen, daß er sie als Eigentümerhypothek (sei es kraft Abtretung oder gemäß § 1143) oder als Eigentümergrundschuld (§ 1163) erworben hat.

§ 1144. 1. **RG.** 20. 2. 07, R. **07** 450 Ziff. 892, ZBlFG. **7** 842 Ziff. 796. Gegenüber der dinglichen Klage aus der Grundschuld war Beklagter berechtigt, zu verlangen, daß er zur Zahlung des Grundschuldbetrags nur gegen Aushändigung des Grundschuldbriefs und der sonstigen Urkunden verurteilt werde, die zur Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung der Grundschuld erforderlich sind. Die gegenüber diesem Verlangen seitens der Klägerin erfolgte Berufung auf ein Abkommen des Inhalts, daß die zur Sicherung für eine bestehende Verbindlichkeit abgetretene Grundschuld auch für künftig noch entstehende Forderungen der Klägerin aus der Geschäftsverbindung mit dem Beklagten haften solle, ist hinfällig. Eine solche Vereinbarung kann nur als Verpfändung der Grundschuld für die künftigen Forderungen aufgefaßt werden. Eine solche Verpfändung ist aber unwirksam, weil sie der nach §§ 1274, 1154, 1192 BGB. erforderlichen schriftlichen Form entbehrt.

2. **RG.** 8. 6. 07, R. **07** 879 Ziff. 1960. Aus dem Umstande, daß ein Hypothekengläubiger einen Notar zu seinem Vertrauensmann erwählt und ihm die zur Löschung der Hypothek erforderlichen Urkunden übersendet, ist noch nicht zu folgern, daß der Notar ermächtigt sein soll, das Geld als Bevollmächtigter des Hypothekengläubigers in Empfang zu nehmen.

3. R. **07** 129 Ziff. 179 (Kiel). Gegenüber der Klage des Hypothekengläubigers auf Zahlung des Hypothekenbetrags kann der Schuldner nicht geltend machen, daß seine Verurteilung nur Zug um Zug gegen eine vom Gläubiger auszustellende löschungsfähige Quittung ausgesprochen werden dürfe.

4. Kempner, KGBl. **07** 16 f., empfiehlt, in das BGB. eine Vorschrift folgenden Inhalts aufzunehmen: Wenn die Hypothek von dem Eigentümer oder mit des Eigentümers Genehmigung von einem Dritten bezahlt oder auf andere Weise getilgt worden ist, so ist der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigentümers verpflichtet, entweder ihm Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen, oder die Forderung, zu deren Sicherheit die Hypothek eingetragen ist, ohne Gewährleistung dem zahlenden Dritten abzutreten. — Diese Vorschrift findet auf Grundschulden und Rentenschulden entsprechende Anwendung.

5. Brinck, Bezahlung der Hypothekenforderung (s. u. zu § 1163) 52. Die Klausel: „Bei Fälligkeit der Forderung ist auf Verlangen des Eigentümers der Gläubiger verpflichtet, gegen Empfang des Betrags, für welchen das Grundstück haftet, die Hypothekenforderung ohne Gewährleistung und auf Kosten des Eigentümers an einen von diesem zu benennenden Dritten abzutreten" übersieht, daß regelmäßig die Hypothekenforderung gemäß § 362 BGB. nach ihrer persönlichen Seite erlöschen muß, und daß nur für gewisse Fälle, so in dem des § 1143 BGB., davon positive Ausnahmen zugelassen sind. Dem Interesse des Dritten, welchem der Eigentümer den von ihm gemachten Erwerb zuwenden will, wird auch häufig mehr damit gedient sein, wenn er im Range der vom Eigentümer bezahlten Hypothekenforderung eine neue Forderung, welche ganz anders wie die bezahlte seinem Verhältnisse zum Eigentümer wird Rechnung tragen können, erwirbt, als wenn ihm die alte abgetreten wird. Ersteres kann der Eigentümer mit Leichtigkeit durch Umwandlung der ihm angefallenen Grundschuld in eine Hypothek für die neu zu begründende persönliche Forderung erreichen. S. hierzu Predari, Gruchots Beitr. **52** 475.

§ 1147. 1. a) *du Chesne, DNotV. **07** 369 ff. In dem Fortbestehen des Grundrechts (Hypothek, Grundschuld) bis zum Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren liegt ein Belassen des zunächst noch im Tauschwerte des Grundstücks enthaltenen Geldbetrags des Rechtes zum Genuß in der Form des Grundstückseigentums; die Zinsen des dinglichen Rechtes sind der Entgelt für dieses Belassen. b) *du Chesne, ZBlFG. **7** 501 ff. Es gibt keinen privatrechtlichen Anspruch auf Beschaffung eines Schuldtitels zwecks Ermöglichung der Zwangsvollstreckung aus der Hypothek oder Grundschuld; die darauf gerichtete Klage ist prozessualer Natur.

2. OLG. **15** 109 (Hamburg). Wäre neben der dinglichen auch die persönliche Klage angestellt worden, so wäre allerdings eine Erörterung des dem Schuldverhältnisse zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses in der Klage selbst unerläßlich gewesen. Bei Erhebung der dinglichen Klage aber bedarf es einer solchen Erörterung nicht, es genügt die Behauptung des Bestehens des dinglichen Rechtes, auf das allein die Klage gestützt werden solle, und daneben die Bezugnahme auf das Grundbuch, aus welchem sich das Schuldverhältnis ergibt.

3. R. **07** 380 Ziff. 767, OLG. **14** 33 (Braunschweig). Trotz des Zuschlags können die Rechte der Hypothekengläubiger an dem nicht mitversteigerten Zubehöre bestehen bleiben. Ebenso **RG. 55** 415, Planck zu § 1147 Anm. 1 c, zu § 1181 Anm 2 c, Kretzschmar, ZBlFG. **5** 414. AM. Eccius, GruchotsBeitr. **48** 47, Endemann (II) § 122 Anm. 21 Ziff. 2, Fischer-Schäfer 131, Fuchs, ZBlFG. **6** 181, OLG. **11** 137, SeuffA. **61** Nr. 28 (Kassel). S. auch zu § 1121 ff. Ziff. 1.

§ 1150. Brinck aaO. (s. u. zu § 1163) 65. Die Wirkungen der Befriedigung sind im Tatbestande der §§ 268 und 1150 BGB. die gleichen wie im Falle des § 1143, wenn nur ein Grundstück in Betracht kommt. Anders aber wenn für die befriedigte Forderung mehrere Grundstücke haften. Der mit dem persönlichen Schuldner nicht identische ablösungsberechtigte Eigentümer erwirbt bei Befriedigung eines Gesamthypothekengläubigers die Gesamthypothek an allen belasteten Grundstücken, auch wenn ihm nur an einem Grundstück ein zur Ablösung berechtigendes Recht oder der Besitz zusteht. Der nicht ablösungsberechtigte Eigentümer erhält hingegen nur dann auch die Hypothek an den fremden Grundstücken, wenn ihm deren gegenwärtige oder frühere Eigentümer ersatzpflichtig geworden sind (§ 1173 BGB.). Der innere Grund für die verschiedene Behandlung der beiden Eigentümer ist der, daß im Falle des § 1150 BGB. der Befriedigende die Hypotheken um der Forderung, im Falle des § 1143 BGB. (§ 1173) hingegen die Forderung um der Hypotheken willen erhält.

§ 1151. 1. Meikel, SeuffBl. **07** 371 ff. § 1151 BGB. behandelt zwar lediglich den Fall, daß Teilhypotheken durch eine Teilung der Forderung entstehen. Das dieser Vorschrift zugrunde liegende Prinzip der Zulässigkeit der Änderung des Ranges von Teilhypotheken ist jedoch ein allgemeines. Es gilt daher auch dann, wenn Teilhypotheken auf andere Weise als durch Teilung der Forderung entstanden sind. Ist im Falle des § 1151 das Rangverhältnis der Teilhypotheken einmal geändert, so ist der so bestimmte Rang nicht für alle Zeit festgelegt, sondern es ist zulässig, das Rangverhältnis weiter zu ändern, insbesondere zu bestimmen, daß die Teilhypotheken untereinander Gleichrang haben sollen.

2. RJA. 8 240, R. **07** 1020 Ziff. 2495, ZBlFG. **8** 129, KGJ. **34** A 300 (KG.). Bei Teilung einer Hypothekenforderung kann eine Änderung des Rangverhältnisses der Teilhypotheken ohne die Zustimmung des Eigentümers eintreten, auch wenn die Änderung erst nach der Teilung oder erst bei einer späteren anderweitigen Teilung vereinbart wird.

§ 1152. **RG.** 14. 6. 07, R. **07** 1069 Ziff. 2561. Wird aus einer Hypothek ein Teil an einen anderen abgetreten, dann aber noch vor Bildung eines Teilhypothekenbriefs die ganze Hypothek von dem Zedenten und Zessionar auf einen Dritten übertragen, so bedarf es nicht erst der Bildung des Teilbriefs; es genügt vielmehr die im Einverständnisse mit dem ersten Zessionar erfolgende Übergabe des den Anteil dieses Zessionars mitumfassenden Hypothekenbriefs.

§ 1154. 1. Schneider, BankA. **7** 29. Aus der Anführung des § 931 BGB. im § 1154 Abs. 1 in Verb. mit § 1117 BGB. darf die Anwendbarkeit des § 936 Abs. 3 auf die Übertragung der Briefhypothek nicht hergeleitet werden. Vielmehr sind für die dinglichen Rechtsverhältnisse am Hypothekenbriefe nicht die Vorschriften über die Rechte an beweglichen Sachen, sondern gemäß § 952 Abs. 2 BGB. das Gläubigerrecht an der Forderung maßgebend; das Recht am Briefe folgt der Forderung von selbst.

2. ZBlFG. **8** 362 Ziff. 447, SeuffA. **62** 399 (Dresden). Eine durch Zahlung zur Grundschuld gewordene Hypothek geht, soweit der dingliche Anspruch in Frage kommt, auch dann auf den Abtretungsempfänger über, wenn sie als Hypothek abgetreten wird und beide Beteiligte um die Zahlung wissen, und zwar wegen der Gleichheit des dinglichen Anspruchs.

3. **RG.** 29. 6. 07, ZBlFG. **8** 363 Ziff. 449, BayRpflZ. **07** 266 Ziff. 320. Sind Forderungen aus einem Bauvertrag in eine Darlehnsforderung umgewandelt worden und tritt der Gläubiger diese Darlehnsforderung ab, so kann der Schuldner unter Umständen noch mit Wirkung gegen den neuen Gläubiger Zahlungen an den ursprünglichen Gläubiger leisten, obwohl er von der Abtretung Kenntnis hat. Dies setzt jedoch voraus, daß die Zahlungen geleistet wurden, um einer im Bauvertrage bedungenen Pflicht zur Gewährung von Vorschüssen zu genügen.

4. **RG.** 29. 6. 07, R. **07** 1138 Ziff. 2745. Die Erklärung, durch die ein Hypothekengläubiger die Aushändigung des Hypothekenbriefs an seinen Zessionar nicht nur beantragt, sondern auch bewilligt, kann sehr wohl als eine dem Widerrufe nicht unterliegende Abtretung des Aushändigungsanspruchs aufgefaßt werden.

5. **RG.** 22. 11. 06, **64** 314, JW. **07** 12 läßt es dahingestellt, ob für die Abtretung des auf einer Grundschuld beruhenden Anspruchs auf Befriedigung aus dem Erlös einer später eingeleiteten Zwangsversteigerung des Grundstücks die gleichen Formen, wie für die Abtretung der Grundschuld selbst erforderlich seien oder ob nicht dieser Anspruch als eine abtretbare künftige Forderung aufgefaßt werden könnte. Liegt keine rechtsgültige Abtretung, sondern nur eine obligatorische Verpflichtung zur Abtretung vor, so handelt ein Dritter, der nach der Begründung dieser Verpflichtung und in deren Kenntnis den Erlös gepfändet hat, nicht arglistig; denn persönliche Ansprüche tun dem Rechte keinen Abbruch.

6. JustdBl. **1** 182 (LG. München). Wenn die Hypothek zum Teil bezahlt ist, ohne daß das Grundbuch berichtigt ist, so hindert das die Eintragung der Abtretung des nicht bezahlten Teiles nicht. Vorherige Löschung des bezahlten Teiles oder Umschreibung auf den Eigentümer ist hierzu nicht nötig.

7. **RG.** 26. 9. 06, ZBlFG. **8** 327. Die Sicherungsabtretung (fiduziarische Abtretung) einer Hypothek hat deren Ausscheiden aus dem Vermögen des Abtretenden zur Folge.

8. So wie KGJ. **31** A 315 (JDR. **5** Ziff. 1 b zu § 1154) auch KG. 17. 5. 06, KGJ. **33** A 267 Absatz 9. S. im übrigen zu § 1117 BGB.

§ 1155. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Nicht der fingierte Tatbestand, sondern der Tatbestand der Fiktionsbasis ist rechtserzeugend; daher ist auch nur der zweite Tatbestand zu berücksichtigen, sobald es sich um die Feststellung sinngemäßer Auslegung oder darum handelt, ob die Rechtswirkungen der Billigkeit entsprechen.

§ 1156. PosMSchr. **07** 6, R. **07** 889 Ziff. 2052 (Königsberg). An Stelle der nach § 1156 nicht anwendbaren Ausnahmevorschrift des § 406 greift die Regel des § 387 BGB. Platz, wonach bei der Aufrechnung der Schuldner der einen Forderung Gläubiger der anderen Forderung sein muß. Daher kann der Grundstückseigentümer mit Forderungen, die er vor der Abtretung gegen den bisherigen Gläubiger erworben hat, gegenüber dem neuen Gläubiger selbst dann nicht aufrechnen, d. h. Löschung verlangen, wenn der neue Gläubiger beim Erwerbe der Hypothek Kenntnis von diesen Gegenforderungen hatte.

§ 1157. KGJ. **33** A 258, R. **07** 889 Ziff. 2053 (KG.). Verpflichtet sich ein Hypothekengläubiger dem Eigentümer gegenüber, Teile des Grundstücks aus der Haftung zu entlassen, so steht dem Eigentümer neben dem Anspruch auf Erfüllung eine Einrede gegen die Hypothek an den zu entlassenden Teilen zu. Diese Einrede kann in das Grundbuch eingetragen werden. Die Verpflichtung zur Entlassung ist dagegen nicht eintragungsfähig; nur eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf ihre Erfüllung kann eingetragen werden.

§ 1159. 1. JustdRundsch. **1** 183 (LG. Landshut). Eintragung von noch rückständigen Zinsen aus einem im Grundbuche bereits gelöschten Kapital in das Grundbuch ist nicht zulässig.

2. JustdRundsch. **07** 297, R. **07** 311 Ziff. 602, ZBlFG. **7** 842 Ziff. 790 (LG. Zweibrücken). Aus der vom Buchungszwange befreiten Übertragbarkeit der Zinsenrückstände darf nicht gefolgert werden, daß die dingliche Sicherung solcher Rückstände trotz der Löschung des ganzen Eintrags ungefährdet fortdauere. Es bedarf zu ihrer Erhaltung vielmehr der neben der Löschung vorzunehmenden Eintragung, daß die Zinsen dem Gläubiger vorbehalten bleiben.

§ 1163. Literatur: Brinck, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld sowie die Hypothek und die Grundschuld am eigenen Grundstücke, Berlin 1907.— Aus dem Jahre 1906 ist noch nachzutragen: Horn, Die Eigentümerhypothek (in den von Leonhard herausgegebenen Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechtes). S. dazu die Besprechungen von Klingmüller, GoldschmidtsZ. **60** 582 f., sowie von Oberneck, DNotZ. **07** 465 ff. und PuceltsZ. **07** 115.

I. Wesen der Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld). 1. Oberneck, DNotZ. **07** 465 ff. (s. auch LeipzZ. **1** 370 f.). Die Eigentümerhypothek ist das nicht erzwingbare Sonderrecht des Eigentümers am eigenen Grundstück auf den in Form einer Grundkreditbelastung ausgeschiedenen, der Höhe und dem Range nach bestimmten Teil seines Grundstückswerts und bei bei einem durch einen Dritten bewirkten Zwangsverfahren auf den entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses oder Grundstücksertrags, das beim Eintritt eines vom Eigentümer verschiedenen Berechtigten kraft Gesetzes zur Gläubigergrundkreditbelastung, also zur Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld werden kann. Die hiernach anzunehmende Wertparzellentheorie bedeutet nicht, daß bei der Hypothek die Belastung nicht das ganze Grundstück ergreift, sondern nur, daß infolge der Ausgestaltung der Eigentümerhypothek die Liquidationsbefugnis des Hypothekengläubigers auf eine bestimmte Wertquote angewiesen wird. S. auch JDR. **5** zu § 1163 Ziff. I 1 und Brinck aaO. 174.

2. Horn aaO. Die Eigentümerhypothek ist eine wegen Vereinigung der forderungsbekleideten oder der forderungsentkleideten Hypothek mit dem Eigentum in einer Hand unvollkommene Hypothek oder nicht vollwirksame Grundschuld, welche dem Eigentümer jüngeren Pfandrechten gegenüber die negativen, defensiven, aber nicht die positiven, aktiven Befugnisse eines besseren, vorangehenden Pfandrechts gewährt. Die positiven Befugnisse bestehen darin, die Pfandklage anzustellen und die Zwangsvollstreckung des Gutes iure pignoris zu erwirken, die negativen Befugnisse darin, dem Eigentümer die Verfügung über die Hypothek oder Grundschuld

zu belassen und das Vorrücken nachstehender Hypotheken und deren Anspruch auf die Erlösquote auszuschließen. S. dazu Klingmüller, GoldschmidtsZ. **60** 582 f. (Besprechung der „Eigentümerhypothek" von Horn). Im allgemeinen ist den Ergebnissen, zu denen der Verf. im Anschluß an Schwind gelangt, zuzustimmen. Gegen die Ansicht Horns: Güthe, DNotZ. **07** 93 Anm. 1.

3. Oberneck, GoldschmidtsZ. **60** 547. Unter dem Systeme des festen Ranges im Sinne des BGB. ist nicht die formale Lokustheorie zu verstehen — nur diese haben die Motive abgelehnt —, sondern das materiell-rechtliche Prinzip, daß der Hypothekengläubiger an den ihm durch die Eintragung festbestimmten Rang gebunden bleibt. Dieses System führt nicht mit Notwendigkeit zu der älteren Wertparzellentheorie, nach der die Hypothek nicht das ganze Grundstück, sondern nur eine Wertparzelle ergreift. Nicht diese Theorie aber, sondern die moderne Wertteilstheorie liegt dem BGB. zugrunde. Nach dieser Theorie ergreift die Belastung das ganze Grundstück, nur die Liquidationsbefugnis des Hypothekengläubigers wird vermöge des Systems des festen Ranges auf eine bestimmte Wertquote angewiesen. Dieser Erfolg wird durch die Ausgestaltung der Eigentümerhypothek erreicht.

4. Herold, ZBlFG. **8** 345 ff. Das Grundbuchsystem behandelt das Nachrecht des unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigten lediglich als Beschränkung des Rechtes des Vorberechtigten. Daraus folgt, daß eine Verfügung über das Nachrecht, die an sich zulässig ist, nicht in das Grundbuch eingetragen werden darf. Ist einer solchen Verfügung aber das Grundbuch verschlossen, so findet auch die Übertragbarkeit der Nachrechte die aus § 873 BGB., § 830 ZPO. sich ergebende gesetzliche Grenze. Dies gilt namentlich für die künftige Eigentümerhypothek. Daher ist die Entsch. des KG. (OLG. **14** 120) unrichtig.

5. **a)** Dernburg, Sachenrecht (4) 726. Aus der Auffassung, daß der Grundeigentümer in dem Grundpfandrecht ein ihm bedingt zustehendes Vermögensgut besitzt, würde an sich folgen, daß er auch im voraus darüber grundbuchmäßig verfügen kann. Doch das Grundbuchrecht wird nicht bloß durch materiell-rechtliche Gesichtspunkte beherrscht. Für die Zulässigkeit von Eintragungen fällt nicht minder zweckmäßige Buchführung und Übersichtlichkeit der Eintragungen in das Gewicht. Diese würde aber durch die Möglichkeit der Eintragung von Pfändungen der möglicherweise dem früheren Grundeigentümer anheimfallenden Posten bedroht. **b)** Justd. Rundsch. **2** 87 (LG. Mannheim). Aus dem Wesen und Zwecke der Grundbuchgesetzgebung ergibt sich, daß die Eintragung höchst bedingter, vielleicht gar nicht oder doch nicht in absehbarer Zeit zu verwirklichender Rechte unstatthaft ist. Daraus folgt die Unzulässigkeit der Eintragung einer künftigen Eigentümerhypothek. Da durch deren Nichteintragung das Grundbuch sonach nicht unrichtig wird, so ist auch die Eintragung eines Widerspruchs auf Grund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses unzulässig.

II. Erwerb der Eigentümerhypothek im Falle des Miteigentums am Grundstücke. 1. RJA. **8** 61, ZBlFG. **7** 797 (27. 9. 06, KG.). Da die Eigentümergrundschuld auf die Entnahme einer Geldsumme gerichtet ist (s. § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO.), so wird, falls dieser Anspruch mehreren gemeinschaftlich nach Bruchteilen zukommt, d. h. wenn die Miteigentümer die Hypothek erwerben, jeder ohne weiteres auf denjenigen Realteil der Summe berechtigt, der seinem Bruchteil entspricht (§ 420 BGB.). Somit hat jeder an der Eigentümerhypothek Mitbeteiligte als Inhaber des entsprechenden Realteils zu gelten, über den er allein und ohne Mitwirkung der übrigen Berechtigten verfügen darf. Es kommen daher nicht die §§ 741, 747 BGB. zur Anwendung. Was die Größe der Teile anlangt, so ist sie nach § 420 BGB. nur im Zweifel eine gleiche, grundsätzlich bestimmt sie sich nach dem die Gemeinschaft begründenden Rechtsverhältnisse.

2. ZBlFG. **7** 745 Ziff. 676, OLG. **14** 113 (KG.). Miteigentümer eines Grundstücks nach Bruchteilen erwerben eine auf dem Grundstücke lastende Hypothek ein jeder ganz als Eigentümerhypothek, nur beschränkt durch das gleiche Recht des Mitberechtigten; nicht belastet je ein Teil der Hypothek nur je den Teil, der dem Miteigentümer gehört.

3. **RG.** 31. 1. 06, NaumburgAK. **07** 18 (für das frühere preußische Recht). Zahlt ein Miteigentümer den seinem Eigentumsanteil entsprechenden Teil einer auf dem ganzen Grundstücke lastenden Hypothek, so erwirbt er, auch wenn der Gläubiger ihm Abtretung erteilt, die Hypothek nur an seinem Grundstücksanteile.

4. Brinck aaO. 159. Befriedigt einer der Eigentümer eines im Miteigentume nach Bruchteilen stehenden Grundstücks den Gläubiger und zwar lediglich im eigenen Namen, nicht zugleich in dem der anderen Miteigentümer, so fällt die Hypothek dem befriedigenden Miteigentümer an seinem Miteigentumsanteil und in Höhe eines etwaigen Ersatzanspruchs an den Anteilen anderer Miteigentümer gemäß § 1173 Abs. 1 und 2 BGB. zu; an nicht ersatzpflichtigen Anteilen erlischt sie nach § 1173 Satz 2 BGB.

5. Brinck aaO. 157. Für den Fall, daß der Gläubiger von mehreren gemeinschaftlich befriedigt wird, die verschiedene Eigenschaften aufweisen, z. B. der eine von ihnen ist Eigentümer und persönlicher Schuldner, der andere zwar auch Eigentümer, nicht aber auch zugleich persönlicher Schuldner oder beides nicht, fehlt es an einer ausdrücklichen Regelung im BGB., und es ist Sache der Rechtsprechung und Wissenschaft, die angemessenen Lösungen zu finden. Die Lösung kann nur die sein, daß in bezug auf das rechtliche Schicksal von Hypothek und Forderung es so angesehen wird, als hätte jeder der gemeinschaftlich Leistenden von der Gesamtleistung einen gleichen sich aus der Anzahl der an der Leistung beteiligten Personen ergebenden Teil der Leistung allein gemacht.

III. Die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek. 1. Der Fall der Nichtentstehung der Forderung. **a)** Brinck aaO. 25. Unter § 1163 Abs. 1 Satz 1 fallen auch der Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins, welche der Forderung, nicht dem dinglichen Rechte gesetzt werden, ferner der Rücktritt vom Vertrag und die vollzogene Wandelung, mit der die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Vertrag erlöschen (§§ 462, 467 BGB.). **b)** Horn aaO. 72 ff. Aus dem Sukzessionsbegriffe folgt, daß beim Nichtentstehen des dinglichen Rechtes die Eigentümerhypothek nicht entstehen kann. S. ferner 91 ff. **c)** Güthe, DNotZ. **07** 92 Anm. 1. Wenn eine Hypothek für eine aufschiebend bedingte oder eine zukünftige Forderung bestellt wird, so entsteht mit der Eintragung eine — gegenwärtige — Eigentümerhypothek. Die Einwendung, daß dann der Eigentümer auch berechtigt sein müßte, die Berichtigung des Grundbuchs durch Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen zu verlangen, geht fehl. Denn die Berichtigung kann nach § 22 GBO. nur verlangt werden, wenn der Eigentümer den Nachweis der Unrichtigkeit erbringt; ein solcher Nachweis ist aber nicht möglich, solange der Ausfall der Bedingung oder der Nichteintritt des künftigen Ereignisses noch nicht feststeht. Der Mangel des Beweises deckt sich indessen keineswegs mit dem Mangel des Rechtes, d. h. es kann nicht bestritten werden, daß, wenn das Ausfallen der Bedingung usw. später festgestellt wird, damit der Beweis erbracht ist, daß die Hypothek von vornherein dem Eigentümer zustand. Das gleiche gilt auch für den nicht valutierten Teil der Baugelderhypothek. **d)** HansGZ. **07** Beibl. 166 (Hamburg). § 1163 erleidet eine Ausnahme durch § 817 BGB., der bei Leistungen, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, das Recht der Rückforderung ausschließt, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand, was bei der

dinglichen Belastung eines Grundstücks nicht der Fall ist. Nach § 817 BGB. ist die in der dinglichen Belastung des Grundstücks zugunsten des Inhabers der Hypothek gemachte Leistung — ungeachtet ihres Zweckes, der Erfüllung eines unsittlichen Geschäfts zu dienen — nicht nichtig, und sie unterliegt auch nicht der Rückforderung, wenn der die Eintragung veranlassende Grundstückseigentümer durch die Eintragung auch seinerseits ein unsittliches Geschäft ausführt. Soll hiernach aber die in der Hypothekbestellung liegende Leistung Bestand behalten, soll also das Grundstück als Befriedigungsobjekt für die Zahlung des in dem unsittlichen Kaufgeschäfte vereinbarten Kaufpreises verhaftet bleiben, so ist für die Anwendung des § 1163 BGB. kein Raum; denn dürfte der Eigentümer die auf seinen Antrag eingetragene Hypothek als Eigentümerhypothek behandeln, so würde er auf diesem Wege dem eingetragenen Inhaber der Hypothek die Haftung des Grundstücks entziehen und damit, entgegen dem Prinzipe des § 817 BGB., die von ihm gemachte Leistung aufheben. Über die sog. Bordellhypothek vgl. o. § 138 Ziff. I 1 b.

2. Der Fall des Erlöschens der Forderung. a) Kempner, KGBl. **07** 16. Ein Dritter, der die Hypothek bezahlt, erwirbt diese nur, wenn die Zahlung infolge Zwangsvollstreckung (§§ 268, 1249 BGB., § 75 ZVG.) oder durch einen Gesamtschuldner (§ 426 BGB.) oder durch einen Bürgen (§ 774 BGB.), oder durch den Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist (§ 1143 BGB.), oder durch den in zweiter Reihe zur Alimentation eines Verwandten Verpflichteten (§§ 1607, 1709 BGB.) erfolgt. In diesen Fällen muß der befriedigte Gläubiger dem Dritten eine den Übergang der Forderung und der Hypothek bestätigende beglaubigte Urkunde ausstellen (§§ 413 mit 403 BGB.). In anderen Fällen der Zahlung hängt es von dem Belieben des Gläubigers ab, ob er die Forderung und Hypothek abtreten oder bloß Quittung erteilen will. **b)** Müller, Die Zwangsvollstreckung im Grundbuchrecht, WürttZ. **07** 43. Die Bestimmungen des BGB. über die Entstehung der Eigentümerhypothek gelten auch für die Zwangshypothek. Wenn auch im § 868 ZPO. Vorschriften über die Entstehung der Eigentümerhypothek getroffen sind, so wäre es doch widersinnig, wenn das Gesetz der Sicherheitsleistung und Hinterlegung, die doch nur Sicherung, nicht Befriedigung des Gläubigers bewirken, die Rechtsfolge beilegen würde, daß die Zwangshypothek zur Eigentümerhypothek wird, während dies bei endgültiger Befriedigung nicht der Fall wäre. Zum Nachweise genügt nicht eine Privaturkunde, wie im § 775 Ziff. 4, sondern ist die Befolgung des § 29 GBO. nötig. Ein Postschein genügt nicht, weil daraus die Gleichheit der Schuld uud die Person des Befriedigenden nicht erhellt. Außer der beglaubigten Quittung ist aber stets noch Vorlegung des Schuldtitels nötig zum Nachweise dafür, daß die Bezahlung erst nach Entstehung des Schuldtitels erfolgt ist. GlA. ist Kretzschmar, ZBlFG. **4** 445. **c)** Brinck aaO. 23. In den Fällen, in denen die Hypothekenforderung selbst wieder Gegenstand eines dinglichen Rechtes, z. B. eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts ist, liegt kein Grund vor, weshalb der Eigentümer, in dessen Person sich Forderung und Schuld vereinigen, nicht die Post erwerben sollte. Nur wird seine Eigentümergrundschuld mit dem Nießbrauch usw. des Dritten beschwert bleiben. Löst er aber diese Rechte ab, so ist er in der Verfügung über die Post unbeschränkt. **d)** **RG.** 19. 6. 07, R. **07** 1069 Ziff. 2562. Wird ein Hypothekengläubiger durch einen Dritten auf Grund einer mit dem Eigentümer getroffenen Verabredung befriedigt, so verwandelt sich die Hypothek vorerst in eine Eigentümergrundschuld, auch wenn alle Beteiligten mit der Löschung einverstanden sind. **e)** Brinck aaO. 28. Soweit nicht eingetragene Hypotheken Bestand haben, gilt auch für sie die Vorschrift der Artt. 192 ff. (s. Habicht, Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse § 44). Unter Umständen erwirbt somit der Eigentümer durch Befriedigung des Pfandgläubigers selbst nicht eingetragene Pfandrechte.

3. Der Fall des Abs. 2. a) Fuchs, BayRpflZ. **07** 274. Aus dem Umstande, daß dem Eigentümer die Briefhypothek nur bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger zusteht, folgt nicht, daß das Recht des Eigentümers ein begrenztes (bedingtes oder befristetes) im Sinne der §§ 158 Abs. 2, 163 BGB. ist. b) S. Horn aaO. 105 ff.

IV. Die Pfändung der Eigentümerhypothek (s. JDR. **4** zu § 1163 Ziff. 6, **5** zu § 1163 Ziff. V). 1. **RG.** 24. 10. 06, **64** 216. Bei der Pfändung der Eigentümerhypothek und des darauf entfallenden Erlöses entscheidet nach § 857 Abs. 2 ZPO. die Zustellung an den Schuldner. ➺ Diese Entscheidung stimmt zwar mit der unter der Geltung des früheren Rechtes ergangenen Entsch. **RG. 43** 427 überein, widerspricht aber den neueren Entsch. **RG. 55** 379, **56** 13, 184, **59** 313, R. **07** 385 Ziff. 801. Red. ⬻

2. a) Bendix, BayRpflZ. **07** 189. Im Falle der Pfändung einer Eigentümerbriefgrundschuld, welche in Gemäßheit der §§ 1117, 1163, 1177 BGB. dadurch entstanden ist, daß der Grundstückseigentümer nach Bestellung einer Hypothek den Brief dem als Gläubiger Eingetragenen nicht übergeben hat, kann dieser dem Pfändungsgläubiger gegenüber mit Erfolg geltend machen, der Eigentümer habe sich ihm zur Übergabe des Briefes vertraglich verpflichtet (gegen **RG. 63** 14). Gegen Bendix: Fuchs ebenda 274. b) ZBlFG. **7** 744 Ziff. 670, R. **07** 63 Ziff. 62 (Rostock). Zur Pfändung von (Eigentümer-)Grundschulden bedarf es, wenn es sich um Briefgrundschulden handelt, neben dem Pfändungsbeschlusse der Übergabe des Briefes. Erfolgt diese nicht freiwillig und ist ein Dritter im Besitze des Briefes, so muß der Gläubiger den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe, sofern ein solcher besteht, pfänden und sich überweisen lassen. Der Pfändungsbeschluß hinsichtlich der Grundschuld bildet den Titel, auf Grund dessen der Herausgabeanspruch gepfändet wird; aus ihm muß gegen den Besitzer geklagt werden (§§ 830, 857 ZPO.).

3. PosMSchr. **07** 7, ZBlFG. **7** 745 Ziff. 680 (Königsberg). Die mangels Eintragung unwirksame Pfändung einer Eigentümerbriefhypothek wird nicht dadurch ersetzt, daß der Pfändungsgläubiger den Anspruch seines Schuldners, des Eigentümerhypothekars, gegen den eingetragenen Hypothekengläubiger auf Umschreibung der Hypothek (den Berichtigungsanspruch) pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt. Ohne wirksame Pfändung kann der Gläubiger die Befriedigung aus der Hypothek auch nicht durch die Anfechtung erreichen.

4. HansGZ. **07** Beibl. 242, OLG. **15** 10, R. **07** 977 Ziff. 2319 (Hamburg). Eine pfändbare Forderung des Grundstückseigentümers auf Rückübertragung einer Sicherungshypothek für den Fall des Erlöschens der Forderung besteht nicht, weil mit dem Erlöschen die Forderung die Hypothek kraft Gesetzes, also ohne rechtsgeschäftliche Übertragung, auf den Eigentümer übergeht. Gepfändet kann, wenn überhaupt, so nur der Anspruch des Eigentümers auf Berichtigung des Grundbuchs werden.

V. Die Amortisationshypothek (s. JDR. **4** zu § 1163 Ziff. 3, **5** zu § 1163 Ziff. IV). 1. **RG.** 24. 10. 06, **64** 211 (s. auch JDR. **5** zu § 1163 Ziff. 4 a). Bei Amortisationshypotheken, deren Amortisationsfonds von Dritten nicht in Anspruch genommen werden darf, wie z. B. bei denen der neuen Posener Landschaft, ist die Eigentümergrundschuld begrifflich etwas anderes, als der vor der Verrechnung tatsächlich vorhandene, aber mit dieser Verrechnung erlöschende Anspruch gegenüber der Landschaft; sie ist auch nicht einmal als Surrogat dieses Anspruchs zu bezeichnen (vgl. JW. **95** 612 Ziff. 77). Die Eigentümergrundschuld hat ihren Rechtsgrund in der Einrichtung des Grundbuchs, die dem Eigentümer die Verfügung über eine freigewordene Hypothekenstelle ermöglicht; sie ist nicht eine Rechtsfolge der Zahlung als solcher, sondern entsteht bei jeder wie immer gearteten Beseitigung

der durch die Hypothek gesicherten Forderung. Die Verschiedenheit gibt sich schon äußerlich dadurch zu erkennen, daß der Schuldner bei der Eigentümergrundschuld ein ganz anderer ist, als der Schuldner bei dem Anspruch auf Verrechnung des Amortisationsguthabens. S. auch Dresden 18. 11. 06, ZBlFG. 7 699.

2. BreslauAK. **07** 17 (LG. Breslau). Bei Amortisationshypotheken entsteht eine Eigentümergrundschuld mit jeder Teilzahlung in deren Höhe, wenn nicht zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger vereinbart ist, daß die Amortisationsbeträge zunächst nicht zur Tilgung der Post dienen, sondern als besonderes Guthaben des Schuldners angesammelt werden sollen; in diesem Falle würde sich die Ansicht begründen lassen, daß der Schuldner nicht vor der Tilgung der ganzen Post Eigentümerhypothekar wird.

3. SächsRpflA. **07** 441 (Dresden) über die Verwandlung einer Amortisationshypothek des landwirtschaftlichen Kreditvereins im Königr. Sachsen in eine Eigentümerhypothek bezüglich der amortisierten Beträge.

VI. Über die Frage der Eigentümerhypothek im Anschluß an eine Vormerkung s. zu § 883 Ziff. 1 c, d, e.

VII. Die Eigentümerhypothek im Konkurse. Oberneck, LeipzZ. **07** 369 ff. Der Konkurs über das Vermögen des Eigentümers übt keinerlei Einfluß auf die dem Eigentümer zustehenden Rechte an der Eigentümerhypothek aus. Diese fallen in die Konkursmasse, soweit sie im Zeitpunkte der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner zustanden oder später durch Mittel der Konkursmasse erworben werden. Andere Eigentümerhypotheken sind konkursfreies Vermögen des Eigentümers. Dies bezieht sich sowohl auf die gegenwärtige wie auch auf die zukünftige Eigentümerhypothek. Denn beide sind als pfändbares Vermögen im Sinne des § 1 KO. anzusehen.

§ 1164. Robert, Die Rückgriffshypothek. Inaugural-Dissertation. 1906. Brinck aaO.

1. **RG.** 3. 4. 07, **65** 414, R. **07** 1200 Ziff. 2881, ZBlFG. **8** 362 Ziff. 448. § 1164 findet nur Anwendung, wenn durch die Befriedigung des Gläubigers die der Hypothek zugrunde liegende Forderung erlischt. Steht dagegen bei einem Gesamtschuldverhältnisse die durch Hypothek gesicherte Forderung infolge der Befriedigung des Gläubigers durch einen der Gesamtschuldner kraft Gesetzes dem befriedigenden Gesamtschuldner gegen den anderen Gesamtschuldner zu, so bestimmt sich die Frage, ob die Hypothek mit übergegangen ist, nach §§ 401 Abs. 1, 412 BGB.

2. **RG.** 31. 1. 07, **65** 138 f., JW. **07** 176 Ziff. 16. Der § 1164 greift zugunsten des Bürgen nur in dem Falle Platz, wo die Hypothek für die Bürgschaftsschuld bestellt, der Bürge also der persönliche Schuldner der Hypothekenforderung ist. In den anderen Fällen erlischt mit der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen die Forderung nicht, sondern geht mit der Hypothek nach §§ 774, 1153 BGB. auf den Bürgen über.

3. R. **07** 1467 Ziff. 3662 (Stuttgart). Hat der Eigentümer eines für eine Forderung mit Hypothek belasteten Grundstücks sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterworfen, daß diese gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll (§§ 800, 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO.), so geht das Recht auf sofortige Zwangsvollstreckung im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch den persönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer ist, nicht auf diesen über.

4. Brinck aaO. 130. Der persönliche Schuldner befriedigt den Gläubiger nur in Höhe eines Teiles seiner Forderung; wegen Aufwendung aus Anlaß dieser Teilbefriedigung wird ihm aber der Eigentümer nicht in ganzer Höhe dieses Teiles, vielmehr nur in Höhe eines Teiles dieses Teiles ersatzpflichtig. Dann konkurrieren miteinander die Resthypothek des ursprünglichen Gläubigers, die Teil-

hypothek des persönlichen Schuldners und die Teilhypothek des Eigentümers. Der Rang dieser drei Hypotheken untereinander ist nach §§ 1176, 1163 u. 1164 BGB. folgender: Resthypothek des Gläubigers, Teilhypothek des persönlichen Schuldners, Teilhypothek des Eigentümers.

5. Brinck aaO. 128. Man wird der Befriedigung des Gläubigers weiter den Fall gleichstellen müssen, daß der Gläubiger dem persönlichen Schuldner durch dinglichen Erlaßvertrag oder durch negativen Anerkennungsvertrag die persönliche Schuld materiell erläßt. Das Gesetz schreibt dies zwar nicht positiv vor, wie es das mit der Vereinigung im Abs. 2 des § 1164 BGB. tut. Es ist dies aber auch gar nicht nötig, da es sich aus dem Wesen dieser Verträge von selbst ergibt. AM. ist Fuchs (s. Note 2 II zu § 1164 BGB.).

6. Brinck aaO. 122 f. Befriedigt der persönliche Schuldner denjenigen, welchen er nach den Angaben im Grundbuch usw. für seinen persönlichen Gläubiger hält, welcher dies aber wegen Nichtbestehens der Forderung nach ihrer persönlichen Seite gar nicht sein kann, so ist dem Erfordernisse des § 1164 BGB. nicht genügt. § 1138 kommt nicht in Betracht; denn bezüglich der Forderung findet die Wirksamkeit des öffentlichen Glaubens da ihre Grenze, wo sie nicht mehr nötig ist, damit die Hypothek praktischen Wert erhält. Dem persönlichen Schuldner kommt auch der Schutz des öffentlichen Glaubens nach § 893 BGB. nicht zugute, die Forderung muß mit einer wirksamen Hypothek ausgestattet sein, damit der persönliche Schuldner, wenn sonst die Voraussetzungen des § 1164 BGB. vorliegen, die Hypothek am belasteten Grundstück erwirbt. Für den von § 1164 BGB. geforderten Tatbestand läßt sich eine Hypothek nicht fingieren.

7. Brinck aaO. 117. Der persönliche Schuldner erwirbt die Hypothek ohne die persönliche Forderung, also als Grundschuld (§ 362 BGB.). Darin liegt eine Ausdehnung des dem § 1177 Abs. 1 zugrunde liegenden Prinzips (aM. Planck und Fuchs, ferner auch Robert aaO. 40). 130 f.: § 1164 kommt infolgedessen dann nicht zur Anwendung, wenn, wie in den Fällen der §§ 426 Abs. 1, 2, 774 Abs. 2, 268, 1150 BGB., § 225 KO. der persönliche Schuldner die Forderung kraft positiver Vorschrift erwirbt; dann geht mit der Forderung auch die Hypothek auf den Schuldner über (§§ 412, 401, 1153 BGB.). 132: Im Falle des § 1164 erwirbt aber der Schuldner außer der Grundschuld auch eine Ersatzforderung gegen den Eigentümer gemäß § 683 BGB.

§ 1166. **RG.** 31 1. 07, **65** 134, R. **07** 890 Ziff. 2056, ZBlFG. **7** 821, JW. **07** 176 Ziff. 16. Die Sondervorschrift des § 1166 ist nicht auf die Bürgschaft auszudehnen; die Benachrichtigungspflicht des Gläubigers besteht also dem Bürgen gegenüber nicht.

§ 1170. 1. **RG.** 16. 11. 07, R. **08** 14 Ziff. 80. Dem Falle der Unbekanntheit eines Gläubigers steht der Fall, daß der angebliche Gläubiger sein Recht nicht nachzuweisen vermag, gleich, weil mangels eines Nachweises seine Gläubigerschaft unbekannt ist. Meldet sich ein solcher angeblicher Gläubiger im Aufgebotsverfahren nicht, so wird er durch das Ausschlußurteil seines Rechtes endgültig für verlustig erklärt.

2. KG. RJA. 8 233, OLG. **15** 379, KGJ. **34** A 301, KGBl. **07** 43, R. **07** 890 Ziff. 2057, 1162 Ziff. 2852, ZBlFG. **8** 123. Das Aufgebot des § 1170 BGB. richtet sich gegen jeden unbekannten — eingetragenen oder nicht eingetragenen — Gläubiger, also auch gegen einen etwaigen Pfandgläubiger der Hypothek.

3. **RG.** 16. 11. 07, R. **08** 14 Ziff. 81. Unter Ausschließung des Gläubigers versteht § 1170 BGB., wie sich aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung ergibt, die Ausschließung, die nach Maßgabe der Vorschriften der ZPO. über das Aufgebotsverfahren ausgesprochen ist. Der § 1170 BGB. bestimmt also nur die materiellen Voraussetzungen für das Aufgebot und die mit Erlassung

des Ausschlußurteils verbundenen Wirkungen, während durch die Vorschriften der ZPO. dem Ausschlußurteil sein Wesen und Inhalt gegeben wird. Das Aufgebotsverfahren der ZPO. hat aber allein das Ziel, die gesetzlichen Rechtsnachteile gegen alle diejenigen festzustellen, die sich auf das erlassene öffentliche Aufgebot hin nicht gemeldet haben. Daraus ergibt sich, daß, wenn Anmeldungen erfolgt sind, das gemäß § 953 ZPO. unter Vorbehalt der angemeldeten Rechte ergehende Ausschlußurteil, solange der Vorbehalt zu Recht besteht, nicht als ein Ausschlußurteil im Sinne des § 1170 Abs. 2 BGB. anzusehen ist, mit dessen Erlassung der Grundstückseigentümer die Post erwirbt.

§ 1172. 1. Brinck aaO. 152. Im Abs. 2 ist als Zeit der Wertberechnung der Zeitpunkt der Teilung der Gesamtgrundschuld für maßgebend zu erachten (Turnau-Förster Note 4, aM. Planck Note 4 b).

2. Brinck aaO. 149. Die Gemeinschaft des § 1172 BGB. ist keine Gemeinschaft nach Bruchteilen im Sinne der §§ 741 ff. BGB., sondern eine Gemeinschaft besonderer Art. Die dafür maßgebenden Grundsätze sind einerseits aus der Natur des gemeinschaftlichen Rechtes, andererseits aus den über einzelne Fragen gegebenen besonderen Vorschriften abzuleiten; insbesondere wird die Auseinandersetzung durch § 1172 Abs. 2 BGB. geregelt. Der einzelne Teilhaber kann zwar über sein Anteilsrecht selbständig verfügen; zu allen Verfügungen über die Hypothek im ganzen und zwar sowohl zu einer Übertragung oder Belastung als auch zur Aufhebung oder Änderung des Inhalts oder des Ranges der Grundschuld und zur Prozeßführung bedarf es der Mitwirkung aller Eigentümer. Hiervon gilt auch für die Löschung der Grundschuld an einem der belasteten Grundstücke keine Ausnahme. Aus § 1175 Abs. 1 Satz 2 ist nur zu folgern, daß die Gesamtheit der Eigentümer, nicht aber, daß ein einzelner Eigentümer auf die Eigentümergesamtgrundschuld an dem einzelnen Grundstücke verzichten kann.

§ 1173. Literatur s. zu § 1164.

1. Brinck aaO. 103 ff. Der Befriedigung steht auch ein zwischen dem Gläubiger und einem Eigentümer bezüglich der Schuld geschlossener Erlaßvertrag im Sinne des § 379 BGB., d. h. ein dinglicher Erlaßvertrag gleich, es ist also § 1173, nicht § 1172 anzuwenden (aM. Turnau-Förster Note 2, Fuchs Note 2 a). Nicht dahin gehören aber die Abrede, nach der der Gläubiger einem Eigentümer die dingliche Haftung erläßt, und die Abrede, nach der der Gläubiger bei einem Gesamtschuldverhältnis einem seiner Gesamtschuldner, der außer anderen dinglich Verhafteten auch mit seinem Grundstücke haftet, die Schuld erläßt. Dagegen steht dem dinglichen Erlaßvertrage der negative Anerkenntnisvertrag in dem Falle gleich, daß durch ihn das Schuldverhältnis zum Erlöschen gebracht wird (aM. Turnau-Förster aaO., Fuchs aaO.). — Erlischt die Forderung durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins, durch Rücktritt vom Vertrage (§§ 346 ff. BGB.) oder durch vollzogene Wandelung (§§ 462, 467 BGB.), so kommt § 1172 zur Anwendung.

2. Brinck aaO. 99 ff. Tritt das Erlöschen der persönlichen Forderung durch Vereinigung in der Person des Gläubigers ein, so kommt nicht § 1172, wonach ein gemeinschaftlicher Erwerb der Hypothek durch sämtliche Eigentümer eintreten würde, sondern § 1173 zur Anwendung, weil dieser Fall einer Befriedigung gleichsteht (ebenso Planck Note 2 b γ; aM. Turnau-Förster Note II 8, Fuchs Note 4 c). Tritt die Vereinigung in der Person des Schuldners ein, so findet § 1173 nach dem Wortlaute des Abs. 1 Satz 2 Anwendung.

3. Über die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft im Falle des § 1173 s. Lux, Notwendigkeit der Streitgenossenschaft 97.

4. Brinck aaO. 78, 91 ff. Nach den gesetzlichen Bestimmungen ist es geboten,

wie bei der Einzelhypothek so auch bei der Gesamthypothek die ursprüngliche Forderung, je nachdem der befriedigende Eigentümer als persönlicher Schuldner oder als nicht persönlich Schuldender zahlt, erlöschen oder als Unterlage des dinglichen Rechtes kraft Gesetzes übergehen zu lassen. Der zahlende Eigentümer erwirbt also die Forderung weder, soweit sein eigenes Grundstück noch auch soweit die mithaftenden Grundstücke in Frage kommen, in der Form der Ersatzforderung (ebenso Turnau-Förster Note II 5 Abs. 2, Fuchs Note 9 a; aM. Planck Note 4 b β, Biermann, R. **05** 265 ff).. Robert aaO. 40 sieht in dem Übergange der Forderung das Entstehen einer neuen Forderung mit gleichem Inhalte, wie sie bei dem Hauptschuldner bestanden hatte.

5. Brinck aaO. 109 ff. Wenn der Eigentümer eines der belasteten Grundstücke den Gesamthypothekengläubiger in den Fällen der §§ 426 Abs. 2, 774, 268, 1150 BGB., § 225 KO. befriedigt, so erwirbt er nicht nur auf Grund dieser Bestimmungen die Forderung, sondern gemäß §§ 412, 401 BGB. auch die Hypothek an sämtlichen Grundstücken. § 1173 kommt also nicht zur Anwendung; es entscheidet vielmehr der akzessorische Charakter der Hypothek. Liegen die Voraussetzungen der genannten fünf Vorschriften nur in Höhe eines Teilbetrags der persönlichen Forderung vor, so kommen sie nur für diesen zur Anwendung; in Höhe des Restbetrags ist § 1173 anzuwenden (aM. OLG. **9** 317 (KG.), Turnau-Förster Note 7, Planck Note 4 a, Fuchs Note 7, die stets § 1173 anwenden wollen).

6. Brinck aaO. 109. Wenn an der Befriedigung des Gläubigers einer Gesamthypothek verschiedene Eigentümer mitwirken, indem der eine ihm diesen, der andere ihm jenen Betrag zahlt, so liegen so viele nach § 1173 BGB. zu entscheidende Tatbestände vor, als befriedigende Eigentümer da sind. Die selbständig nebeneinander entstehenden Teilhypotheken haben dabei gleichen Rang untereinander. Wenn von dem befriedigenden Eigentümer verschiedene Ersatzansprüche erworben werden, so wiederholt sich in der Person des Befriedigenden ein Erwerb nach § 1173 Abs. 2 BGB. so oft, als ihm selbständige Ersatzansprüche zustehen.

7. *Schulz, Rückgriff 71 (vgl Bem. zu § 412). Der § 1173 regelt nur den Regreß auf Grund Erfüllung fremder Verbindlichkeiten, nicht die Ausgleichung, d. h. also den Fall, in dem für beide Eigentümer die gesicherte Forderung gleichmäßig eine fremde ist. In diesem Falle muß der zahlende Eigentümer die Hypothek am Grundstücke des anderen pro rata erhalten (also wie im § 1225). — 64: Der Sinn der Worte „oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers" kann nur der sein: eine bestehende Regreßlage soll gesichert werden gegen willkürliche Handlungen des Regreßpflichtigen.

§ 1175. KGJ. **34** A 301 (KG.). Betrifft bei einer Gesamthypothek das Ausschlußurteil nur eines oder einige der belasteten Grundstücke, so erlischt die Hypothek an diesen Grundstücken.

§ 1176. Brinck aaO. 35. Wenn der Eigentümer, welcher als persönlicher Schuldner einen Teil der Hypothek zahlte, nur diesen Teil schuldete, und der Rest der Hypothek zu gleicher Zeit von einem Dritten bezahlt wird, welcher in Höhe dieses Restes persönlicher Schuldner geblieben war, und dem durch die Bezahlung dieses Restes der Eigentümer ersatzpflichtig wird, so erwirbt nach § 1164 Abs. 1 BGB. den anderen Teil der Hypothek dieser Dritte, und beide Teile haben unter sich gleichen Rang.

§ 1177. 1. Pitel, ZBlFG. **7** 642. Bei der Eintragung der Abtretung einer dem Eigentümer als Hypothek oder Grundschuld ganz oder teilweise zugefallenen Hypothek an den alten oder an einen neuen Gläubiger unter Rückumwandlung der Grundschuld in eine Hypothek oder unter Ersetzung der ursprünglichen Forderung durch eine neue Forderung erfordert das Spezialitätsprinzip, daß mindestens gleichzeitig nicht nur der Durchgang der Hypothek durch den Eigentümer,

sondern auch der Grund dieses Durchganges ersichtlich gemacht und angegeben wird, in welchem Betrag Eigentümerhypothek, in welchem Grundschuld erwachsen war.

2. OLG. **14** 113, ZBlFG. **7** 745 Ziff. 678 (KG.). Je nachdem der Eigentümer eine auf ihn übergegangene Post als Hypothek oder Grundschuld abtritt, ist nachzuweisen, daß er sie als Eigentümerhypothek oder -grundschuld erworben hat. Es ist Sache des Verfügenden, dem Grundbuchrichter nachzuweisen, daß er eine Post in der Weise erworben hat, wie er darüber weiter verfügt.

3. R. **07** 890 Ziff. 2055, ZBlFG. **7** 745 Ziff. 677 (Dresden). Kann das als Hypothek eines Dritten im Grundbuch erscheinende dingliche Recht Eigengrundschuld sein, so muß auch die mit Einwilligung des Eigentümers vom Dritten erklärte Abtretung verbunden mit deren Verlautbarung zur Übertragung der Eigentümergrundschuld ausreichen, ohne daß dabei der Charakter des Rechtes als bloße Grundschuld zum Ausdrucke gebracht wird.

§ 1178. 1. Brinck aaO. 39. Der Eigentümer erwirbt trotz völliger Befriedigung des Hypothekengläubigers Forderung und Hypothek nicht ganz in dem Umfang, in welchem sie dem Gläubiger zustand. Nach § 1178 Abs. 1 BGB. erlischt die Hypothek für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, die dem Gläubiger zu erstatten sind, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt. Das findet zweifellos Anwendung, soweit die dingliche Seite der Hypothekenforderung in Betracht kommt. Es muß aber nach richtiger Ansicht auch für die persönliche Seite der Forderung gelten.

2. Brinck aaO. 5. Nur aus formalen Gründen der gesetzgeberischen Technik gilt der Eigentümer als Inhaber des dem Rechte des Dritten unterworfenen dinglichen Rechtes, da sich sonst — erachtete man schlechthin das Recht für erloschen — eine Kollision mit den Interessen des Dritten, dessen Nießbrauch oder Pfandrecht das weitere Dasein der Hypothek formal bedingt, ergeben würde. Der Eigentümer darf daher auch nicht über das belastete Recht verfügen.

3. Brinck aaO. 120. Die Vorschrift des § 1178 BGB. wird auf den Fall des § 1164 analog auszudehnen sein. Soweit also die Zahlung an den Gläubiger für Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen sowie für Kosten, welche dem Gläubiger zu erstatten sind, erfolgt, macht der persönliche ersatzberechtigte Schuldner so wenig jemals einen Hypothekenerwerb wie der Eigentümer.

4. BadNotZ. **07** 94 (Karlsruhe). Den unter der Herrschaft des badischen Landrechts eingetragenen Vorzugs- und Unterpfandsrechten kommt, insoweit sie sich auf Beitreibungskosten erstrecken, deren Höhe mit einem eingetragenen Höchstbetrage bezeichnet ist, eine selbständige Bedeutung nicht zu. Sie können deshalb nicht zu Eigentümergrundschulden werden.

§ 1179. I. Der Vormerkungsgläubiger. 1. SächsRpflA. **07** 435, ZBlFG. **8** 364 Ziff. 456 (Dresden). Die Vormerkung des § 1179 kann auch für den Gläubiger der Hypothek selbst, bei der sie eingetragen wird, begründet werden. Der Gläubiger will dadurch entweder den Schwierigkeiten entgehen, die namentlich bei einer für ein nach und nach zu zahlendes Darlehen bestellten Hypothek ihm dadurch erwachsen, daß noch vor Abwickelung des Darlehnsgeschäfts andere Gläubiger durch Pfändung u. dgl. sich einschieben oder er will durch die Vormerkung die Interessen von nachstehenden Gläubigern wahren. S. JDR. **1** zu § 1179 Ziff. 1.

2. ElsLothNotZ. **07** 49 (LG. Saargemünd). Die mit der Hypothekenbestellung verbundene Verpflichtung des Eigentümers, eine der „gegenwärtigen" Hypothek vorgehende bestimmt bezeichnete Hypothek im Falle ihrer Vereinigung mit dem Eigentume löschen zu lassen, genügt zur Eintragung der Vormerkung. Der „andere" muß nicht mit Namen bezeichnet sein.

3. Bendix, SeuffBl. **07** 469 f. Die Ansicht des KG. in KGJ. **32** A 213 (s. JDR. **5** zu § 1179 Ziff. 3 b), eine Vormerkung könne gemäß § 328 BGB. für den jeweiligen Inhaber einer Hypothek derart bestellt werden, daß sie zur Zeit nur dem gegenwärtigen Inhaber der Hypothek, im Falle des Überganges der Hypothek auf einen anderen aber diesem zustehen soll, ist bedenklich. Es ist allerdings rechtlich nicht unmöglich, daß das Subjekt eines Forderungsrechts ein nicht von vornherein bestimmtes Individuum sei (**RG.** GruchotsBeitr. **48** 337), und daß die Schuldnerschaft oder Gläubigerschaft mit einem gewissen, besonders gearteten Verhältnis in der Weise verbunden wird, daß jeder, der in dieses eintritt, Schuldner oder Gläubiger wird (**RG. 11** 248). Aber die Gläubigerschaft kann nicht an irgendein beliebiges Verhältnis geknüpft werden, ohne daß der Gläubiger, wenn auch nur durch einen Dritten, in absehbarer Zeit bezeichnet werden kann. S. auch zu § 883 Ziff. 2 a.

II. Der Vormerkungsschuldner. Brinck aaO. 121. Wohl kann der persönliche Schuldner, ebenso wie der Eigentümer, einem anderen gegenüber sich vertraglich verpflichten, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie auf Grund des § 1164 BGB. auf ihn übergehen sollte. Indessen ist nach Lage des Falles bei Verträgen dieses Inhalts für eine entsprechende Bestimmung, wie sie § 1179 BGB. für solche Verträge zwischen dem Eigentümer und einem anderen enthält, kein Raum. Denn der Fall setzt ja gerade voraus, daß der persönliche Schuldner kein Eigentum am belasteten Grundstücke hat.

III. Umfang der Vormerkung. 1. Pitel, ZBlFG. **7** 642 ff. In dem Falle des § 1179 handelt der verfügende Eigentümer nicht allein als solcher, wie in dem Normalfalle des § 1183 BGB., sondern zugleich als mutmaßlicher künftiger Inhaber der zu löschenden Hypothek. Darin, daß er auch in dieser zweiten Eigenschaft, d. h. vorzeitig, verfügen kann, besteht die durch § 1179 geschaffene Ausnahme. Darauf beschränkt sie sich aber auch, d. h. die Vormerkung wirkt in der zweiten Richtung endgültig nur, wenn und soweit dieser eine Eigentümer die Hypothek als Eigentümerhypothek erwirbt, und zwar, wie jede Vormerkung, nicht allein gegen ihn, sondern auch gegen seine etwaigen Rechtsnachfolger an der Hypothek. Dagegen wirkt sie nicht in Ansehung der Eigentümerhypothek, die in der Person eines seiner Rechtsnachfolger am Grundstückseigentum entstanden ist.

2. **RG.** 23. 2. 07, ZBlFG. **7** 843 Ziff. 797, R. **07** 451 Ziff. 893. Der Grundstückseigentümer ist nicht gehindert, nur für den Fall und insoweit sich zur Löschung der Eigentümergrundschuld zu verpflichten, als der seiner Eigentümergrundschuld nachstehende Hypothekengläubiger bei der Zwangsversteigerung ausfällt.

IV. Wirkung der Vormerkung. 1. SchlHolstAnz. **07** 247 f. (Kiel). Die Vormerkung des § 1179 ist, wie jede andere, nicht ein dingliches Recht, das die Hypothek, bei der sie eingetragen ist, belastete. Vielmehr wird durch sie nur dem schuldrechtlichen Anspruche des Vormerkungsgläubigers gegen den Eigentümer und Vormerkungsschuldner dingliche Wirkung, die negatorische Wirkung gegen jedermann verliehen.

2. SächsRpflA. **07** 433, R. **07** 1261 Ziff. 3100 (Dresden). Die Vormerkung des § 1179 wirkt nicht bloß — dem buchstäblichen Wortlaute des Gesetzes entsprechend — für die zur Eigentümerhypothek werdenden Teile einer bereits entstandenen Hypothek, sondern auch (**RG. 52** 9 f.) bezüglich jedes Betrags, welcher von vornherein Eigentümergrundschuld geblieben ist.

3. OLG. **14** 118, R. **07** 923 Ziff. 2238, RJA. **8** 154, ZBlFG. **7** 945, KGJ. **33** A 293 (KG.). Eine Vormerkung gemäß § 1179 BGB. steht der Eintragung einer Verfügung über die Eigentümerhypothek nicht entgegen, vielmehr muß es

dem Vormerkungsberechtigten vorbehalten bleiben, sein Recht auf Löschung gemäß § 888 zur Durchführung zu bringen.

4. Kretzschmar, ZBlFG. 7 305 ff. Die Löschungsvormerkung führt zu ungleichen Ergebnissen, je nachdem der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch vor der Versteigerung des Grundstücks und dem dabei durch den Zuschlag eintretenden Erlöschen der Hypothek durchgeführt wird oder nicht. Der Unterschied hat seinen Grund darin, daß dem Interesse des Vormerkungsgläubigers bis zu diesem Zeitpunkte grundsätzlich nur durch die völlige Löschung der zur Eigentümergrundschuld gewordenen Hypothek entsprochen werden kann und daß hierdurch zugleich die übrigen Realgläubiger eine Rangverbesserung erfahren, während das Interesse des Gläubigers bei der Verteilung des auf die Hypothek entfallenden Erlöses sich in der Zuteilung des zu seiner Befriedigung erforderlichen Betrags erschöpft, so daß ein etwa verbleibender Überschuß dem Eigentümer verbleibt und nicht für die übrigen Realgläubiger frei wird.

V. BayRpflZ. **07** 134 (München). Der Rangeinräumungsverzicht hat nach bayerischem Übergangsrechte die Rechtswirkung des § 1179.

§ 1181. 1. **RG.** 27. 4. 07, R. **07** 637 Ziff. 1313, 700 Ziff. 1446, ZBlFG. 8 67 Ziff. 118. Ist die Gesamthypothek durch Befriedigung aus dem einen Grundstück erloschen, so erwirbt trotzdem ein Dritter, der ohne Kenntnis der Rechtslage die Hypothek an diesem Grundstück abgetreten erhält, diese Hypothek. Abgesehen von diesem Falle kann eine Übertragung einer solchen erloschenen Hypothek auch nicht mit Zustimmung des Eigentümers erfolgen.

2. BraunschwZ. **07** 117, OLG. **14** 124, R. **07** 890 Ziff. 2062 (Braunschweig, bestätigt vom RG. durch das zu 1 angeführte Erkenntnis). Bei Befriedigung des Gläubigers aus einem der mehreren Grundstücke erlischt die Gesamthypothek auch an den anderen Grundstücken. Der Eigentümer kann die Löschung auch dann verlangen, wenn der Gläubiger die Hypothek an einen Dritten, vorausgesetzt, daß dieser bösgläubig ist, abgetreten und wenn er hierzu seine Zustimmung gegeben hat. Die Einrede der Arglist ist nicht begründet, weil der Umschreibungsanspruch des Dritten auf etwas Unmögliches gerichtet ist.

3. Brinck aaO. 45. Im Falle des § 1181 erlischt nur die Hypothek. Die persönliche Forderung geht dagegen auf den Grundstückseigentümer über. Ebenso Turnau-Förster zu § 1143 Anm. II 2, Planck zu § 1143 Anm. 2 c; aM. Kober zu § 1181 Anm. b.

§ 1182. Literatur: S. zu § 1164.

OLG. **14** 124, ZBlFG. **7** 744 Ziff. 667 (Braunschweig). Die Löschung einer Gesamthypothek auf einem versteigerten Grundstück erfolgt auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts (§ 1182 Ziff. 2 BGB., §§ 130, 131, 158 ZVG.), die auf den übrigen belasteten Grundstücken auf Antrag der Beteiligten im Berichtigungsverfahren. Der berichtigungsberechtigte Beteiligte kann auch trotz § 22 GBO. den Klageweg beschreiten (§ 894 BGB.), da ihn die Zustimmung des Passivbeteiligten des Nachweises der Unrichtigkeit überhebt.

§ 1183. **RG.** 19. 6. 07, R. **07** 1069 Ziff. 2563. Der § 1183 kommt im Falle der Löschung einer Eigentümergrundschuld nicht zur Anwendung, weil die eigene Erklärung des Eigentümers seiner Zustimmung nicht mehr bedarf.

§ 1184. 1. **RG.** 29. 6. 07, R. **07** 1138 Ziff. 2746. Ist eine Hypothek zur Zeit ihrer Abtretung im Grundbuche noch nicht eingetragen, und ist dem Zessionare mitgeteilt, daß entgegen der Beurkundung ein Darlehen nicht vorliege, die Hypothek vielmehr für die Forderungen des Gläubigers aus einem Bauvertrage bestellt sei, so wird dadurch die Hypothek nicht zu einer Sicherungshypothek im Sinne des § 1184; es wird auch nichts an dem Schuldgrunde geändert, da es nach § 607 Abs. 2 BGB. zulässig ist, Forderungen aus anderen Rechtsgründen, auch wenn sie noch nicht ent-

standen sind, in Darlehen umzuwandeln. Dem Eigentümer bleibt aber nach § 1163 der Beweis offen, daß Bauforderungen und somit das Darlehen nicht zur Entstehung gelangt seien. Die Beweispflicht liegt dem Eigentümer ob, wenn dieser die Löschung verlangt, dem Gläubiger, wenn er Rechte aus der Hypothek geltend macht.

2. **RG.** 17. 6. 07, R. **07** 977 Ziff. 2320. Wird für die Ansprüche, die aus einem Bauvertrage dem Bauunternehmer erwachsen werden, eine Darlehnshypothek begründet, so ist die damit bestellte Verkehrshypothek nicht als eine Sicherungshypothek im Sinne des § 1184 anzusehen und zwar auch dann nicht, wenn in dem Bauvertrage hervorgehoben ist, daß der Unternehmer durch die Hypothek für seine Ansprüche gesichert werden sollte.

3. **RG.** 21. 11. 07, R. **08** 14 Ziff. 82. Ist eine für eine Bank bestellte, als Darlehnshypothek bezeichnete Hypothek in der Weise valutiert, daß die Bank entsprechend den Vertragsabsichten in Höhe der Hypothekensumme Geld auf Wechsel gab, so liegt eine vollwirksame Darlehnshypothek für einen von der Bank zu gewährenden Wechselkredit vor. Wird die Valutierung der Hypothek bestritten, so trifft die Bank die Beweislast. Wird nur das Vorhandensein von Ausgleichsansprüchen geltend gemacht, so hat diese derjenige nachzuweisen, der sie geltend macht.

4. OLG. **15** 382, KGJ. **34** A 323 (KG.). Das Wort „Sicherungshypothek" ist trotz der Fassung des § 1184 Abs. 2 nicht sakramental.

§ 1185. KGJ. **34** A 340, SächsOLG. **28** 135, RJA. 8 282, SeuffBl. **07** 799, ZBlFG. 8 301 (Dresden). Eine Sicherungshypothek, die auf Grund rechtskräftigen Urteils als Eigentümergrundschuld auf den Eigentümer umgeschrieben wird, wird mangels besonderer Vereinbarung nicht Briefgrundschuld, sondern bleibt Buchrecht. Ebenso KGJ. **28** A 135 (KG.).

§ 1186. R. **07** 1536 Ziff. 3820 (BayObLG.). Im Gegensatze zu der Bestimmung des § 1186 Satz 2 BGB. ist unter der Herrschaft des BayHypG. zur Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek die Zustimmung der nachfolgenden Hypothekengläubiger erforderlich.

§ 1190. 1. Die Forderung der Höchsthypothek. a) **RG.** 22. 6. 07, JW. **07** 513 Ziff. 13, R. **07** 977 Ziff. 2321, ZBlFG. 8 268 Ziff. 326. Eine Höchsthypothek kann auch für alle Forderungen eines bestimmten Gläubigers und für alle seine Forderungen gegen einen bestimmten Schuldner bestellt werden. Wenn dies geschieht, so kommt eine nähere Bezeichnung der Forderungen nach Schuldgrund oder Rechtsverhältnis von selbst in Wegfall, weil keine Begrenzung der Haftung auf bestimmte Forderungen gewollt ist. Höchstens könnte in Frage kommen, ob solchenfalls nicht in der Eintragung oder der Eintragungsbewilligung zum Ausdrucke kommen müsse, daß die Hypothek für alle Forderungen haften solle. Wenn man das für nötig hält, so würde es doch immer im einzelnen Falle Sache der Auslegung sein, ob diesem Erfordernisse genügt ist. S. JDR. **1** zu § 1190 Ziff. 1. **b)** α. BayRpflZ. **07** 86 (BayObLG). Die Eintragung einer Höchsthypothek für eine künftige Forderung bewirkt auch vor Entstehung der Forderung eine Gebundenheit des Grundstücks. Das Hypothekenrecht geht demnach den während seines Bestehens begründeten Rechten vor, auch wenn die Forderung erst nach Begründung dieser Rechte entsteht und auch, wenn das nachstehende Recht eine auf gesetzlichem Titel beruhende Hypothek ist. β. SchlHolstAnz. **07** 246 (Kiel). Die Höchsthypothek belastet das Grundstück unbedingt. Ein Einrücken der Nachhypothekengläubiger insoweit die Forderung den Höchstbetrag nicht erreicht, findet nicht statt; vielmehr untersteht auch die Höchsthypothek den Vorschriften des § 1163 BGB. **c)** OLG. **14** 39, ZBlFG. **7** 743 Ziff. 662 (Dresden). Auch bei der Höchsthypothek muß ebenso wie bei anderen Hypotheken die Forderung auf Zahlung einer Geldsumme gehen. Ist die Höchsthypothek für Natural- und Geldleistungen zusammen eingetragen, so kann sie, wenn sie überhaupt aufrecht erhalten werden soll,

nur dahin verstanden werden, daß der etwaige Schadensersatzanspruch wegen nicht oder nicht gehörig oder nicht rechtzeitig erfolgter Naturalleistungen gesichert werden soll. — Bei mehreren Forderungen kann jede einzelne und die mit ihr verbundene Höchsthypothek selbständig gepfändet werden. d) **RG.** 20. 3. 07, **65** 364, R. **07** 1200 Ziff. 2882, ZBlFG. **8** 68 Ziff. 126. Für die Rechtsgültigkeit einer Höchsthypothek des jetzigen Rechtes ist es ebenso wie bei der Kautionshypothek des früheren Rechtes erforderlich, daß die zu sichernde Forderung bereits vorhanden oder doch wenigstens bestimmt bezeichnet ist; es genügt die allgemeine Angabe des Rechtsgrundes. e) KGJ. **34** A 320, OLG. **15** 385 (KG.). Auch für eine unter den Beteiligten nach Grund und Betrag bereits feststehende Forderung kann eine Hypothek in der Weise bestellt werden, daß im Grundbuche nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, nicht aber die Forderung als feststehend bezeichnet wird. f) OLG. **14** 126, R. **06** 1263 Ziff. 3057, ZBlFG. **7** 541 Ziff. 476 (Braunschweig). Bei der Höchstbetragshypothek ist — von der Angabe eines bestimmten Gläubigers abgesehen — das Wesentlichste die Angabe des Höchstbetrags. Ob es auch der Angabe des Schuldgrundes bedarf, ist streitig. Das OLG. schließt sich aber der Ansicht von Planck Anm. 2 d und Achilles-Strecker 61 wenigstens insoweit an, als es nicht unter allen Umständen eine nähere Bezeichnung der Forderung und die Angabe des Schuldgrundes für erforderlich erachtet. besonders dann nicht, wenn die Höchsthypothek für alle, auch die noch nicht bestehenden Forderungengegen den Schuldner haften soll. Ebenso das amtliche preußische Formular. g) BayRpflZ. **07** 370 (BayObLG). Höchsthypotheken für künftige Ansprüche auf Nebenleistungen können nach bayerischem Hypothekenrechte nicht in selbständige Hypotheken für andere Forderungen umgewandelt werden.

2. Zulässiger und unzulässiger Inhalt der Höchsthypothek. a) **RG.** 4. 12. 07, R. **08** 15 Ziff. 83. Ist zugunsten einer politischen Gemeinde zu einem bestimmten Höchstbetrag eine Sicherungshypothek eingetragen „wegen der Ansprüche der Gemeinde an den Eigentümer aus der von diesem übernommenen Verpflichtung, den entlang des Grundstücks fließenden Dorfbach überwölben und den Fußweg entlang des Grundstücks ausbauen zu lassen", so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn als Gegenstand dieser Sicherungshypothek nicht die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung des Grundeigentümers zur Überwölbung des Dorfbaches und Herstellung der Straße, sondern der künftige Anspruch der Gemeinde auf Erstattung des Geldbetrags angesehen wird, den sie selbst auf die in ihrer Befugnis liegende Herstellung der gedachten Arbeiten als Geschäftsbesorger für den Grundeigentümer voraussichtlich verwenden muß. Mit diesem Inhalt ist die Sicherungshypothek aber zulässig. b) KGJ. **31** A 331, OLG. **13** 231, RJA. **7** 69 (KG.). Laufende Zinsen einer Höchsthypothek sind nicht eintragungsfähig. S. zu § 1113 u. JDR. **1** zu § 1190 Ziff. 4 b. c) OLG. **13** 197 (Colmar). Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bei einer Höchsthypothek ist unzulässig. S. JDR. **1** zu § 1190 Ziff. 4 c, **3** zu § 1190 Ziff. 6. d) BraunschwZ. **07** 76 (Braunschweig). Es ist zulässig, daß Hypotheken in der Form fester Darlehnshypotheken dazu verwendet werden, alle Ansprüche aus einem Kredit in laufender Rechnung sicherzustellen, mithin als Höchsthypotheken zu dienen.

3. Die Form der Eintragung der Höchsthypothek. Pitel, ZBlFG. **7** 639 f. Bei einer Höchsthypothek empfiehlt es sich, das Wort „Sicherungshypothek" fortzulassen, damit bei der späteren Umwandlung nicht Zweifel entstehen, ob die Hypothek Sicherungs- oder Verkehrshypothek sein soll. Stets ist aber der Schuldner — wenn auch nur durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung — anzugeben (s. darüber zu § 1115 Ziff. V 1). Z. B. „Hypothek über höchstens fünfhundert Mark wegen der in der Urkunde vom .... näher bezeichneten Forderung des N. N. Eingetragen am ....".

4. Die Abtretung der Höchsthypothek (s. dazu auch Staudinger-Kober zu § 1190 Anm. 4). a) RJA. **9** 64 (KG.). Wird die gesamte Höchsthypothek unter gleichzeitiger Abtretung eines den Höchstbetrag nicht erreichenden Betrags der Forderung abgetreten, so ist eine solche Abtretung, falls eine Feststellung der Forderung noch nicht stattgefunden hat, rechtswirksam. Denn es ist möglich, daß die dem Zessionar abgetretene Forderung sich durch den Hinzutritt von Nebenleistungen, wie Verzugszinsen, Kosten, Schadensersatz wegen Verzugs, bis auf den eingetragenen Höchstbetrag erhöht. b) ZBlFG. 8 268 Ziff. 327, SeuffA. **62** 379 (Dresden). Der Schuldner aus einer Baugelderhöchsthypothek kann bei Veräußerung des Grundstücks in Fortsetzung des bisherigen Kreditverhältnisses mit den Beteiligten vereinbaren, daß die weiteren Baugelder an seinen Abkäufer gezahlt werden sollen. Eine solche Vereinbarung enthält eine Abtretung an den Käufer, die jedenfalls zur Übertragung seiner, neben dem Rechte auf Erwerbung der Hypothek als Eigentümerhypothek bestehenden und entstehenden Ansprüche ausreicht, hinsichtlich der Eigentümerhypothek selbst aber nur ein obligatorisches Recht auf Übertragung begründet. Wird dieses nicht rechtzeitig durch Vormerkung dinglich gesichert, so unterliegt es dem Zugriffe der Gläubiger des abtretenden Eigentümers. Die Pfändung einer vermeintlich bestehenden Eigentümergrundschuld begründet auch dann kein Pfandrecht, wenn eine solche nachmals entsteht. c) WürttZ. **07** 140 (AG. Stuttgart-Stadt). Die Höchsthypothek kann trotz des § 1190 Abs. 4 als solche in der Form des § 1154 Abs. 3 BGB. abgetreten werden, derart, daß sie in der Hand des Zessionars Höchsthypothek bleibt. Da dieser sonach weiß oder wissen muß, daß er bei künftiger Geltendmachung der Hypothek das Bestehen der von ihm behaupteten Forderungen im Streitfalle zu beweisen hat, so folgt, daß es zur Abtretung der Hypothek als solcher der vorherigen Feststellung der Forderung nicht bedarf. Vgl. aber unten Ziff. 5. S. JDR. **1** zu § 1190 Ziff. 4 d, **2** zu § 1190 Ziff. 2, **3** zu § 1190 Ziff. 5 c, **4** zu § 1190 Ziff. 3.

5. Die Wirkung der Höchsthypothek. *Herold, ZBlFG. 8 213, 345 ff. Bei den Sicherungshypotheken wirkt die Bezeichnung als solche oder als Höchstbetragshypothek zugunsten des Bestellers wie der Eintrag einer Verfügungsbeschränkung nach § 892 BGB. (s. dort Ziff. IV 2). Dem Besteller steht zunächst nur eine hierdurch geschützte Rechtsanwartschaft zu, die sich aber bei Feststellung des Wegfalls der Forderung des Gläubigers ohne weiteres in eine Grundschuld verwandelt und zur Grundbuchberichtigung führt. Das Verfügungsrecht des Gläubigers über die Hypothek ist grundsätzlich unbeschränkt, doch kann die Höchstbetragshypothek als solche, weil zunächst nur für ein unübertragbares Schuldverhältnis bestellt, nicht abgetreten werden, ➡ und kann — auch abgesehen von § 1183 BGB., § 27 GBO. — der Gläubiger Löschung der Hypothek nicht ohne Zustimmung des Bestellers herbeiführen, weil die Grundbuchberichtigung eben nur durch die Bezeichnung der Hypotheken, nicht durch einen für sich bestehenden Eintrag geschützt ist. ⬅ Vgl. zu § 892 BGB. Ziff. IV 2.

6. Die Höchsthypothek als Eigentümergrundschuld. a) RJA. **9** 65, OLG. **15** 386 (KG.). Die Vorschrift des § 1163 BGB., daß die Hypothek bei Nichtentstehen der Forderung dem Eigentümer zusteht und daß bei einer Briefhypothek auch trotz des Entstehens einer Forderung bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger das gleiche gilt, kann auf die Höchstbetragshypothek ihrer Natur nach nicht ohne weiteres Anwendung finden. Die Höchstbetragshypothek ist nach § 1190 Abs. 1 BGB. eine zu einem Höchstbetrag eingetragene Sicherungshypothek für einen bestimmten Gläubiger, bei der die Feststellung der Forderung, für die sie haftet, vorbehalten bleibt. Dieser Vorbehalt der Feststellung der Forderung gehört zum gesetzlichen Begriffe der Höchstbetragshypothek,

welche bereits mit der Eintragung Gläubigerhypothek wird und dem Gläubiger für ein bestimmtes Rechtsverhältnis zugunsten aller daraus entstehenden Forderungen bis zu dem eingetragenen Höchstbetrag ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke gewährt. Die Höchstbetragshypothek ist demnach mit der Eintragung nicht Eigentümergrundschuld, sondern sie kann nur Eigentümergrundschuld werden, wenn und soweit es sich nach Maßgabe des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts entschieden hat, daß die aus dem gesicherten Rechtsverhältnis erwachsene Forderung unter dem eingetragenen Höchstbetrage bleibt (**RG. 51** 117, **55** 220, KGJ. **28** A 271). Diese Entscheidung kann aber nur nach Beendigung des gesicherten Rechtsverhältnisses durch Feststellung der daraus für den Gläubiger entstandenen Forderungen, welche durch Vertrag oder durch Urteil geschieht (Mot. III 768), erfolgen. Solange und soweit diese Feststellung noch nicht getroffen ist, liegt die Voraussetzung einer Eigentümergrundschuld nicht vor, denn solange steht das Nichtentstehen einer zu sichernden Forderung nicht fest. Bis zu der Feststellung, daß weitere Forderungen aus dem der Hypothek zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse nicht mehr entstehen können und daß die entstandenen Forderungen den eingetragenen Höchstbetrag nicht erreichen, steht daher die Höchstbetragshypothek mit dem sich aus ihrem Wesen ergebenden Vorbehalt in voller Höhe dem Gläubiger zu. S. JDR. **1** zu § 1190 Ziff. 4 i, **2** zu § 1190 Ziff. 1, 2, **5** zu § 1190 Ziff. 4. **b) RG.** 16. 3. 07, R. **07** 573 Ziff. 1156. Steht bei einer Höchstbetragssicherungshypothek fest, daß eine Verpflichtung, für welche das Grundstück haften soll, nicht besteht und auch künftig nicht mehr entstehen wird, so wird die Hypothek zur Eigentümergrundschuld, und ist der Eigentümer berechtigt, von dem eingetragenen Hypothekeninhaber die Zustimmung zu der entsprechenden Grundbuchberichtigung zu verlangen. **c)** ZBlFG. **7** 745 Ziff. 674, SächsRpflA. **06** 560 (Dresden). Zur Entstehung einer Eigentümerhypothek aus einer ein Kreditverhältnis sichernden Höchsthypothek genügt, wenn die Höchsthypothek durch den Zuschlag erlischt, die Tatsache, daß während der Besitzzeit des Schuldners das Kreditverhältnis sein Ende erreicht hat und daß die Entstehung weiterer Forderungen über den Zeitpunkt des Zuschlags hinaus ausgeschlossen ist. Der Zinsenzuwachs zufolge §§ 49, 87 ZVG. kommt hierbei nicht in Betracht, da er sich auf einen von vornherein fest begrenzten Zeitraum beschränkt (§§ 52, 91 ZVG., §§ 1163, 1190 BGB.). Ein Kreditverhältnis wird sich stets schon vor dem Betreiben der Zwangsversteigerung durch den Kreditgeber erledigt haben. **d)** SächsRpflA. **07** 439 (Dresden). Aus einer Hypothek, die zur Sicherung der über den § 1118 hinausgehenden Kosten neben der Hypothek für die Hauptleistung und die Kosten des § 1118 bestellt wird, entsteht keine Eigentümergrundschuld, wenn die Beteiligten dabei nicht eine selbständige Höchsthypothek beabsichtigt haben.

7. Vorrangseinräumung. SeuffBl. **07** 393, BayObLG. **8** 17 (Bay. ObLG). Der mit einer Höchsthypothek einer anderen Hypothek eingeräumte Vorrang hat auch dann gegenüber den Zwischenhypotheken Geltung, wenn diese vor der Zeit begründet sind, zu der die der Höchsthypothek zugrunde liegende Forderung entstanden ist.

Zweiter Titel. Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1192. 1. **RG.** 9. 10. 07, JW. **07** 711 Ziff. 19, R. **07** 1405 Ziff. 3521. Zur Abtretung einer verbrieften Eigentümergrundschuld bedarf es nicht der Eintragung in das Grundbuch; es genügt die schriftliche Abtretungserklärung und die Aushändigung des Briefes.

2. Dernburg, Sachenrecht (4) 824 f. Gelangt die Grundschuld nicht zur Entstehung oder erlischt sie, so gehört sie dem Eigentümer des Grundstücks. Nicht richtig ist die vom RG. vertretene Ansicht, daß mit der Erledigung der eingetragenen

Grundschuld die mit ihr oder nach ihr eingetragenen Posten im Range vorrücken, die Grundschuld aber untergeht. S. JDR. **4** zu § 1163 Ziff. 7, **5** zu § 1192 Ziff. 1—6.

§ 1195. Predari 588. Die GBO. enthält keine Vorschriften über die Herstellung von Zinsscheinen zu Inhabergrundschuldbriefen (§ 803 BGB.). Da indessen für die Verkehrsfähigkeit der Briefe Zinsscheine unentbehrlich und nach dem materiellen Rechte zugelassen sind, so muß sich auch ein Weg finden, die in diesem Punkte vorhandene Lücke der GBO. auszufüllen. Es wird angängig sein, daß das Grundbuchamt nach dem Muster der Zinsscheine zu sonstigen Inhaberpapieren mit den durch den Inhalt und die Form des Grundschuldbriefs gebotenen Abweichungen Zinsscheine ausfertigt. Die Zinsquittungen der Grundschuldbriefe des früheren preußischen Rechtes werden freilich nicht verwendbar sein. Auch dem Verlangen des Eigentümers, den Teilbriefen Erneuerungsscheine (§ 805 BGB.) beizufügen, wird das Grundbuchamt zu entsprechen haben. Wenn das Gesetz die Inhabergrundschuld als zulässige Form des Realkredits anerkannt hat, dürfen die zu ihrer praktischen Ausgestaltung erforderlichen Maßnahmen nicht an formalen Bedenken scheitern.

§ 1197. Oberneck, LeipzZ. **07** 384. Ist Konkurs über das Vermögen des Eigentümers eröffnet, so ist der Konkursverwalter auch für den Fall, daß die Eigentümerhypothek zur Konkursmasse gehört (s. zu § 1163 Ziff. VII), berechtigt, die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung des Grundstücks zu betreiben. Denn er tut dies nicht in Ausübung der Eigentümerhypothek, sondern im Interesse der Gesamtgläubigerschaft.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Literatur: Francke, Entstehung des Pfandrechts an gepfändeten Sachen, BuschsZ. **36** 308—319.

§ 1204. 1. Francke, BuschsZ. **36** 308 ff. Pfändet ein Gerichtsvollzieher zur Vollstreckung der Geldforderung eines Auftraggebers bewegliche Sachen im Gewahrsam des Schuldners, im Gewahrsame eines zur Herausgabe bereiten Dritten oder im Gewahrsame des Auftraggebers auf Grund einer für diesen gegen den Schuldner vollstreckbaren Urkunde, so entsteht ein Pfandrecht an diesen Sachen, auch wenn sie nicht Eigentum des Schuldners sind, der Gerichtsvollzieher nicht zuständig war oder nicht gehörig verfuhr, dem Gläubiger der gute Glaube mangelte; jedoch ist in jedem dieser Fälle das Pfandrecht bis zu geschehenem Pfandverkauf anfechtbar und im letzten Falle auch der Gläubiger sowohl dem Schuldner als dem Dritten zum Ersatz allen Schadens verpflichtet.

2. DJZ. **07** 76 (Cöln). Pfändung eigener Sachen. Der Verkäufer von mit Eigentumsvorbehalt verkaufter Kommissionsware kann nicht gleichzeitig Eigentümer der Ware bleiben und gleichwohl daneben die Geldforderung für ihren Kaufpreis in die Ware selbst als in Vermögensstücke seines Abnehmers vollstrecken. Tut er letzteres, so gibt er damit sein vorbehaltenes Eigentum auf. Vgl. o. § 455 Ziff. 2 a

3. HansGZ. **07** Beibl. 99 (Hamburg). Unter dem Ausdrucke „verschreiben" pflegt in nicht rechtskundigen Kreisen die Bestellung einer dinglichen Sicherheit an Mobilien verstanden zu werden.

§§ 1204, 1205. BadRpr. **07** 333 (Karlsruhe). Zwar ist ein Pfandrecht an einem Sachinbegriff als solchem nicht möglich (vgl. **RG.** JDR. **5** Ziff. 2 a), wohl aber an den einzelnen, unter dieser Bezeichnung zusammengefaßten Sachen und zwar auch mit der Bestimmung, daß veräußerte oder sonst abgehende Sachen ausscheiden und neuangeschaffte in den Pfandnexus eintreten; doch ist immer Übergabe der einzelnen Sachen, bzw. des Ersatzes an den Pfandgläubiger erforderlich.

§ 1205. **RG.** 2. 1. 07, **66** 258 ff. Zur Wirksamkeit des Fahrnispfandrechts muß das Verhältnis des Pfandnehmers zur Pfandsache tatsächlich so gestaltet sein, daß es für jeden Dritten als ein Besitzverhältnis des Pfandgläubigers erkennbar ist.

§ 1206. 1. Verpfändung eines Warenlagers (s. JDR. 5 Ziff. 2 u. Ziff. 3 a zu §§ 1204, 1205). **a) RG.** 2. 1. 07, **66** 258 ff., JW. **07** 140, BankA. **6** 198, BauersZ. **14** 184 ff. Die Verpfändung eines Warenlagers verliert ihre Wirksamkeit, wenn der Pfandgläubiger nach Übernahme des Besitzes der Lagerräumlichkeiten dem Verpfänder oder seinen Angestellten die Möglichkeit gewährt, jene Räume jederzeit ohne Mitwirkung des Gläubigers oder seines Vertreters zu betreten. Vgl. JDR. 5. **b)** Über Verpfändung eines Warenlagers durch Einräumung des Mitbesitzes NaumburgAK. **07** 77. (Naumburg)

2. **RG.** 25. 1. 07, R. **07** 252 Wenn zwischen dem Lagerhalter und dem Einleger von Waren das Besitzverhältnis in der Weise geregelt ist, daß jeder von ihnen zu dem nur mit einem Schlosse versehenen Raume einen Schlüssel hat, so daß der Einleger ohne Mitwirkung des Lagerhalters jeden Augenblick an die Waren kommen kann, so sind weder die Voraussetzungen des Besitzes noch die des Mitbesitzes nach § 1206 gegeben.

§ 1207. **RG.** R. **07** 1467, JW. **07** 834 ff. Werden einem Bankier Inhaberpapiere, die einer Mehrheit von Personen gehören, zur Lombardierung angeboten, und erklärt der Bankier, daß er das Geschäft, um es für sich einfacher zu gestalten, nur mit einer Person machen wolle, so kann dem Bankier der gute Glaube nicht abgesprochen werden, wenn er demnächst den Überbringer der Papiere durch deren Besitz für hinreichend legitimiert erachtet. Anderenfalls würden die Anforderungen überspannt, die im Geschäftsleben an die Gutgläubigkeit gerade bei Geschäften mit Inhaberpapieren zu stellen sind. Es ist nicht angängig, und es würde den Geschäftsverkehr bis zur Unmöglichkeit erschweren, wenn einem Bankier Personen gegenüber, die an sich schon durch den Besitz der Inhaberpapiere zur Geltendmachung der Rechte an denselben legitimiert sind, weitgehende und in vielen Fällen gar nicht ausführbare Legitimationsprüfungen zur Pflicht gemacht würden, es sei denn, daß verdächtige Umstände vorliegen.

§ 1223. SeuffA. **62** 104 (Bamberg) über die Voraussetzungen der Klage auf Rückgabe des Pfandes, je nachdem der persönliche Schuldner oder ein Dritter das Pfand bestellt hatte.

§ 1231. Über das Verhältnis des § 1231 Satz 2 zu § 560 Satz 2 vgl. Cohn, DJZ. **07** 767.

§ 1252. **RG.** 15. 5. 07, R. **07** 767. Während bei der Klage auf Realisierung eines Forderungspfandrechts der Kläger neben der Verpfändung auch die Existenz und Fälligkeit seiner durch das Pfandrecht gesicherten Forderung dartun muß, genügt zur Begründung des Einwandes gegen die Klage auf Herausgabe des Pfandes der Nachweis der Verpfändung, während es Sache des Klägers ist, den Einwand durch den Nachweis zu entkräften, daß die Forderung, zu deren Sicherheit das Pfand bestellt worden ist, nicht mehr besteht, das bestellte Pfandrecht also aufgehört hat.

§ 1255. *Schulz, Rückgriff und Weitergriff 55 (vgl. oben zu § 412). Die Formulierung ist zu eng; was für den Verpfänder gilt, muß auch für den Eigentümer gelten, der nicht Verpfänder ist. — (68, 70.) Bei der Mitpfänderschaft hat eine Ausgleichung zu erfolgen wie bei der Mitbürgschaft. Ebenso beim Zusammentreffen von Mobiliarpfand und Hypothek und von Mobiliarpfand und Bürgschaft (vgl. o. Ziff. 7 zu § 1173 u. Ziff. 3 zu § 1143).

§ 1259. Reichhelm, DJZ. **07** 1370. Nur in dem Falle der Bodmerei (s. u. zu § 679 HGB.) ist gegen die Zulässigkeit des Pfandrechts am Bruchteil

eines im Alleineigentume stehenden eingetragenen Schiffes nichts einzuwenden; im übrigen ist das Pfandrecht am Bruchteil unzulässig.

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

§ 1274. 1. Schneider, BankA. **6** 243. Die Bank, welche bei der Inpfandnahme von Briefhypotheken auf Eintragung im Grundbuch und Anzeige an den Drittschuldner verzichtet, erwirbt ein gültiges Pfandrecht an der Hypothekenforderung, ausgenommen die Rückstände von Zinsen und anderen Nebenleistungen und die gesetzlichen Kosten.

2. Dorst, RheinNotZ. **07** 171 f. Zur Verpfändung einer bereits verpfändeten oder gepfändeten Briefhypothek genügt es, daß der Hypothekengläubiger dem zweiten Pfandgläubiger seinen Anspruch auf Herausgabe des Briefes abtritt und die Verpfändung dem ersten Pfandgläubiger anzeigt. Zur Pfändung einer solchen Briefhypothek ist allerdings freiwillige oder erzwungene Mitwirkung des ersten Pfandgläubigers erforderlich (vgl. KG. aaO. 168).

3. BauersZ. **07** 101. Eine rechtsgültige Pfandbestellung von Interimscheinen (der Inhaber- und Namenaktien) und von Namenaktien unter 1000 M. Nennwert hat zur Voraussetzung die Übergabe der Wertpapiere, eine die Person des Pfandgläubigers bezeichnende, gerichtlich oder notariell beglaubigte Verpfändungserklärung und Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung.

4. Über Unzulässigkeit der Verpfändung der Briefhypothek ohne Übergabe des Briefes vgl. Hinsberg, BankA. **7** 190.

Vor §§ 1279 ff. *Pagenstecher, Die praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft, BuschsZ. **37** 17 ff., gibt folgendes Beispiel: B. ist rechtskräftig verurteilt, an A. 100 aus Darlehen zu bezahlen. B. verpfändet dem A. eine Forderung des B. gegen den X. Hierauf klagt A. gegen den X. auf Zahlung. Obwohl sich die Rechtskraft des zwischen A. und B. ergangenen Urteils nicht auf den X. erstreckt, kann nach Pagenstecher X. gegenüber der Klage des A. auf Zahlung nicht mit Erfolg einwenden: Du hast gar keine Forderung gegen B., also auch kein Pfandrecht. Denn wenn B. auch (zu Unrecht) rechtskräftig verurteilt wurde, 100 an A. zu zahlen, so hat A. dennoch nunmehr eine Forderung von 100 gegen B. Hieraus ist aber nicht zu schließen, daß durch das unrichtige verurteilende Urteil das induzierte Recht entstehe (näheres 10 ff. u. Anm. 37 sowie JDR. **4** zu § 322 u. unten zu § 322 ZPO. u. das dort Zitierte). — Die Stein-Hellwigsche Rechtskraftlehre führt, wie Stein auch anerkennt, in vorstehendem Rechtsfalle zu dem umgekehrten praktischen Resultate (17 ff.). Über den Versuch Hellwigs, zu dem hier verteidigten Ergebnisse zu gelangen, vgl. 17 ff.

§§ 1279, 1280. BadRpr. **07** 274 (Karlsruhe). Da eine Lebensversicherungspolice nicht selbständige Trägerin einer Obligation ist, sondern nur zum Beweis einer solchen dient, kann sie nicht Gegenstand eines Faustpfandrechts sein; auf die Verpfändung des Rechtes aus dem Versicherungsvertrag aber finden die §§ 1279, 1280 Anwendung.

§ 1280. KGJ. **33** A 226 ff., RheinNotZ. **07** 57 ff. (KG.). Zur Verpfändung des Erbschaftsanteils eines Miterben bedarf es außer einem gerichtlich oder notariell beurkundeten Verpfändungsantrage nicht noch der Anzeige der Verpfändung an die Miterben, da das Anteilsrecht nicht eine Forderung auf eine Leistueg gegen die übrigen Miterben ist. Vgl. Näheres u. § 2033 Ziff. 5.

§ 1281. **RG. 64** 321. Die Frage, ob eine Forderungsverpfändung zu Recht besteht, und an wen die verpfändete Forderung bezahlt werden muß, kann im Falle einer Hauptintervention in demselben Rechtsstreite dem Schuldner gegenüber nicht anders als gegenüber dem Drittschuldner entschieden werden.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Vorbemerkung zu Titel 1—5: Von größeren Werken über das Familienrecht sind hier besonders Haidlen und Neustadt zu erwähnen. Aus diesen sowohl wie aus der viele praktische Fragen behandelnden Abhandlung Neubeckers sind mehrfach Äußerungen aufgenommen worden. Zum Dritten Titel ist insbesondere auf die wertvollen Selbstberichte Thiesings und Weyls zu verweisen. Die Praxis bewegte sich, namentlich zu den in den Vorbemerkungen der letzten Jahrgänge bereits hervorgehobenen Paragraphen, im wesentlichen in den alten Bahnen.

Literatur zu Titel 1—5: Haidlen, Das Familien- und Vormundschaftsrecht (4). Stuttgart 1907. — Neubecker, Lösung von Familienbeziehungen wegen Tuberkulose, ABürgR. **31** 255 bis 286. — Neustadt, Das Eherecht. Berlin 1907.

Erster Titel. Verlöbnis.

§ 1297. I. Natur des zivilrechtlichen Verlöbnisses (s. JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1—4, **3**, **4**, **5** Ziff. 1). 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 735 ff., über die Rechtsnatur und Behandlung des Verlöbnisses. Letzteres ist ein echter Vertrag. § 1297 schneidet zwar eine dem Wollen der Parteien entsprechende Wirkung ab; die Wirkungen der §§ 1298 ff. hängen jedoch von dem Vorliegen eines fehlerlosen Vertrags ab. Die Normen über Konsens, Geschäftsfähigkeit, ferner die §§ 116 ff. müssen nicht verletzt sein, damit ein gültiges Verlöbnis überhaupt vorliegt.

2. Neubecker, ABürgR. **31** 263. Der Verlobungsvertrag unterliegt den allgemeinen Vorschriften, soweit sie gemäß der Natur des Verlöbnisses anwendbar sind. Der Vertrag kann nichtig und nach §§ 119, 123 wegen Irrtums, Täuschung, Drohung anfechtbar sein. Ein zur Zeit des Vertragsschlusses vorliegender Umstand kann lediglich nach Anfechtungsrecht beachtlich sein. Nicht kann z. B. ein Irrtum den Irrenden zur Anfechtung oder zum Rücktritte je nach Belieben berechtigen. Es mag oft praktisch kein Unterschied sein. Mit Unrecht leugnen jedoch z. B. Staudinger § 1298 Ziff. 1 c, Dittenberger, Verlöbnisrecht 148 f., Dernburg, Familienrecht 27, jeden Unterschied praktisch und theoretisch. Wenn der bei einer Verlobungserklärung Irrende darum an das Verlöbnis nicht gebunden sein will, muß er nach Anfechtungsrecht den Schaden aus seinem Irrtume gemäß § 122 tragen, natürlich innerhalb der Grenzen des § 1298. Würde man dagegen den Irrtum als „Rücktrittsgrund" in der technischen Bedeutung gelten lassen, so wäre ein solcher Schaden nicht zu ersetzen — ein durchaus ungerechtfertigtes Resultat.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. **15** 395 (Colmar). Hat der Beklagte vor seinem geschlechtlichen Verkehre mit der Klägerin ihr die Ehe versprochen, so ist darin, daß sie sich ihm hingegeben hat, eine unzweideutige Annahme dieses Versprechens zu erblicken. Vgl. **RG.** JDR. **4** Ziff. II a.

2. Vgl. oben zu §§ 107, 108.

§ 1298. I. 1. Neustadt, Eherecht. Der Selbstmord stellt weder Rücktritt vom Verlöbnisse noch Verlöbnisbruch dar, der Ersatzansprüche des überlebenden Verlobten begründet. (Gegen **RG. 39** 188.)

2. Abs. 3. Wichtiger Grund. Neubecker, ABürgR. **31** 264. Tuberkulose in schwerer Form, sowohl des einen wie des anderen Teiles, nicht schon jede leichte Affektion, ist ein wichtiger Grund zum Rücktritte vom Verlöbnisse mit der Wirkung, daß keine Schadensersatzpflicht eintritt. Dabei darf aber nicht außer acht gelassen werden, daß nach allgemeiner ärztlicher Erfahrung auch leichte und sonst heilbare Tuberkulose bei Frauen in der Ehe infolge der erhöhten Anforderungen,

die besonders durch wiederholte Schwangerschaften gestellt werden, in den allermeisten Fällen einen schnell fortschreitenden Verlauf zu nehmen pflegt. Danach wird man mit der Annahme, daß es sich nur um „leichte" Affektion handle, sehr vorsichtig sein müssen.

II. Aus der Praxis. 1. Ersatz des Schadens (s. JDR. **4** Ziff. 1 b u. c). a) **RG.** 18. 4. 07, R. **07** 700. Ein Anspruch auf Ersatz des durch die Auflösung des Verlöbnisses entstandenen gesundheitlichen Schadens und der hiermit in Zusammenhang stehenden vermögensrechtlichen Nachteile fällt nicht unter § 1298. Ebenso können Aufwendungen, die lediglich zum Zwecke der Verlobung gemacht sind, nicht um deswillen, weil die Verlobung auf die spätere Eheschließung abzielt, als Aufwendungen in Erwartung der Ehe bezeichnet werden. b) OLG. **14** 243 (Hamburg) über den nach § 1298 zu erstattenden Schaden. — Im übrigen läßt das Gericht dahingestellt, ob § 826 neben der besonderen Vorschrift des § 1298 anwendbar ist.

2. **RG.** JW. **07** 178. Für die Frage wegen Rücktritts von einem Verlöbnisse sind die Grundsätze über Ehescheidung nicht anzuwenden.

3. OLG. **15** 397 (KG.). Ein Minderjähriger bedarf zum Rücktritte nicht der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Vgl. Cramer, JDR. **1** Ziff. 2.

§ 1300. 1. Zuständigkeit für den Anspruch aus § 1300 (s. JDR. **1** Ziff. 4, **4** Ziff. 1 a zu § 1298 und Ziff. 1 zu § 1300, **5** Ziff. I a). a) Schwab, SeuffBl. **07** 631 ff., hält die Ansprüche aus § 1300 für Entschädigungsansprüche wegen Verletzung der durch den Verlöbnisvertrag eingegangenen Verpflichtungen, für welche die allgemeinen Zuständigkeitsregeln gelten. AM. Gaupp-Stein § 1 Abs. 2 Ziff. 2 f. b) Neustadt, Eherecht 548. Als Gerichtsstand für die Ansprüche aus dem Verlöbnis ist weder der der unerlaubten Handlung, noch der des Erfüllungsorts (**RG.** GruchotsBeitr. **41** 135) begründet. — Nach der Höhe des geltend gemachten Anspruchs ist das Amtsgericht oder das Landgericht zuständig; auch aus dem Deflorationsanspruch ist nicht etwa die ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet, denn der Grund des Anspruchs ist nicht der außereheliche Beischlaf, sondern das Verlöbnis.

2. Beweislast (s. JDR. **4** Ziff. 2 a). PuchеltsZ. **07** 710, R. **07** 767 (Colmar). Keinesfalls kann der Braut der Beweis für die reine Negative, für das Nichtbestehen der Bescholtenheit auferlegt werden, wenn der Beklagte sich auf das allgemeine Bestreiten der Unbescholtenheit der Klägerin beschränkt. — Neustadt, Eherecht 549, überläßt es dem Bräutigam, die Bescholtenheit der Braut geltend zu machen.

3. Begriff der Bescholtenheit (s. JDR. **1** Ziff. 2, **2** Ziff. 1, **5** Ziff. II). a) SeuffBl. **08** 60, R. **07** 1261 (Hamburg). Ein Mädchen, das sich in der Zuversicht auf eine demnächst auch wirklich zustande gebrachte Verlobung ihrem Verlobten preisgibt, gilt nicht als bescholten. b) Über den Begriff der Bescholtenheit **RG.** 13. 5. 07 R. **07** 767, JW **07** 480 im wesentlichen wie JDR. **5** Ziff. II 2 a u. b. c) OLG. Cassel, JDR. **5** Ziff. II 2 c, jetzt auch OLG. **14** 214.

4. Ersatz des Schadens (s. JDR. **5** Ziff. IV). a) **RG.** 13. 5. 07, R. **07** 767. Bei Bemessung der der Verlobten zuzubilligenden Entschädigung sind nicht nur die Standes- und Vermögensverhältnisse, sondern alle Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen, so das Alter der beiden Verlobten, die Art und Weise, wie der Verkehr zwischen ihnen sich entwickelte, wie die Verlobung zustande kam, wie das Verlöbnis gelöst wurde und ob bereits vor der Verlobung ein Geschlechtsverkehr stattgefunden hat. b) **RG.** 2. 5. 07, PosMSchr. **07** 69. Es ist nicht zu beanstanden, wenn für die Schätzung des Schadens der Zeitpunkt der Auflösung des Verlöbnisses zugrunde gelegt wird. c) **RG.** JDR. **5** Ziff. IV a, jetzt auch BayRpflZ. **07** 458.

5. Darüber, daß § 193 auf die zweijährige Verjährungsfrist des Anspruchs aus § 1300 nicht anwendbar ist, vgl. o. Ziff. II 3 zu § 193.

§ 1301. 1. Herausgabe von Brautbriefen (s. JDR. **1** Ziff. 3, 5 Ziff. 1). a) *Burckas, Urheberrecht, Eigentumsrecht u. Persönlichkeitsrecht an Briefen 20. Wenn ein Verlöbnis aufgelöst wird, so sind gemäß analoger Anwendung des § 1301 von den Verlobten auch die gewechselten Brautbriefe einander wieder herauszugeben. AM. Staudinger, BGB. (2) zu § 1301 Nr. 3, Kuhlenbeck, Kommentar 69, Reichardt, Recht an Briefen 20. b) Neustadt, Eherecht 540. Die zwischen den Brautleuten gewechselten Briefe sind nur Geschenke im Rechtssinn und sind auch nicht zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben. Trotzdem wird auch bezüglich ihrer ein Herausgabeanspruch im Einzelfall anzuerkennen sein, wenn sich in ihnen ein besonderes Vertrauen kundgibt, dessen Ausdruck der Verlobte für sich als sein eigen in Anspruch nehmen will.

2. Neustadt, Eherecht 540. Die Schenkungen müssen während der Brautzeit gemacht sein; diejenigen, die etwa vor dem Verlöbnis in Erwartung desselben gemacht sind, kommen nicht in Betracht. Ebenso Dittenberger, JDR. **1** Ziff. 2.

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

§ 1304. a) *Haidlen, Familienrecht 13. Maßgebend ist für das Erfordernis der Einwilligung der Zeitpunkt der Eheschließung. Die früher erteilte Einwilligung wird durch einen späteren Wechsel in der Person des gesetzlichen Vertreters nicht unwirksam. Wohl aber kann der spätere Vertreter die von dem früheren erteilte Einwilligung widerrufen. Dem Standesbeamten liegt eine Prüfung hinsichtlich eines Wechsels in der Zuständigkeit nicht ob. b) Neustadt, Eherecht 161. Für die Frage, wer seine Einwilligung zur Ehe zu geben hat, ist die Zeit der Eheschließung maßgebend. Wenn der Vater seine Einwilligung erteilt hat, aber vor dem Abschlusse der Ehe stirbt, muß noch die Einwilligung der Mutter eingeholt werden.

§ 1305. *Haidlen, Familienrecht 17. Ein Wechsel in der Person des Einwilligungsberechtigten (z. B. Tod des Vaters nach Erteilung der Einwilligung und vor der Eheschließung) macht die erteilte Einwilligung nicht unwirksam; doch kann der zur Zeit der Eheschließung Berechtigte widerrufen. Verzicht auf die Einwilligungserteilung ist unzulässig.

§ 1307. Neustadt, Eherecht 159. Der Ausschluß der Vertretung bezieht sich nur auf die Vertretung im Willen, nicht auf die Vertretung in der Erklärung. Es kann der Wille durch einen beliebigen Boten übermittelt werden. Ebenso Bochalli, JDR. **1** Ziff. 2, vgl. jedoch auch Sartorius, ebenda Ziff. 1

§ 1309. 1. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 50 f. Das Verbot ist gegeben, weil durch eine Wiederverheiratung der ersten Ehe Gefahr droht: sie kann dann durch Aufhebung des Scheidungsurteils nicht wieder hergestellt werden.

2. *Haidlen, Familienrecht 20 u. 28. Voraussetzung für die Wiederholung der Eheschließung ist, daß dem Standesbeamten die Zweifel an der Gültigkeit der Ehe glaubhaft gemacht werden. — Auch in den Fällen der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit der Ehe wegen Geschäftsunfähigkeit tritt bei Wiederholung der Eheschließung Rückwirkung ein.

3. Francke, AZivPr. **101** 420 ff. s. u. Ziff. 1 a zu § 1324.

§ 1311. *Haidlen, Familienrecht 19. Unter „Abkömmlingen" sind nur solche Abkömmlinge des Angenommenen zu verstehen, welche nach §§ 1589, 1699, 1705, 1719, 1736, 1757 mit ihm verwandt sind, also auch die legitimierte Tochter des Angenommenen, dagegen nicht die (nicht legitimierten) unehelichen Kinder des angenommenen Mannes und das für ehelich erklärte oder angenommene Kind eines Abkömmlings des Angenommenen.

§ 1312. 1. Neustadt, Eherecht 180 f. Stirbt, nachdem die eheliche Gemeinschaft wegen Ehebruchs des einen Gatten aufgehoben ist, der nichtschuldige Ehegatte, so ist eine Ehe zwischen dem anderen Gatten und dem, mit welchem dieser

die Ehe gebrochen hat, zulässig. Gegen Planck § 1312 Ziff. 1 a. Vgl. auch Francke JDR. 5.

2. *Thiesing 117 gegen Planck, Anm. 1 zu § 1312, Opet, Anm. 2 a zu § 1312, Sartorius, Personenstandsgesetz 259 (vgl. JDR. 1), welche annehmen, daß auch der Bruch einer nichtigen Ehe das Ehehindernis des § 1312 hervorbringt.

3. BayRpflZ. **07** 459 (Nürnberg). Da das Eheverbot des § 1312 lediglich im öffentlichen Interesse erlassen ist, fehlt dem wegen Ehebruchs auf Scheidung klagenden Ehegatten ein eigenes im Prozesse verfolgbares Recht, dem schuldigen Teile die Wiederverheiratung unmöglich zu machen. Vgl. **RG. 55** 246 u. OLG. Stuttgart, JDR. 2.

§ 1313. 1. Neustadt, Eherecht 173. Die Frau ist an die Wartezeit nicht gebunden, wenn sie sich mit dem früheren Gatten wieder verheiraten will. Ebenso Thiesing 156, Dernburg, JDR. 2, gegen Endemann, Planck, Staudinger zu § 1313. Vgl. auch JDR. **1** unten **3** zu § 1313.

2. *Haidlen, Familienrecht 20. Das Hindernis greift auch gegenüber einer Frau, die nach Scheidung oder Nichtigkeitserklärung ihrer Ehe ihren früheren Mann heiraten will, Platz.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

Literatur: Francke, Die uneingetragene Ehe nichtigen Abschlusses, ACivPr. **101** 420—423. — Menge, Zur Lehre von der Nichtehe, ACivPr. **102** 460—467. — Neubecker, Lösung von Familienbeziehungen wegen Tuberkulose, ABürgR. **31** 255—286. — Thiesing, Die Wirkungen nichtiger Ehen. München 1907. — Weyl, Das Wahlrecht der Ehegatten bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe, SeuffBl. **07** 563—575, 611—624. — Zitelmann, Zum Rechte der Eheanfechtung, in „Aus römischem und bürgerlichem Rechte" (Festgabe für Bekker) 143—170.

§ 1323. *Thiesing, Wirkungen nichtiger Ehen 18, 78 ff. Die Ehenichtigkeitsgründe sind unter Ausschluß der allgemeinen Vorschriften der §§ 116 ff in den §§ 1323 ff. erschöpfend geregelt. — Von der nichtigen Ehe ist zu unterscheiden die Nichtehe (über die verschiedenen Terminologien vgl. aaO. 84 f.). Hierher gehören die formwidrige, nicht eingetragene Ehe, ferner die Ehe mit einer Person gleichen Geschlechts oder einer noch nicht siebenjährigen Person (aM. Planck zu § 1303), nicht dagegen eine unter Bedingung oder Befristung eingegangene Ehe (aM. Leonhard, BGB. Allg. Teil 433). Praktische Bedeutung des Unterschieds: Bei Nichtehen fallen fort: 1. die prozessualen Besonderheiten der § 1329 BGB., §§ 606, 631 ff. ZPO. mit der Maßgabe, daß die Ehefeststellungsklage zwischen den Parteien Ehesache ist (aM. Dernburg, Familienrecht 63 Note 6); 2. die Heilungsmöglichkeit; 3. der Schutz des gutgläubigen Dritten (§ 1344 Abs. 2), des allein gutgläubigen Gatten (§ 1345 Abs. 2), der Kinder (§§ 1699 Abs. 2, 1721) — vgl. ferner § 1771 Abs. 2.

§ 1324. 1. a) Francke, AClvPr. **101** 422. Dem BGB. ist die nichteingetragene Ehe nichtigen Abschlusses nicht sog. wilde Ehe, sondern bis auf weiteres wenigstens scheinbar bestehende echte Ehe. Sie ist nicht anders zu beurteilen wie jede andere nichtige Ehe. Deshalb liegt auch kein Grund vor, die Worte „seine frühere Ehe" im § 1309 nicht auf solche Ehe zu beziehen. b) Hiergegen Menge, ACivPr. **102** 460 ff., der annimmt, das BGB. stehe auf dem Standpunkte, daß im Falle einer formwidrig eingegangenen uneingetragenen Ehe rechtlich überhaupt ein Nihil vorliegt. Eine Eheschließung, bei der die im § 1317 vorgeschriebenen Formen nicht beobachtet sind, und die auch nicht ins Heiratsregister eingetragen ist, bringt daher in keiner Weise die Wirkungen einer Ehe hervor, insbesondere kann der Ehegatte einer solchen „Ehe" keinen Ehebruch und keine Bigamie begehen, und kann niemand bei einer solchen Ehe die Nichtigkeitsklage nach §§ 631 ff. ZPO. erheben.

2. a) *H a i d l e n , Familienrecht 26 ff. Voraussetzung für die Heilung der Nichtigkeit nach Abs. 2 ist g ü l t i g e Eintragung in das Heiratsregister. Eine Eintragung, die von einem als Standesbeamten fungierenden Nichtstandesbeamten (§ 1319), von einem Standesbeamten außerhalb seines Bezirks oder in einem unrichtigen Register vollzogen ist, ist keine gültige Eintragung. — Die Beweislast bei Geltendmachung der Nichtigkeit einer nach § 1324 Abs. 1 nichtigen Ehe — sog. Nichtehe oder absolut nichtigen Ehe — trifft denjenigen, der sich auf die Nichtigkeit beruft. b) *T h i e s i n g 83. Die Eintragung muß vom ordnungsmäßig bestellten Standesbeamten auf Grund der wirklichen, wenn auch fehlerhaften Vornahme des Eheschließungsakts erfolgt sein. Die bloße Eintragung ohne tatsächlichen Vorgang, sowie die Eintragung durch den fiktiven Standesbeamten (§ 1319) bringen nicht einmal eine nichtige Ehe hervor.

3. Z i t e l m a n n , Festschrift für Bekker 152. Der ohne Beobachtung der im § 1317 vorgeschriebenen Form geschlossenen und in das Heiratsregister nicht eingetragenen Ehe ist eine formgerechte Eheschließung zwischen zwei Personen desselben Geschlechts gleichzustellen.

4. *T h i e s i n g 123. Die Tatsache des ehelichen Zusammenlebens muß auch respektiert werden, wenn sie sich nicht unmittelbar an die Eheschließung anknüpft oder wenn sie nach längerer Unterbrechung von neuem beginnt. Ein zehnjähriger Zeitraum ununterbrochenen Zusammenlebens bewirkt unter allen Umständen die Heilung des Formmangels bei der Eheschließung. Dagegen ist das Zusammenrechnen zweier durch eine wirkliche Pause getrennter Zeiträume ehelichen Gemeinschaftslebens nicht zulässig.

5. *B e r n h ö f t , Zur Lehre von den Fiktionen. Wenn auch die ursprünglich nichtige Ehe nach erfolgter Heilung als von Anfang an gültig anzusehen ist, so müssen dennoch Ehehindernisse nach der Zeit beurteilt werden, in der die Ehe tatsächlich zustande kommt (vgl. § 1326); ebenso wie im § 1324 verhält es sich in den Fällen der §§ 1325 Abs. 2, 1328.

§§ 1324—1328. Über die Beziehungen dieser Normen zu § 1345 vgl. *W e y l , SeuffBl. **07** 567 unten Ziff. 1 zu § 1345.

§ 1325. 1. a) *T h i e s i n g 125. Die Bestätigung kann nicht nur aus den Gründen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit d e r E h e , sondern auch aus den a l l g e m e i n e n Nichtigkeits- und Anfechtungsgründen beseitigt werden, da die Bestätigung nicht mit der Eheschließung auf eine Stufe gestellt werden kann. — Die Bestätigung kann auch noch nach Erlaß des Nichtigkeitsurteils bis zum Eintritt der Rechtskraft erfolgen. b) *H a i d l e n , Familienrecht 31 f. Die Bestätigung kann unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen. Sie ist noch im Laufe des Nichtigkeitsprozesses spätestens bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, zulässig. Die Bestätigung ist wie jedes andere Rechtsgeschäft wegen Willensmängeln (§§ 116 ff.), insbesondere auch aus §§ 117, 118, anfechtbar. Nach Wiederholung der Eheschließung ist eine Bestätigung nicht mehr möglich, wohl aber nach Auflösung der wiederholten Ehe.

2. N e u s t a d t , Eherecht 178. Die Bestätigung kann auch dann noch vorgenommen werden, wenn einer der Ehegatten inzwischen eine neue Ehe eingegangen ist (gegen S t a u d i n g e r , Anm. 3 e zu § 1325 und die JDR. **1** Angeführten). Eine Bestätigung der früheren Ehe ist nicht nach § 1326 ausgeschlossen. Die Gültigkeit der zweiten Ehe hängt von der Nichtigkeit der ersten ab. Diese ist allerdings zuerst nichtig, aber diese Nichtigkeit kann behoben, die nichtige Ehe in eine gültige verwandelt werden. Geschieht dies durch Bestätigung, so ist die erste Ehe gültig und die zweite deshalb nichtig.

3. Über Abs. 2 vgl. Bernhöft o. Ziff. 5 zu § 1324.

§ 1326. Die Frage, ob eine zweite Ehe, die nach rechtskräftig vollzogener Ehescheidung eingegangen ist, dadurch nichtig wird, daß das Scheidungsurteil im Wege der Restitutionsklage aufgehoben wird, verneint aus den von Hellwig, JDR. **3** zu § 1326 angeführten Gründen auch Neustadt, Eherecht 166 ff. Weiteres hierzu bringt Hellwig jetzt in der Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitätsjubiläum 1907, 25 ff. Wie Hellwig auch Kohler, BuschsZ. **33** 223 Anm. 8 und Pagenstecher, GerS. **71** 290 ff. Vgl. auch Philler, JDR. **5** zu § 1326. — Neustadt aaO. führt noch aus: Sind beiden Gatten der zweiten Ehe Tatsachen bekannt, aus denen das die erste Ehe vernichtende Urteil im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens aufgehoben werden kann, dann ist, wenn dies wirklich geschieht, die neue Ehe nicht gültig, die alte Ehe wird vielmehr restituiert. Dies wird anzunehmen sein, wenn die neue Ehe geschlossen wird, nachdem das Wiederaufnahmeverfahren bereits eingeleitet war. Ist nur einer der Ehegatten der zweiten Ehe bösgläubig, so bleibt die Ehe dessenungeachtet bestehen; der gutgläubige Ehegatte kann möglicherweise die neue Ehe anfechten.

§ 1328. 1. *Thiesing 127. Die nachträgliche Befreiung von dem Ehehindernisse des § 1312 bewirkt Heilung der Nichtigkeit auch noch dann, wenn die Ehe durch den Tod eines Gatten aufgelöst ist. AM. Planck zu § 1325, Staudinger, Anm. 3 zu § 1328, Opet, Anm. 2 zu § 1328.

2. Vgl. Bernhöft o. Ziff. 5 zu § 1324.

§ 1329. 1. *Thiesing 88—92, 129 ff., 141 ff. Die Bestimmung, daß durante matrimonio die Nichtigkeit nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann, ist prozessualer Natur. Die Unmöglichkeit, sie anders als in einem besonderen Verfahren geltend zu machen, ist keineswegs identisch mit einem, wenn auch provisorischen, Bestehen der Ehe bis zu Durchführung dieses Verfahrens. Vielmehr ist die materielle Rechtslage dieselbe, wie nach Beendigung der Ehe, wo die grundsätzliche Wesensgleichheit der nichtigen Ehe mit jedem anderen nichtigen Rechtsgeschäfte klar zutage tritt. Die Ehe ist also von Anfang an nichtig. Und das die Nichtigkeit aussprechende Urteil bringt eine Veränderung der materiell-rechtlichen Sachlage nicht hervor, sondern nur eine prozessuale, in dem es die Beschränkung in Art und Weise der Geltendmachung beseitigt. Somit ist seine Wirkung nur deklaratorisch. (AM. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 65—71 u. 451 ff., der die konstitutive Natur des Urteils behauptet.) — Es besteht auch kein Schwebezustand, wie bei der Anfechtbarkeit, wo erst die Anfechtung, d. h. ein materiell-rechtlicher, rechtsgeschäftlicher Akt, der — mit rückwirkender Kraft ausgestattete — Vernichtungsfaktor ist, ebensowenig aber auch eine interimistische Gültigkeit, wie dies die herrschende Meinung annimmt (vgl. Planck, Staudinger, Schmidt und besonders Dernburg, Familienrecht 66). — Dagegen sprechen auch nicht die Fälle heilbarer Nichtigkeit, bei denen allerdings ein Schwebezustand in umgekehrter Richtung besteht, weil die Ehe hier zunächst nichtig und ihre Gültigkeit in der Schwebe ist, während bei der Anfechtbarkeit die Ehe zunächst gültig und ihre Nichtigkeit in der Schwebe ist (vgl. darüber Buhl, Festgabe für Bekker 159, 172). — Bezüglich der Wirkungen der nichtigen Ehe durante matrimonio s. unten § 1353 Ziff. I 2.

2. Zitelmann, Festschrift für Bekker 153. Das die Nichtigkeitserklärung enthaltende Urteil hat nicht bloß deklaratorische Wirkung, sondern konstitutive, indem es die bestehende Rechtslage rückwärts umändert. Ebenso Hellwig, Anspruch und Klage 464, Rechtskraft 65 ff., Langheineken, Urteilsanspruch 244 ff. AM. Planck (3) IV 49 Anm. 3 und Thiesing o. Ziff. 1. — Kisch, Beiträge zur Urteilslehre 85 ff., 100 f., sieht das Nichtigkeitsurteil als eine Art „auslösenden Urteils" an, das er von dem konstitutiven abtrennt; er gibt zu, daß es keinen rein deklaratorischen Inhalt habe. Für die Nichtigkeit, die erst noch der

Vermittelung eines Urteils bedarf, um volle, unmittelbar geltend zu machende Nichtigkeit zu werden, wählt Zitelmann 153 den Ausdruck „mittelbare Nichtigkeit" (vgl. u. Ziff. 2 zu § 1341).

3. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. § 1329 enthält eine versteckte Fiktion, bei der Fiktionsbasis der formell richtige Abschluß der Ehe bildet; die Fiktion kann durch Klage beseitigt werden; entsprechend verhält es sich im Falle des § 1593 (vgl. u. Ziff. 1 zu § 1593).

4. HansGZ. **07** Beibl. 88, OLG. **14** 215 (Hamburg). Von einer „Auflösung" der nichtigen Ehe kann man auch dann sprechen, wenn der nichtigen Ehe dadurch ein Ende bereitet worden ist, daß die Ehegatten eine gültige Ehe schließen.

§ 1330. *Haidlen, Familienrecht 32 f. Die Anfechtungsgründe sind ausschließliche. Eine mit geheimem Vorbehalte (§ 116), zum Scheine (§ 117) und nicht ernstlich (§ 118) geschlossene Ehe ist weder nichtig noch anfechtbar, auch nicht auf Grund des § 1332.

§ 1331. Über die Beziehungen zu § 1345 vgl. *Weyl, SeuffBl. **07** 567 u. Ziff. 1 zu § 1345.

§ 1332. *Weyl, SeuffBl. **07** 568 f., legt unter Hinweis auf andere Gesetzesbestimmungen, auf die Materialien und die Literatur dar, daß im Falle des § 1332 ein mit § 1346 Satz 2 in Beziehung stehender Irrtumsfall vorliegt.

§ 1333. I. 1. Neustadt, Eherecht 266 f. Unter den „persönlichen Eigenschaften s„ind nicht nur Eigenschaften zu verstehen, die die Person für den anderen Gatten individualisieren, sondern alle diejenigen, die als Eigentümlichkeit ihres Wesens, als integrierender Bestandteil ihrer Individualität erscheinen. Vgl. jedoch Hölder, JDR. **1** Ziff. 1 a u. hierzu JDR. **4** Ziff. 1. Zur Anfechtung berechtigt ein Irrtum über die Lauterkeit des Charakters, mag auch der Anlaß, bei dem die Charakterlosigkeit zum Vorscheine gekommen ist, weit zurückliegen. Auch ansteckende Krankheit ist hierher zu rechnen, Morphiumsucht, Geisteskrankheit, Unfruchtbarkeit (was Endemann § 162 Anm. 22 leugnet). — Andere Merkmale dagegen, wie Titel, Stand, sind keine persönlichen Eigenschaften.

2. Neubecker, ABürgR. **31** 276. Derjenige Ehegatte, der über die Tuberkulose des anderen Gatten im Irrtume war, kann die Ehe anfechten, selbstverständlich unter der Voraussetzung, daß es sich nicht nur um eine leichtere Affektion handelt (vgl. **RG.** JW. **07** 284).

3. Über die Beziehungen von § 1333 zu § 1334 und damit zu §§ 1345 f. vgl. *Weyl, SeuffBl. **07** 570 ff. u. Ziff. 1 zu § 1345.

II. Aus der Praxis. 1. Vorehelicher Geschlechtsverkehr (s. JDR. **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 3 c, **4** Ziff. 2 c). **a) RG.** 2. 5. 07, R. **07** 700. Wird eine Ehe wegen vorehelichen, mit einem Dritten gepflogenen, dem Bräutigam verschwiegenen Geschlechtsverkehrs der Braut angefochten, so darf bei Prüfung der Frage, ob der anfechtende Ehemann die geschlechtliche Unbescholtenheit seiner Braut für so wesentlich gehalten habe, daß er bei Kenntnis der Sachlage die Ehe nicht eingegangen wäre, davon ausgegangen werden, daß im allgemeinen der Anfechtungskläger in jener Frage keinen anderen Standpunkt eingenommen haben würde, als jeder verständig denkende Mann einnehmen wird. Eine Verkennung der Beweislast liegt daher nicht vor, wenn das Gericht sich darauf beschränkt, die gegen seine Annahme von der Beklagten vorgebrachten Gegengründe zu widerlegen. **b) RG.** JW. **07** 3. Ehebruch in einer früheren Ehe berechtigt den zweiten Ehegatten zur Anfechtung der Ehe (ebenso schon das OLG. Hamburg, DJZ. **07** 1092). Vgl. JDR. **5** Ziff. 2 a. **c) RG.** SeuffBl. **07** 1038. Geschlechtliche Bescholtenheit der Ehefrau Anfechtungsgrund. **d)** OLG. Colmar, JDR. **5** Ziff. 2 b, jetzt auch ElsLothJZ. **07** 462 ff.

2. **RG.** R. **07** 1069. Bei Anfechtung einer Ehe wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten oder wegen arglistiger Täuschung kommt es

nicht allein auf die objektive Frage an, ob die Kenntnis der Sachlage bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe ein Mädchen oder einen Mann von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde, sondern auch subjektiv darauf, ob diese Voraussetzung unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände bei dem anfechtenden Ehegatten zutraf.

§ 1334. 1. Neustadt, Eherecht 272. Wie weit grundsätzlich im Verschweigen einer Tatsache eine arglistige Täuschung zu erblicken ist, bleibt von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Die Pflicht der Gatten zur gegenseitigen Aufklärung darf nicht zu eng gefaßt werden. Der Gatte, dem etwas verschwiegen wird, braucht keineswegs ausdrücklich zu erkennen zu geben, daß es ihm bei der Eheschließung auf eine bestimmte Tatsache ankomme. Zu eng faßt die Pflicht Buhl, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nach dem BGB. 62.

2. Neubecker, ABürgR. **31** 276. Ein Verschweigen der Tuberkulose seitens des kranken Ehegatten ist als Täuschung zu charakterisieren. Die Ehe ist nach § 1334 anfechtbar.

3. Über die Beziehungen zu § 1345 und § 1346 Satz 2 vgl. *Weyl, SeuffBl. **07** 569 f. unten Ziff. 1 zu § 1345.

4. Vgl. **RG.** oben Ziff. II 2 zu § 1333.

§ 1339. ElsLothJZ. **07** 462 f. (Colmar) bereits JDR. **5** Ziff. b.

§ 1341. 1. *v. Hugo, Die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts 12. Was die Form betrifft, in welcher die Anfechtung der Ehe zu erfolgen hat, so ist zu unterscheiden, ob die Ehe noch besteht oder ob sie bereits aufgelöst ist. Besteht die Ehe noch, so erfolgt die Anfechtung nach § 1341 Abs. 1 durch Erhebung der Anfechtungsklage. Ist die Ehe bereits aufgelöst, so erfolgt die Anfechtung der allgemeinen Vorschrift des § 143 Abs. 1 entsprechend durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner, es sei denn, daß die Ehe durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten aufgelöst worden ist. In letzterem Falle erfolgt die Anfechtung nach § 1342 Abs. 1 durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte.

2. Zitelmann, Festschrift für Bekker 149. Die Anfechtung wirkt bereits mit der Erhebung der Anfechtungsklage und bewirkt Nichtigkeit ex tunc. Gegen Hellwig, Anspruch und Klagerecht 469 f., Wesen der Rechtskraft 451, 455, Zivilprozeßrecht I 239 Anm. 42 und Langheineken, Urteilsanspruch 249, welche annehmen, daß die Anfechtungswirkung erst mit dem Urteil eintrete. Die Nichtigkeit, die infolge der Anfechtung eintritt, ist, solange noch kein rechtskräftiges Urteil vorliegt, nicht volle, unmittelbare Nichtigkeit, sondern eine Nichtigkeit mittelbarer Art. Erst durch das Urteil selbst wird sie zur vollen Nichtigkeit, so daß das auf die Anfechtungsklage hin ergehende Urteil genau die gleiche konstitutive Wirkung hat, wie das auf die Nichtigkeitsklage hin ergehende (155). — Die Eheanfechtung behält ihre Wirksamkeit auch, wenn die Anfechtungsklage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen wird (161). Mithin tritt genau dieselbe Rechtslage ein, wie bei jeder von vornherein mittelbar nichtigen Ehe: Jeder der beiden Ehegatten (wie auch ein Dritter und der Staatsanwalt) kann jetzt die Nichtigkeitsklage anstellen, und zwar ohne zeitliche Beschränkung (163).

§ 1342. Vgl. v. Hugo oben zu § 1341 Ziff. 1 u. unten zu § 1945 Ziff. 4.

§ 1343. 1. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Aus der Fiktion des Abs. 1 folgt nicht, daß bei Anfechtung einer neuen Ehe im Falle der Todeserklärung die erste Ehe ohne weiteres wiederhergestellt wird, da selbst der Abschluß einer nichtigen Ehe „Eheschließung" im Sinne des Gesetzes ist — vgl. BGB. §§ 1324 ff. — und diese Annahme zu der unmöglichen Konsequenz führen würde, daß jemand in doppelter Ehe leben kann. Vgl. Dernburg, Festschrift zum 26. DJT., contra Friedberg, Lehrb. d. kath. u. ev. Kirchenrechts 143 Anm. 23.

2. Gegen die herrschende Meinung, welche einstweilige Gültigkeit der angefoch-

tenen Ehe während des Zeitraums von der erfolgten Anfechtung bis zur Beendigung der Ehe annimmt, Thiesing 130.

3. **RG. 67** 56, JW. **07** 835 ff. Ist eine anfechtbare Ehe durch Anfechtung aufgelöst, so hat die Ehefrau wieder den ihr nach § 1616 BGB. zukommenden Familiennamen zu führen.

§ 1344. 1. *Thiesing 160 ff., 175. Die Bestimmung des § 1344 charakterisiert sich als ein Schutzrecht, dessen sich der Dritte bedienen kann; er braucht es aber nicht, so daß die Gatten keinen Anspruch darauf haben, die Ehe insoweit als gültig behandeln zu lassen (anders bei der Putativehe der früheren Rechte!). — Der Dritte kann aber nur die Aufrechterhaltung der unmittelbaren Geschäftswirkungen verlangen, nicht etwa auf Vermögensbestandteile der Gatten seinen Zugriff nehmen, die ihm bei Gültigkeit der Ehe als Vollstreckungsobjekt gedient hätten. Bei der gütergemeinschaftlichen Ehe ist die Haftung des Gesamtguts eine unmittelbare Geschäftswirkung, weil sie die Mithaftung des Gatten, in dessen Person die Schuld nicht entstanden ist, mit seinem in das Gesamtgut geflossenen Vermögen bedeutet. Auf diese Geschäftswirkung soll sich aber der Drittkontrahent verlassen können (aM. zum Teil Planck; vgl. auch Haidlen, Familienrecht 40). — Der Ausschluß von Einwendungen aus der Ehenichtigkeit gegen rechtskräftige Urteile ist nur von Bedeutung gegenüber dem nicht als Partei aufgetretenen Gatten, da für das Verhältnis der Prozeßparteien selbst § 1344 keine Rolle spielt, sondern schon nach allgemeinem Grundsatze das rechtskräftige Urteil jus facit inter partes. Nach § 1344 muß also auf Verlangen des Dritten auch der nicht prozessierende Gatte die Wirkungen des Urteils gegen sich gelten lassen, die es für ihn bei Gültigkeit der Ehe gehabt hätte. — Hieraus ergibt sich, daß Opets Bedenken (4 b zu § 1344), wie dem bösgläubigen Dritten mit Rücksicht auf § 767 Abs. 2 ZPO. aus der Nichtigkeit der Ehe Einwendungen entgegengehalten werden könnten, von falscher Voraussetzung ausgeht, da es sich hier lediglich um die Ausschließung der Rechtskrafterstreckung auf den nicht Partei bildenden Gatten handelt, somit § 767 ZPO., der Einwendungen der in dem Vollstreckungstitel als Schuldner bezeichneten Partei im Auge hat, ganz aus dem Spiele bleibt.

2. *Thiesing 170. Auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Nichtigkeit schadet dem Dritten ebensowenig, wie die Kenntnis der die Nichtigkeit begründenden Tatsachen, vielmehr muß er ihre rechtliche Qualifikation als Nichtigkeitsgründe kennen. — Übrigens ist der die Anfechtbarkeit kennende Dritte durch § 1344 nicht genügend geschützt, besonders in Ansehung solcher Rechtsgeschäfte, welche die Befriedigung bestehender Ansprüche bezwecken. Da er nicht, wie bei bestehender nichtiger Ehe, selbst die Nichtigkeitsklage erheben kann, muß er bei bloßer Anfechtbarkeit leisten, ohne sich später wegen der §§ 1343 Abs. 1, 142 Abs. 2 auf § 1344 berufen zu können. Unter Umständen kann ihm Hinterlegung helfen, nicht aber, wie Planck annimmt, Streitverkündung. Wenn Hellwig (Wesen der Rechtskraft 453) dem Dritten eine dilatorische Einrede geben will, kraft deren er die Leistung verweigern könne, falls sie ihn nach Aufhebung der Ehe nicht liberiert, so ist dies wegen der §§ 1343 Abs. 2, 1329 nicht zulässig.

§§ 1345—1352. *Weyl, SeuffBl. **07** 563. Das Wahlrecht der Ehegatten bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe bedeutet eine zwar originelle, aber wegen der Spekulationsbefugnis des anfechtungsbeklagten Teiles im Falle des § 1346 Satz 2 und aus mehreren anderen Gründen legislatorisch recht bedenkliche (623 f.) Neuerung des BGB. Dabei ist ferner die wegen der einzelnen genaueren Unterschiede in den Voraussetzungen und Wirkungen (Überspringen des Wahlrechts auf die Gegenpartei, Beweisthemata) sehr wichtige Frage nach der Tragweite der §§ 1345 ff. (nach dem Anwendungskreise jeder einzelnen Norm) sehr schwierig und strittig (566 ff.,

s. unten insbes. Ziff. 1 zu § 1345, Ziff. 2 u. 3 zu § 1346 und zu §§ 1348 ff.). Doch werden (619 ff.) diese Vorschriften nur höchst selten praktische Bedeutung erlangen können, da das Gesetz nicht bloß Kenntnis vom Nichtigkeits- oder Anfechtungs grunde, sondern sogar von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit selber erheischt und da diese Kenntnis nur in den seltensten Fällen denkbar ist. — Daß der Rechtscharakter des Wahlrechts der einer facultas alternativa (Alternativermächtigung auf der Gläubigerseite) ist, ist nicht zu bezweifeln (564 f., vgl. unten Ziff. 1 zu § 1351), trotzdem aber können die Ausdrücke „Wahl", „Wahlrecht", „Wahlberechtigter" wohl beibehalten werden, ebenso wie man (565 f.) entgegen dem technischen Sprachgebrauche des BGB. (§ 932 Abs. 2) die beteiligten Ehegatten als „gutgläubig" bzw. „bösgläubig" bezeichnen dürfe. Die genauere Untersuchung der §§ 1345—1352 ergibt, daß das Wahlrecht bald dem Anfechtungs kläger, bald dem Anfechtungsbeklagten, bald keiner der Parteien zusteht (eine Tabelle der Einzelfälle 615 f.). — Wenn, was bei bestimmten Tatbeständen sehr wohl der Fall sein kann, das Wahlrecht an sich beiden Teilen zukäme, so ist eine Art gegenseitiger Kompensation beider Wahlrechte anzunehmen (618).

§ 1345. 1. *Weyl 566 ff. § 1345 beherrscht sämtliche Nichtigkeitsfälle (§§ 1324—1328) und von den Anfechtungsfällen den § 1331, dagegen nicht die §§ 1333 und 1335; ebenso beherrscht er nicht (568 f.) den § 1332, wohl aber den § 1334, letzteren selbst im Falle der von einem Dritten (Heiratsvermittler, Eltern) ausgehenden arglistigen Täuschung, es sei denn (570), daß auch der Ehegatte des Getäuschten gutgläubig war und dann keinem der Ehegatten das Wahlrecht zusteht (oder doch höchstens bei einem gleichzeitig unter § 1333 fallenden Tatbestande nach § 1346 Satz 2 dem anfechtungsbeklagten Gatten, was aber (571) zu unlauteren Machinationen führen kann). Ferner beherrscht § 1345 die aus §§ 1348 ff. sich ergebenden Anfechtungs- und Nichtigkeitsfälle, soweit nicht (613 ff.) die Spezialvorschrift des § 1351 entgegensteht (vgl. u. Ziff. 1 zu § 1351).

2. *Thiesing 177, 187 f., 192 f., 196 f. Im Gegensatze zur Putativehe des gemeinen Rechtes kennt das BGB. nur eine Aufrechterhaltung gewisser (vermögensrechtlicher) Ehewirkungen auf Verlangen des einen Gatten, wenn ihm die Nichtigkeit bei Eheschluß unbekannt, dem anderen aber bekannt war. Es bleibt bei den Folgen der Nichtigkeit, wenn er nicht (durch formlose, unwiderrufliche, empfangsbedürftige, übrigens u. a. auch stillschweigende Erklärung) das beneficium geltend macht. Er kann aber nur entweder es bei den Nichtigkeitsfolgen belassen oder Beurteilung des gesamten vermögensrechtlichen Verhältnisses nach Scheidungsrecht verlangen (aM. Mitteis aaO. 13, der ihm das Herausgreifen einzelner Befugnisse zugesteht). Das Recht aus § 1345 ist vererblich und unverjährbar (aM. Opet, Anm. 6c zu § 1345 und Staudinger, Anm. 8 zu § 1345). — Bei Auflösung der Ehe durch Scheidung richtet sich das Verhältnis, wenn der allein schuldige Teil bezüglich der Nichtigkeit der allein gutgläubige war, nur nach § 1345, so daß er entgegen dem Scheidungsurteile die Ansprüche des unschuldigen Gatten hat (aM. Mitteis aaO., der im einzelnen Falle § 1345 ausschließen will, wenn der Gatte dadurch günstiger gestellt würde, als bei Gültigkeit der Ehe). — Vor Beendigung der Ehe zwischen den Gatten getroffene Vereinbarungen über die Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse für die Zeit nach der Nichtigkeitserklärung sind nur dann zulässig, wenn sie nicht gegen zwingendes Recht, wie Weiterführung des ehemännlichen Namens, oder gegen die guten Sitten verstoßen.

3. *Haidlen, Familienrecht 37. Der Gatte, welcher das Verlangen nach § 1345 Abs. 1 stellt, hat nicht seinen guten Glauben, sondern nur den bösen Glauben des anderen Gatten zu beweisen; Sache des anderen Gatten ist es, die Bösgläubigkeit des Verlangenden zu beweisen.

§ 1346. 1. *Thiesing 181 f. Bei einer wegen Drohung angefochtenen und für nichtig erklärten Ehe kommt dem Anfechtungsberechtigten das beneficium des § 1345 keineswegs stets zu, sondern nur, wenn dem anderen Gatten die Anfechtbarkeit bei Eingehung der Ehe bekannt war. — Der Bedrohte muß, wenn die Drohung von einem Dritten ausging, dem anderen Ehegatten Kenntnis der Drohung und ihrer rechtlichen Bedeutung für den Bestand der Ehe zur Zeit der Eheschließung, und wenn dieser Gatte selbst der Drohende war, die letztere Kenntnis, d. i. eben die der Anfechtbarkeit nachweisen. (Vgl. o. Ziff. 3 zu § 1335.) Dagegen ist der Gegenbeweis, daß der Bedrohte selbst die Anfechtbarkeit gekannt habe, in Abweichung von § 1345 ausgeschlossen, wie auch der Nichtanfechtungsberechtigte bei Unkenntnis der Drohung und der Anfechtbarkeit sich doch nicht auf § 1345 stützen kann. AM. Opet, Familienrecht Anm. 2 zu § 1346.

2. *Weyl, SeuffBl. **07** 572 ff. Da § 1346 Satz 1 nur eine Äußerung über die Rollenverteilung in diesem zumeist beiderseitige mala fides voraussetzenden Falle bieten wollte, ist im übrigen der Fall nach § 1345 Abs. 1 zu beurteilen. Daher ist das Wahlrecht davon abhängig, ob sich die Kenntnis des Bedrohten außer auf die Zwangslage auch auf die Anfechtbarkeit der Ehe erstreckte. Und wenn die Drohung von einem Dritten ausgeht (573 f.), kommt das Wahlrecht des bedrohten Anfechtungsklägers in Fortfall, wenn der andere Gatte nichts von der Anfechtbarkeit der Ehe gewußt hat oder überhaupt nichts von der Drohung merkte; in letzterem Falle springt das Wahlrecht auf ihn, den völlig harmlosen Anfechtungsbeklagten, über (§ 1345); und ebenso, wenn er nur die Zwangslage und nicht auch deren Wirkung (die Anfechtbarkeit der Ehe) kannte, dem Anfechtungskläger dagegen die Anfechtbarkeit der Ehe bekannt war. — Über Drohungsfälle, in denen keiner Partei das Wahlrecht zusteht, Weyl 575.

3. *Weyl, SeuffBl. **07** 611 f., 621. Da auch § 1346 Satz 2 lediglich eine Ausnahme von der regulären Voraussetzung des § 1345, der ungleichen Rollenverteilung wegen der fides, geben will, wird bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Anfechtungsbeklagten vom Irrtume des Anfechtungsklägers wiederum § 1345 anwendbar; folglich springt bei Kenntnis des Anfechtungsbeklagten das Wahlrecht wieder auf den Anfechtungskläger zurück, bei bloßem Kennenmüssen dagegen kommt es für beide Parteien in Fortfall: ein auch innerlich befriedigendes Resultat. — Auffallend und nicht erklärbar ist die Inkonsequenz des Gesetzgebers, der hier den Anfechtungsgrund, im § 1345 (in Verbindung mit § 142 Abs. 2) die Anfechtbarkeit selber als das bezeichnet, worauf sich die fides zu erstrecken hat.

Vierter Titel. Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

§§ 1348 ff. *Weyl, SeuffBl. **07** 612 ff. Die Anwendbarkeit des § 1345 wegen der Nichtigkeit (§ 1348 Abs. 1) oder Anfechtbarkeit (§ 1350 Abs. 1) der neuen Ehe setzt Kumulation der Kenntnis des Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsgrundes und der Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit selber voraus (613).

§ 1348. 1. *Thiesing 115 vertritt mit Planck, Staudinger, Opet, Erler den Standpunkt, daß, abgesehen von dem Falle der Kenntnis beider Gatten der neuen Ehe von der Unrichtigkeit der Todeserklärung nur eine gültige Ehe die Auflösung der ersten Ehe nach sich ziehen könne. Ebenso Haidlen, Familienrecht 56; aM. Dernburg, JDR. **1** Ziff. 1 b. Vgl. auch Dochnahl, JDR. **4** Ziff. 2 und Neustadt, Eherecht 315.

2. Neustadt, Eherecht 315 f. Hat der für tot Erklärte, dessen Gatte eine neue Ehe eingegangen ist, auch seinerseits eine neue Ehe geschlossen, so bleibt die Auflösung seiner ersten und damit die Gültigkeit seiner zweiten Ehe auch dann bestehen, wenn die zweite Ehe seines früheren Gatten für nichtig erklärt wird.

3. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 46 f. Die Vorschrift enthält eine Einschränkung der Rückwirkung der Aufhebung von Staatsakten, auf Grund deren eine neue Rechtslage entstanden ist; sie beruht nicht auf spezifisch eherechtlichen Grundsätzen (s. zu § 322 ZPO.).

4. *Haidlen, Familienrecht 56. Solange die Vermutung des § 18 nicht widerlegt ist, gilt auch im Falle der Wiederverheiratung als Tag der Auflösung der früheren Ehe der im Ausschlußurteile festgesetzte Todestag; bei Widerlegung der Vermutung ist der Tag der Wiederverheiratung der Tag der Auflösung der früheren Ehe.

§ 1350. 1. *Weyl, SeuffBl. **07** 614. Der neue Gatte, der zufolge § 1350 anficht, kann sehr wohl die facultas alternativa des § 1345 geltend machen und als Anfechtungskläger auch der doppelt Verheiratete (was irrig die Denkschrift und die Literatur verneinen).

2. *Haidlen, Familienrecht 57. Die erfolgreiche Anfechtung beseitigt die neue Ehe mit rückwirkender Kraft; die frühere, durch die Wiederverheiratung endgültig aufgelöste Ehe lebt nicht wieder auf.

§ 1351. 1. *Weyl, SeuffBl. **07** 613 ff. Die im § 1351 gegebene Ausnahmevorschrift unterscheidet sich von den §§ 1345 f. darin, daß sie sich außer auf den Unterhalt nicht auch auf die sonstigen „vermögensrechtlichen Beziehungen" erstreckt und daß sie statt einer facultas alternativa eine bloße gesetzliche Fiktion der Schuldigerklärung des Gegners eingreifen läßt. Für § 1345 ist daneben zugunsten des zweiten Gatten als Anfechtungsbeklagten kein Raum mehr (614), weil die dort verlangte Ungleichheit der Rollenverteilung hier notwendigerweise (§§ 1350 Abs. 1, 1351) fehlt.

2. *Haidlen, Familienrecht 57. Bei erfolgreicher Anfechtung der neuen Ehe durch den Gatten der früheren Ehe kann der andere Gatte, wenn er gutgläubig ist, von dem bösgläubigen die Ordnung der Vermögensverhältnisse nach § 1345 verlangen; es tritt nicht etwa Gütertrennung ein.

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

Literatur: Hörle, Über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353—1361 BGB., ABürgR. **31** 113—174. — Thiesing, Die Wirkungen nichtiger Ehen. München 1907.

§ 1353. I. 1. Neubecker, ABürgR. **31** 276 f. Es kann sich ein Verlangen nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, z. B. nach Zusammenleben oder Leistung der ehelichen Pflicht, trotz eigener Tuberkulose des Verlangenden, wegen der sehr erheblichen Ansteckungsgefahr für den anderen Teil als Mißbrauch darstellen. Sonach kann die eheliche Lebensgemeinschaft dem kranken Teile von dem gesunden versagt werden. Aber auch der kranke Teil, der gesund werden und etwa ein Sanatorium aufsuchen will, kann entgegen dem Willen des gesunden Gatten der ehelichen Lebensgemeinschaft sich fernhalten. Solches Fernhalten ist keine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten und kann darum nicht etwa als Grund einer Scheidung dienen.

2. *Thiesing 92—94. Die Gatten einer nichtigen Ehe sind einander nicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet (anders die herrschende Meinung). Das Mittel, auch während bestehender Ehe dies geltend zu machen, ist die Mißbrauchseinrede. Denn das Pochen auf die ehelichen Gemeinschaftsrechte, die tatsächlich nicht bestehen und nur wegen § 1329 vor einem sicher eintretenden Zeitpunkte nicht als nicht vorhanden behandelt werden dürfen, in dieser Zwischenzeit ist ein Rechtsmißbrauch. Das kann auch trotz § 1329 berücksichtigt werden, da eine solche Berufung auf die Nichtigkeit der Ehe ja nur zum Nachweise dienen soll, daß die Ausübung der ehelichen Rechte mit den sittlichen Anschauungen in Widerspruch steht,

also mißbräuchlich ist, während ihr B e s t a n d — was allerdings unzulässig wäre — gar nicht geleugnet wird.

3. *H a i d l e n, Familienrecht 42 f. Die Vorschrift des § 1353 Abs. 1 ist zwingender Natur; ein Verzicht auf die Erfüllung einer durch die eheliche Lebensgemeinschaft begründeten Rechtspflicht ist daher regelmäßig nicht bindend; nur soweit der Verzicht die Grundlagen der Ehe nicht berührt, wie z. B. der Verzicht auf Zusammenwohnen, jedoch unter Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft, ist er gültig (vgl. o. § 138 Ziff. I 3 a und u. Ziff. II 1). — Das Vorliegen des Scheidungsgrundes des § 1569 (Geisteskrankheit) gibt dem anderen Gatten nicht das Recht, die verlangte Herstellung der ehelichen Gemeinschaft abzulehnen.

II. A u s d e r P r a x i s. 1. **RG.** 3. 5. 07, R. **07** 1070. Eine Vereinbarung, wonach eine Ehefrau berechtigt sein soll, nach ihrem Belieben die eheliche Lebensgemeinschaft aufzugeben, ohne Rücksicht darauf, ob ihr ein gesetzliches Recht auf diese Aufhebung zur Seite steht, ist nichtig. Vgl. IDR. **1** Ziff. 5, **4** Ziff. II 1 d und o. Ziff. I 3.

2. a) **RG.** 8. 2. 07, SächsRpflA. **07** 373. Wenn der auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft klagende Ehemann der Beklagten zur Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinschaft überhaupt keinen berechtigten Anlaß gegeben hat, so liegt ihm nicht ob, vor der von ihm ernstlich verlangten Rückkehr noch besondere Beweise seines Entgegenkommens zu liefern. Vgl. auch **RG.** IDR. **2** Ziff. 1 und D a v i d s o n, IDR. **1** Ziff. 2 a. **b)** **RG.** R. **07** 184, IW. **07** 107. Die Fragen nach der Ernstlichkeit des Rückkehrverlangens und nach dem Vorliegen eines Rechtsmißbrauchs des Ehemanns sind von Amts wegen zu prüfen. Vgl. IDR. **1** Ziff. 3, **5** Ziff. 2 e.

3. HessRspr. 8 131 (Darmstadt). Ist das Zusammenwohnen mit den Angehörigen des anderen Ehegatten und die gemeinschaftliche Führung eines Haushalts mi diesen nicht mit solchen Folgen verbunden, welche dem sittlichen Wesen der Ehe widerstreben, so kann der Mangel einer selbständigen Wohnung und eines eigenen Haushalts einen Ehegatten nicht berechtigen, den anderen zu verlassen und die Rückkehr zu ihm zu verweigern. Hierzu würde es vielmehr des Vorhandenseins triftiger Gründe bedürfen, welche den äußeren Bestand der Ehe und deren sittliches Wesen gefährden. Liegt diese Voraussetzung vor, so kann das Fernhalten eines Ehegatten von dem anderen auch dann nicht für ein widerrechtliches angesehen werden, wenn ersterer sich vertragsmäßig oder freiwillig mit dem seitherigen Zusammenwohnen und der Führung eines gemeinschaftlichen Haushalts einverstanden erklärt hatte. Es kann auch nicht bezweifelt werden, daß fortdauernde, durch dieses Zusammenleben bedingte Mißhelligkeiten zwischen einem Ehegatten und den Familienangehörigen des anderen für jenen einen triftigen Grund abgeben können, sich von diesem zu entfernen.

4. **RG.** 14. 6. 07, ZVersWes. **07** 409. Auch wenn der Mann mit seiner Frau in getrennten Gütern lebt, ist er auf Grund der bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaft berechtigt, nicht nur das ihm gehörige Mobiliar, sondern auch das seiner Frau gehörige Haus gegen Brandschaden derart zu versichern, daß der Versicherungsanspruch in seiner Person zur Entstehung gelangt.

5. A n s t e c k e n d e K r a n k h e i t d e s e i n e n T e i l e s; (IDR. **3** Ziff. 3, **4** Ziff. II 2 d.) **a)** **RG.** IW. **07** 48. Es enthält einen groben Mißbrauch des ehemännlichen Rechtes im Sinne des § 1353 Abs. 2, wenn der durch sein Verschulden geschlechtskrank gewordene Mann der Frau die Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft, wohl gar die fernere Geschlechtsgemeinschaft zumuten will. **b)** **RG.** 4. 2. 07, IW. **07** 178, R. **07** 311. Es kann einer Frau nicht zugemutet werden, eheliche Gemeinschaft mit einem Manne zu halten, der mit einer gefährlichen ansteckenden Krankheit behaftet ist.

6. *RG. 11. 7. 07, SächsRpflA. 07 468. Pflichtwidrigkeiten, die dem Manne gegenüber den Kindern zur Last fallen, geben der Frau unmittelbar überhaupt kein Recht, die eheliche Gemeinschaft aufzugeben (vgl. OLG. Celle, JDR. 4 Ziff. 2 a zu § 1354). — Unzulänglichkeit des gewährten Wirtschaftsgeldes kann, wenn die Frau dadurch nicht gezwungen wird, ihr Brot am anderen Orte zu erwerben, nur unter besonders erschwerenden Umständen die willkürliche Trennung rechtfertigen.

7. RG. BayRpflZ. 07 84. Das Verlangen eines Ehegatten, daß sich der andere zur Wiederherstellung der Gesundheit in eine Heilanstalt begebe, kann mißbräuchlich sein, wenn keine Gewähr für eine dem Wesen der Ehe entsprechende Behandlung des erkrankten Gatten nach der Rückkehr gegeben ist. Vgl. JDR. 4 Ziff. 1 zu § 1354.

8. R. 07 451 (Stuttgart). Haben sich Ehegatten nach zeitweiliger Trennung wieder vereinigt und hierauf nochmals getrennt, so kann der auf Herstellung belangte Teil zur Begründung des Vorwurfes eines Rechtsmißbrauchs gegenüber der anderen Partei auch solche Umstände geltend machen, die in der Zeit vor der Wiedervereinigung sich ereignet haben.

9. RG. 26. 9. 07, R. 07 1406. Die von ihrem Ehemanne getrennt lebende Ehefrau darf sich dem Verlangen ihres Ehemanns auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht mit der Begründung, der Ehemann besitze nicht die genügenden Mittel zur Bestreitung des ehelichen Unterhalts, widersetzen, wenn Verwandte des Ehemanns bereit und in der Lage sind, diesem die hierzu erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen. Hierbei kommt es darauf, ob eine rechtliche Verpflichtung der Verwandten zur Leistung der zugesagten Zuwendungen besteht, nicht an, es genügt, wenn das nach diesen Zuwendungen anzunehmende Einkommen des Ehemanns in tatsächlicher Beziehung hinreichend gesichert erscheint. In jenem Verlangen des Ehemanns ist ein Mißbrauch seines Rechtes auch dann nicht zu finden, wenn die Ehefrau sich bereits anderwärts eine gesicherte Lebensstellung verschafft hat. Denn dem Interesse der Ehefrau an der Erhaltung dieser Stellung muß die im Wesen der Ehe begründete Verpflichtung vorgehen, das Los des Mannes auch unter ungünstigen wirtschaftlichen Verhältnissen zu teilen.

10. OLG. 15 397 (Colmar) im wesentlichen wie RG. JW. 03 Beil. 44, JDR. 2 Ziff. 2.

§ 1354. I. 1. Persönliche Angelegenheiten der Frau (JDR. 3 Ziff. 2). a) Hörle 121. Das Entscheidungsrecht des Mannes erstreckt sich nicht auf rein persönliche Angelegenheiten der Frau, insbesondere ihre künstlerische und schriftstellerische Beschäftigung, Mildtätigkeit, Pflege verwandtschaftlicher oder freundschaftlicher Beziehungen, Briefwechsel, Lesestoff, Kirchenbesuch, Kleidung, Gesundheitspflege und die gewöhnliche Dauer des Schlafes. In diesen Gebieten löst sich die Gerechtsame des Mannes der Frau gegenüber in bloßen Wünschen aus. — Ein Eingriff in rein persönliche Angelegenheiten der Frau ist nur dann zulässig, wenn die Angelegenheit einen dem Wesen der Ehe widerstreitenden Einfluß auf das gemeinsame Leben der Ehegatten ausübt. b) *Haidlen, Familienrecht 45. Zu den gemeinschaftlichen Angelegenheiten gehört auch die Bestimmung des ehelichen Aufwandes. Persönliche Angelegenheiten der Frau (z. B. Anzug, Umgang usw.) gehören nicht zu den gemeinschaftlichen Angelegenheiten und unterstehen trotz ihrer möglichen vermögensrechtlichen Wirkung auf das eheliche Leben nicht der Entscheidung des Mannes.

2. Bestimmung des Wohnorts (s. JDR. 1 Ziff. 2 a). Hörle aaO 123. Ob die Frau dem Manne ins Ausland oder in überseeische Länder folgen muß, richtet sich nach der Lage des einzelnen Falles. Die Folgepflicht wird sich hier im Verhältnisse der Entwickelung des Verkehrs mit dem Ausland und der Ausdehnung der Ansiedelung in überseeischen Ländern erweitern und nicht abzuweisen sein, wenn der Mann zur Begründung seiner wirtschaftlichen Existenz sich im Ausland oder

in einer deutschen Kolonie niederläßt oder im Staats- oder Privatdienste dorthin versetzt wird, die klimatischen Verhältnisse für die Frau und die Kinder erträglich sind und die örtlichen Kulturverhältnisse eine dem Wesen der Ehe entsprechende Lebensgemeinschaft zulassen.

3. Neustadt, Eherecht 203 (s. JDR. 2, 4 Ziff. 1 u. oben Ziff. II 7 zu § 1353). Dem Manne ist nicht das Recht zuzusprechen, von seiner von ihm getrennt lebenden Frau zu verlangen, daß sie sich in eine Heilanstalt zur Herstellung ihrer Gesundheit begebe. Die Art der Heilung der Ehefrau ist keine gemeinschaftliche Angelegenheit der Ehegatten, mag sie auch tatsächlich in das Eheleben als solches eingreifen. Die Gesundheit der Ehefrau als solche ist eine Angelegenheit, die beide Ehegatten angeht; wie aber die Frau Heilung von ihrem Leiden sucht, ob sie namentlich die ihr vom Manne vorgeschriebene und vom Sachverständigen zu ihrer Heilung als erforderlich betrachtete Heilanstalt aufsucht, ist ihre private Angelegenheit. AM. **RG. 51** 185, **59** 256.

4. *Thiesing 95 f., 147. Hier gilt bei nichtiger Ehe im allgemeinen dasselbe, wie oben Ziff. I 2 zu § 1353 ausgeführt. Nur kann sich die Frau zwar unter Berufung auf die Nichtigkeit der Folgepflicht bezüglich des vom Manne gewählten Wohnorts entschlagen, dagegen kann durante matrimonio der durch tatsächliches Nichtfolgeleisten von ihr begründete selbständige Wohnsitz wegen § 1329 nicht als solcher berücksichtigt werden, es sei denn, daß der Wohnsitz im Auslande liegt (§ 10). Erst nach Beendigung der Ehe zeigt sich die wahre Sachlage, daß die Frau niemals den Wohnsitz des Mannes geteilt hat (aM. Dernburg, Familienrecht 66 u. Festschrift 26, DJT. 14 ff.).

5. Hörle 122. Der eheliche Aufwand bemißt sich unter Berücksichtigung der eingefestigten und gesunden Anschauungen des Volkes an dem jeweiligen Wohnorte der Ehegatten nach deren Alters-, Standes-, Vermögens- und Erwerbsverhältnissen, sowie der Anzahl der Familienglieder. Als Mißbrauch des Entscheidungsrechts ist es anzusehen, wenn der Mann fortwährend den ehelichen Aufwand in einer diesem Maßstabe nicht entsprechenden zu dürftigen oder ihn erheblich übersteigenden Art gestattet und dadurch das eheliche Leben unmöglich macht oder für die Dauer wesentlich beeinträchtigt. — Planck (3) § 1389 Anm. 1 läßt jedoch die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nur für den Fall der zu dürftigen Gestaltung des ehelichen Aufwandes zu.

II. Aus der Praxis: 1. OLG. **15** 398 (Naumburg). Eine lungenkranke Frau ist berechtigt, die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu verweigern, wenn der Aufenthalt am Wohnort ihres Mannes für ihren Zustand gefährlich ist. Ob und welche Heilanstalt sie aufsuchen will, hängt von ihr ab, da die Entscheidung darüber nicht zu den gemeinschaftlichen Angelegenheiten der Ehegatten gehört (vgl. oben Ziff. I 3).

2. a) **RG.** R. **07** 767. Der Ehemann kann Wohnort und Wohnung der Ehefrau nur bestimmen, sofern unter den Ehegatten noch die ungeteilte, völlige Lebensgemeinschaft besteht. **b)** BadRpr. **07** 222 (Karlsruhe). Die Frage, ob die Frau ihrem Manne in überseeische Länder zu folgen hat, ist lediglich nach Lage des konkreten Falles zu entscheiden. Vgl. Dernburg, Familienrecht § 32 und o. Ziff. I 2.

§ 1355. 1. *Thiesing 96 f., 148. Die Entscheidung über die Berechtigung und Verpflichtung der Frau, den Namen des Mannes zu führen, ist keine interne Angelegenheit der Gatten, die auf Grund der Mißbrauchseinrede zu beurteilen ist, daher ist während bestehender Ehe keiner der Eheleute befugt, die Bestimmung des § 1355 unter Berufung auf die tatsächlich vorhandene Nichtigkeit der Ehe zu ignorieren. Es muß bei Führung des Namens des Ehemanns während der Ehe sein Bewenden haben (s. auch JDR. **4** zu § 1355 Ziff. b).

2. Olbricht, DJZ. **07** 226. Wenn der Ehefrau auch nicht ein verfolgbares Recht im eigentlichen und engeren Sinne zusteht, den Titel ihres Mannes zu führen,

so ist ihr doch eine solche Befugnis im weiteren Sinne einzuräumen, die in einer jahrhundertelang bestehenden Anschauung und Sitte und in einer in den weitesten Kreisen herrschenden Übung ihre Wurzeln hat.

3. Hörle 124. Wenn die Frau als Handels- oder Gewerbefrau, Künstlerin, Schriftstellerin oder dgl. an dem Zusatz ihres Mädchen-, Künstler- oder Schriftstellernamens ein berechtigtes Interesse hat oder der Zusatz üblich oder von den Ehegatten vereinbart ist, so hat der Mann kein Einspruchsrecht. Vgl. Wulfert, SächsA. **10** 8, JDR. **1**.

§ 1356. 1. Hörle 125. Üblich ist die Tätigkeit nur dann, wenn die persönliche Arbeitskraft der Frau sich nach deren körperlichen oder geistigen Fähigkeiten im Geschäfte des Mannes verwerten läßt und entweder der Mann in Anbetracht seiner jeweiligen Vermögens- und Erwerbsverhältnisse auf die erwerbende Mithilfe der Frau angewiesen oder, wenn dies nicht der Fall ist, die Beihilfe nach den am Orte des Geschäftsbetriebs herrschenden gesunden Volksanschauungen nicht ungewöhnlich ist. Im Streitfalle hat der Mann die Üblichkeit zu beweisen. Ein Anspruch auf Entgelt für die im Hauswesen oder im Geschäfte des Mannes in den Grenzen des Abs. 2 geleistete Arbeit steht der Frau nicht zu. Eine ihr hierfür gewährte Gegenleistung wird als Schenkung anzusehen sein. Vgl. jedoch **RG.** JDR. **5** Ziff. 2 a, jetzt auch **64** 327.

2. **RG.** 8. 10. 06, **64** 323 ff., EisenbE. **23** 281. Ein selbständiger Schadensersatzanspruch einer beim Betriebe einer Straßenbahn verletzten, im Gewerbe ihres Mannes tätig gewesenen Ehefrau besteht nur dann, wenn der Verdienst tatsächlich mindestens zum Teil ihr selbst zugeflossen ist; nicht kommt es darauf an, ob die Ehefrau ihrem Manne gegenüber verpflichtet gewesen ist, ihn bei der Ausübung seines Gewerbes zu unterstützen. Für die Anwendung des Abs. 2 ist es ohne Bedeutung, ob die erfolgreiche Ausübung der im Gewerbe des Mannes geleisteten Arbeiten technische Fertigkeit und ein gewisses Maß von Ausbildung des Geschmacks- und Schönheitssinns erfordert.

§§ 1356, 1357. *Thiesing 98—103. Will bei nichtiger Ehe der Mann oder die Frau die Rechte aus diesen Paragraphen durchsetzen, so hat der andere Teil in der Mißbrauchseinrede (s. o. Ziff. I 2 zu § 1353) das Mittel, um im internen Verhältnisse seinen Widerspruch geltend zu machen. Dritten, die durch die Ausübung der Schlüsselgewalt seitens der Frau berührt werden, kann durante matrimonio das wegen der Nichtigkeit der Ehe fehlende Recht der Frau nicht entgegengehalten werden, wie sie selbst sich auch nicht darauf berufen können. Im Falle der Gutgläubigkeit bietet jedoch nach Beendigung der Ehe § 1344 ihnen genügenden Schutz. — Bezüglich der vermögensrechtlichen Folgen, die durch die tatsächliche Ausübung der fraglichen Rechte und Pflichten hervorgerufen werden, kommen, je nachdem ob beiden Eheleuten oder nur einem und welchem bei ihrer Ausübung die Nichtigkeit bekannt oder unbekannt war, die Grundsätze des Auftrags, der Vollmacht, der auftragslosen Geschäftsführung, der unerlaubten Handlung und der Bereicherung zur Anwendung. Jedoch wegen § 1329 immer erst nach Beendigung der Ehe, wenn auch dann für die frühere Zeit, und zwar auch im internen Verhältnisse der Gatten, da die Nichtigkeit nur als Begründung der Mißbrauchseinrede gegenüber einer Anmaßung der persönlichen Gemeinschaftsrechte, nicht aber zur Durchführung vermögensrechtlicher Ansprüche, die infolge der bereits stattgehabten Ausübung jener Rechte entstanden sind, vorgebracht werden darf.

§ 1357. I. 1. Hörle 129. Der häusliche Wirkungskreis setzt das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft voraus (vgl. JDR. **1** Ziff. 1, **4** Ziff. 2 c, **5** Ziff. I 3 u. II 1). Dagegen nimmt Goldmann, DJZ. **07** 419, an, daß die Schlüsselgewalt auch im Zustande des Getrenntlebens der Ehegatten fortdauert (vgl. auch unten Ziff. II 2). — Die häusliche Gemeinschaft wird nicht dadurch aufgehoben, daß der

Mann infolge äußerer Umstände längere Zeit abwesend ist, oder die Ehegatten im Haushalte der Eltern oder in einem Gasthof oder Kosthause leben oder der Mann zwei eingerichtete Wohnungen in der Weise hält, daß er beispielsweise die eine zu seinem Geschäftsbetrieb auf dem Lande gehörende im Interesse des Betriebs innehat, die andere in der Stadt befindliche wegen der Ausbildung der Kinder oder aus Gesundheitsrücksichten zur Benutzung für die Familie bestimmt.

2. Hörle 144. Die Wiederherstellung der Schlüsselgewalt durch das Vormundschaftsgericht hat rückwirkende Kraft, so daß die vor der nachträglichen, vom Vormundschaftsgericht als mißbräuchlich erklärten Ausschließung oder Beschränkung vorgenommenen Rechtsgeschäfte wirksam sind (aM. Engelmann, Anm. 5 β zu § 1357, Planck, Anm. 5 zu § 1357). Der Mann ist nicht gehindert, unmittelbar nach der Aufhebung der Ausschließung oder der Beschränkung durch das Vormundschaftsgericht die Schlüsselgewalt wieder von neuem aufzuheben oder zu beschränken. Der Registerrichter muß sie sofort auf den einseitigen Antrag des Mannes wieder in das Güterrechtsregister eintragen. Die der Frau einem derartigen Verhalten des Ehemanns gegenüber zustehende Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens wird durch den vormundschaftsgerichtlichen Rechtsbehelf des § 1357 Abs. 2 Satz 2 nicht ausgeschlossen. AM. Gaupp-Stein, ZPO. (5) III 5, vor § 606; Seuffert, ZPO. (8) II g zu § 606; Endemann, BürgR. (6) II § 170 Anm. 23.

3. *Haidlen, Familienrecht 49 f. Vertragsmäßiger Ausschluß der Schlüsselgewalt ist unzulässig, vertragsmäßige Regelung vorbehaltlich späterer Änderungen zulässig. — Die Wiederherstellung der Schlüsselgewalt durch das Vormundschaftsgericht hat keine rückwirkende Kraft. Zwecks Wiederherstellung ihrer Befugnisse kann sich die Frau auch der Herstellungsklage bedienen. — Eine wiederholte Beschränkung der Schlüsselgewalt mit Eintragung in das Güterrechtsregister ist auch alsbald nach Aufhebung der früheren Beschränkung durch das Vormundschaftsgericht zulässig, ohne daß es einer vorherigen Beseitigung dieses letzteren Beschlusses bedürfte.

II. Aus der Praxis. 1. **a)** RJA. **8** 39, KGJ. **33** A 308 (Rostock). Die Ehefrau, die beantragt, die durch den Ehemann erfolgte Beschränkung oder Ausschließung des Rechtes der Schlüsselgewalt aufzuheben, ist nicht im Sinne des Zivilprozesses dafür beweispflichtig, daß der Ehemann sein Recht mißbraucht. Bei der Prüfung und Entscheidung dieser Frage hat der Richter vielmehr von Amts wegen den Sachverhalt zu ermitteln. **b)** MecklZ. **25** 213 ff. (Rostock). Von einer eigentlichen Verteilung der Beweislast kann hinsichtlich der Frage, ob ein Mißbrauch des Rechtes des Ehemanns vorliegt, nicht die Rede sein. Für das Verfahren gilt vielmehr das Offizialprinzip, das Gericht hat auf Grund freier richterlicher Beweiswürdigung zu entscheiden.

2. **a)** **RG.** 30. 9. 07, R. **07** 1322, PosMSchr. **07** 130 f. BayRpflZ. **08** 17. Die Vertretungsbefugnis der Ehefrau endigt, wenn die Ehefrau die häusliche Gemeinschaft willkürlich und nicht nur vorübergehend aufgehoben hat, sie besteht dagegen, und zwar auch für die Zeit der Trennung fort, wenn die Trennung nur eine vorübergehende ist und dem Willen des Ehemanns entspricht (vgl. KG. JDR. **5** Ziff. II 1, jetzt auch OLG. **14** 218 ff. oben Ziff. I 1 u. unten b). Um als Maßstab für die Bestimmung des Inhalts und Umfanges der Schlüsselgewalt dienen zu können, müssen die Einrichtungen des Hausstandes und der ehelichen Lebensführung mit dem Willen des Ehemanns die Eigenschaft der Ständigkeit angenommen haben. Geht eine Ehefrau Verpflichtungen ein, die über den Rahmen der ihr zustehenden Vertretungsmacht hinausgehen, so liegt insofern nicht ein Mißbrauch, sondern eine Überschreitung der Vertretungsmacht vor. Daß die Ehefrau sich im Rahmen ihrer Vertretungsmacht gehalten habe, hat derjenige zu beweisen, der sich darauf beruft,

daß der mit der Ehefrau abgeschlossene Vertrag als im Namen des Ehemanns zu gelten habe. — Ein Mißbrauch der Vertretungsmacht liegt dagegen vor, wenn die Ehefrau innerhalb des Rahmens ihrer Vertretungsmacht von dieser einen ungehörigen Gebrauch macht, z. B. eine an sich zulässige Anschaffung zweimal macht. Darüber, daß der Ehemann den Mißbrauch der Vertretungsmacht und seine Erkennbarkeit gegenüber dem anderen Vertragsteile nachzuweisen hat, wie **RG. 61** 78 ff., JDR. **5** Ziff. II 2. **b)** Aufhören der Schlüsselgewalt nimmt WürttJ. **20** 30 (Stuttgart) bei tatsächlicher Trennung der Eheleute an, weil es dann an einem häuslichen Wirkungskreise für die Ehefrau fehlt.

§ 1358. 1. Hörle 170. Das dem Manne nach § 1358 zustehende Kündigungsrecht kann nicht allgemein durch Verzicht des Mannes oder durch Vertrag der Ehegatten ausgeschlossen, wohl aber gegenüber bestimmten persönlichen Leistungen der Frau ausgeschlossen oder beschränkt werden, falls hierin nach Lage des einzelnen Falles nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten liegt (vgl. Haidlen, u. Ziff. 4).

2. Hörle 149 ff. Wenn die Frau im Staatsdienst als Beamtin angestellt ist, so finden die Grundsätze des öffentlichen Rechtes Anwendung (vgl. Wieruszowski, JDR. **1** Ziff. 1). Die Vorschrift des § 1358 bezieht sich auch nicht auf gewisse privatamtliche Stellungen und die damit verbundenen Dienstleistungen der Frau, z. B. als Vormund, Pfleger, Beistand und Konkursverwalter. Wenn die Frau Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft oder Kommanditist einer solchen oder Komplementarin einer Kommanditgesellschaft auf Aktien ist und sich hierbei zu persönlichen Leistungen verpflichtet hat, bedarf es nicht der Kündigung des ganzen Rechtsverhältnisses, sondern nur des die persönlichen Leistungen der Frau betreffenden Rechtsverhältnisses, unbeschadet des nach § 133 HGB. dem anderen Teile, unter Umständen der Frau selbst zustehenden Auflösungsrechts (151). — Eine Klage gegen den Dritten auf Unterlassung der Entgegennahme der weiteren Dienste der Frau oder auf Schadensersatz auf Grund des § 1358 steht zwar dem Manne nicht zu (aM. Wieruszowski 29, JDR. **1** Ziff. 1), allein die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts, wie des höchstpersönlichen, aus dem sittlichen Wesen der Ehe fließenden Rechtes des Mannes auf eheliche Gemeinschaft, kann einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 insbesondere dann begründen, wenn der Dritte trotz der Kündigung das Rechtsverhältnis mit der Frau aus Schikane, d. h. nur zu dem Zwecke, um dem Manne Schaden zuzufügen, oder in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise mit der Absicht oder dem Bewußtsein, daß dadurch dem Manne Schaden zugefügt wird, fortsetzt (153 f.).

3. *Thiesing 103 f. Bei nichtiger Ehe kann die Frau im Verhältnisse zum Manne die Kündigung ignorieren, jedenfalls sich durch das Vormundschaftsgericht seine Zustimmung ersetzen lassen unter Hinweis darauf, daß die Verweigerung rechtsmißbräuchlich ist (s. o. Ziff. I 2 zu § 1353). Dritte können sich durante matrimonio wegen § 1329 auf die Unwirksamkeit der Kündigung des Mannes nicht berufen. Übrigens kann ja die Frau durch tatsächliche Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft, wozu sie auf Grund der Mißbrauchseinrede sogar ein Recht hat, jederzeit die Kündigungsbefugnis des Mannes beseitigen.

4. *Haidlen, Familienrecht 46 ff. Vor Eingehung der Ehe begründete persönliche Verpflichtungen der Frau unterliegen dem Kündigungsrechte nicht (vgl. Wieruszowski, JDR. **1** Ziff. 1 und Strübe, JDR. **3**). Auf das Kündigungsrecht überhaupt kann der Mann nicht verzichten (vgl. Hörle, o. Ziff. 1; aM. Müller, JDR. **1** Ziff. 5). Die Ermächtigung kann das Vormundschaftsgericht auch unter Bedingungen erteilen. Setzt die Frau trotz der Kündigung ihre Tätigkeit fort, so handelt es sich um ein neues Vertragsverhältnis, welches der

Mann wiederum im Wege der Kündigung nach § 1358 beseitigen kann; statt der Kündigung kann er, wie auch von Anfang an, die Herstellungsklage erheben. Einen Anspruch gegen den Dritten wegen der Fortsetzung hat der Mann nicht.

§ 1359. 1. a) Hörle 169 f. In Ansehung der von den Ehegatten untereinander aufzuwendenden Sorgfalt ist eine vertragsmäßige Milderung unzulässig; eine gegenseitige Verschärfung der Sorgfalt durch Vertrag wird nur insofern zuzulassen sein, als sie sich in mäßiger Grenze hält. (Nach Engelmann, Anm. 5 zu § 1359 ist jeder Vertrag, der die Haftung des § 1359 ändert, nichtig; nach Schmidt-Habicht, Anm. II 2 Vorbem. zu §§ 1353 ff. nur im Falle der Milderung; nach Wieruszowski nur bei Verschärfung der Haftung.) b) *Haidlen, Familienrecht 44, erachtet vertragsmäßige Änderung in beiden Richtungen vorbehaltlich der Schranke des § 276 Abs. 2 für zulässig.

2. *Thiesing 146. Ein gutgläubiger Gatte einer nichtigen Ehe kann sich nur dann auf § 1359 berufen, wenn für ihn die Voraussetzungen des § 1345 vorliegen und er von der ihm gewährten Vergünstigung Gebrauch gemacht hat. Vgl. hierzu Dernburg, Familienrecht 67.

§§ 1360, 1361. 1. *Thiesing 105—108, 146. Auch bei nichtiger Ehe muß durante matrimonio der Unterhalt geleistet werden (aM. Buhl, Festgabe für Bekker 151), da weder die Mißbrauchseinrede, die sich nur auf die Ausübung der persönlichen Gemeinschaftsrechte bezieht (s. o. Ziff. I 2 zu § 1353), noch wegen § 1329 die exceptio doli generalis hier helfen kann, selbst wenn sich der unterhaltbegehrende Gatte durch Herbeiführung des Eheschlusses einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht hätte. Erst nach Beendigung der Ehe können unter Umständen wegen des geleisteten Unterhalts Schadensersatz- oder Bereicherungsansprüche erhoben werden.

2. WürttJ. **19** 181 (Stuttgart) wie OLG. Hamburg, JDR. **4** Ziff. II 2 c. ➳ JDR. **5** Ziff. 2 muß es heißen: Neben den §§ 1360, 1361 gilt auch während der Dauer eines Eheprozesses der § 1611. Red. ⟵

§ 1360. **RG.** R. **07** 1537. Ein Vater, der seiner verheirateten, aber von ihrem Ehemanne getrennt lebenden Tochter Unterhalt gewährt, kann, solange der Ehemann nur verpflichtet ist, seiner Ehefrau Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu gewähren, von dem Ehemanne keine Erstattung der ihm durch den Unterhalt seiner Tochter entstehenden Auslagen beanspruchen, insbesondere ist für eine Anwendung der §§ 679, 683 hier kein Raum.

§ 1361. I. *Haidlen, Familienrecht 52. Ob ein Recht zum Getrenntleben vorliegt, beurteilt sich nach § 1353 oder bei einer Verfügung nach § 627 ZPO. nach deren Inhalt; vorherige Aufforderung zur Herstellung des ehelichen Lebens ist nicht erfordert. Berechtigte Trennung und Anspruch auf Geldrente für den anderen Gatten liegt auch dann vor, wenn der eine Gatte das Zusammenleben grundlos verweigert.

II. a) HansGZ. **07** Beibl. 269, OLG. **15** 399 (Hamburg). Die getrennt lebende Ehefrau kann stets dann von ihrem Manne Unterhalt in Gestalt einer Geldrente verlangen, wenn ihr Mann die Herstellung des ehelichen Lebens ohne Grund verweigert und sie Wiederaufnahme beansprucht. Ob man diesen Anspruch als Schadensersatzanspruch nach § 280 auffassen oder aus § 1360 Abs. 3 oder mittels ausdehnender Auslegung aus § 1361 selbst herleiten will, kann dahingestellt bleiben. Vgl. näheres hierüber JDR. **1** Ziff. 2 a. b) R. **07** 253 (Cassel). Die Verweigerung der Herstellung des ehelichen Lebens im Sinne des § 1361 setzt nicht die ernstliche Aufforderung durch den anderen Ehegatten, das eheliche Leben herzustellen, voraus. c) Schl. HolstAnz. **07** 339 (Kiel). Der Anspruch der getrennt lebenden Ehefrau, nach § 1361 die Herausgabe gewisser Sachen vom Manne zu verlangen, kann nur im Wege der

Klage geltend gemacht werden, nicht einredeweise gegen die Klage des Mannes auf Wiederherstellung des ihm eigenmächtig entzogenen Besitzes.

§ 1362. I. *Haidlen, Familienrecht 54 u. 91 ff. Die Vermutung des Abs. 1 gilt nicht zugunsten eines Gläubigers des Mannes, der dies nur dadurch geworden ist, daß er sich den Herausgabeanspruch des Mannes gegen die Frau hat abtreten lassen. Voraussetzung in den Fällen des § 1362 ist, daß die Sachen sich im Alleinbesitz eines Gatten oder im Mitbesitze beider befinden. Die Vermutung des Abs. 2 gilt nicht für die einem selbständigen Erwerbsgeschäfte dienenden Sachen, soweit diese nicht unter die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen fallen. Die Vorschriften des § 1362 sind als zwingendes Recht durch Parteivereinbarung nicht abänderbar. — Soweit es sich bei den Vermutungen des früheren Rechtes um deren Zugehörigkeit zu einem altrechtlichen Güterstande handelt, ist deren Fortgeltung mit dem altrechtlichen Güterstand in der Weise anzunehmen, daß sie insoweit die Anwendung des § 1362 ausschließen, daß dagegen, soweit eine solche Fortgeltung nicht stattfindet, die Vorschriften des § 1362 vom 1. Januar 1900 ab Platz greifen.

II. Aus der Praxis: 1. BraunschwZ. **07** 7 (Braunschweig). Die Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn der Gläubiger, um sich Gegenstände der Zwangsvollstreckung gegen den Mann erst zu verschaffen, aus dessen Rechte gegen die Frau vorgeht.

2. BraunschwZ. **07** 7 ff. (Braunschweig). § 1362 schafft für die Gläubiger des Mannes nicht ein, etwa mit der Forderung oder mit der Einleitung des Prozesses gegen den Mann oder gegen die Frau zur Entstehung gelangendes subjektives Recht, sondern stellt eine für den Beweis im Prozeß erhebliche Regel auf (JDR. **2** Ziff. 2). Die tatsächlichen Voraussetzungen, von denen die Vermutung abhängt, müssen mithin zur Zeit derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, vorhanden sein.

3. SchlHolstAnz. **07** 239, OLG. **15** 399 (Kiel). Die Vermutung des Abs. 1 gilt auch, wenn die Eheleute Gütertrennung vereinbart haben und der Vertrag in das Güterrechtsregister eingetragen ist. Diese gilt ferner auch dann, wenn die Ehefrau Eigentümerin des von den Eheleuten bewohnten Hauses und Grundvermögens ist.

4. **RG.** 19. 3. 07, SeuffA. **62** 367, GruchotsBeitr. **51** 1005, SeuffBl. **07** 833. Die Vermutung aus § 1006 kommt gegenüber der Vermutung aus § 1362 Abs. 1 nicht in Betracht. Vgl. Wieruszowski, JDR. **1** Ziff. 1.

Sechster Titel. Eheliches Güterrecht.

I. Gesetzliches Güterrecht.

Vorbemerkung: Die Ausbeute an bedeutsamen Entscheidungen ist, da die Streitfragen meist geklärt sind, im Berichtsjahre sehr dürftig gewesen, die Literatur hat sich, abgesehen von der umfassenden Darstellung von Hörle bezüglich der Rechtsstellung der Geschäftsfrau und von den Abhandlungen über die Anfechtung der Eheverträge (Ullmann, Wieruszowski), ebenfalls kaum mit den Fragen des ehelichen Güterrechts beschäftigt; der Kommentar von Schmidt ist beendet, nicht dagegen das systematische Werk von Wieruszowski. Neu aufgenommen in den Bericht ist die vierte Auflage des Familienrechts von Mayer-Reis in der Bearbeitung von Haidlen.

1. Allgemeine Vorschriften.

§§ 1363 ff. *Thiesing, Wirkungen nichtiger Ehen 109, 148—154. Der gesetzliche Güterstand tritt bei Nichtigkeit der Ehe nicht ein, jedoch kann dies sowohl im internen Verhältnis der Gatten, als auch Dritten gegenüber durante matrimonio wegen § 1329 nicht in die Erscheinung treten. Mißbrauchseinrede und exceptio doli versagen. So muß auch (gegen Buhl, Festgabe f. Bekker H. 151)

die Frau selbst dem bigamischen Ehemanne einstweilen den Besitz ihres Eingebrachten nach § 1373 überlassen. — Nach Beendigung der Ehe sind die Verhältnisse von Beginn der Ehe an unter dem Gesichtspunkte zu betrachten, daß die ohne Bestehen des gesetzlichen Güterrechts gleichwohl ausgeübte Verwaltung und Nutznießung nach den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen ist. Danach ist es immerhin möglich, daß die gesamte Verwaltung oder wenigstens die Vornahme einzelner Verwaltungsakte auf eine durch Rechtsgeschäft begründete Befugnis des Mannes gestützt werden. Handelt es sich um Geschäfte, die der Zustimmung der Frau bedürfen, so sind sie bei erteilter Zustimmung im internen Verhältnis für die Frau verbindlich, im Verhältnis nach außen greifen die §§ 177—180 Platz, falls nicht die vorher gegebene Zustimmung als Vollmachtserteilung gelten kann, bei Verfügungen aber § 185. — Bei nicht zustimmungsbedürftigen Geschäften, sowie tatsächlichen Dispositionen über Eingebrachtes ist ebenfalls zu prüfen, ob nicht wenigstens eine stillschweigende Zustimmung der Frau angenommen werden kann. Im Einzelfalle wird dies schwer nachweisbar sein. Man kann aber aus der Kenntnis der Nichtigkeit auf Seiten beider oder eines Gatten unter Umständen auf Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag schließen. Alles dieses wird natürlich bei Vorliegen der betreffenden Voraussetzungen durch die §§ 1344, 1345 modifiziert.

§ 1363. OLG. **14** 224 (KG.). Eine Vermutung für Miteigentum der Hochzeitsgeschenke existiert nicht. Über das Eigentum entscheiden Erklärungen des Schenkers oder der Wille ist aus den verwandtschaftlichen Beziehungen zu entnehmen.

§ 1366. KGJ. **32** A 191 (KG.), JDR. **5** Ziff. 2, auch ZBlFG. **7** 733, OLG. **15** 407.

§ 1367. 1. Ullmann, LeipzZ. **07** 472, 560 ff. Die Ehefrau, welche Kommanditistin ist, ist nicht Kaufmann. Ihre Rechtsstellung läßt sich nicht als ein selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts auffassen; denn sowohl der selbständige Betrieb wie die Kaufmannsqualität verlangt a) die Entfaltung einer persönlichen Tätigkeit des Unternehmers, mindestens durch Hilfspersonen, b) die Offenkundigkeit der Erwerbstätigkeit.

2. Voß, DJZ. **07** 1139. Der Anspruch auf Finderlohn gehört zum Vorbehaltsgute.

3. SächsOVG., DJZ. **07**, 246. Invalidenrente der Frau ist Vorbehaltsgut.

4. Hörle, Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, gibt in umfassender Monographie mit zum Teil von der herrschenden Meinung abweichenden Resultaten einen Überblick über die Rechtsverhältnisse der Geschäftsfrau, insbesondere auch unter Einbeziehung der Rechtsverhältnisse einer minderjährigen, ein Erwerbsgeschäft betreibenden Frau. Resultate: a) Selbständig ist der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, wenn er in güterrechtlicher Beziehung vom Manne unabhängig ist, derartig, daß er im Namen der Frau erfolgt und sie Trägerin der Rechte und Pflichten aus dem Betriebe wird. Selbständiger Betrieb liegt daher auch dann vor, wenn die Frau offene Teilhaberin eines rechtsfähigen Vereins oder einer Vereinigung von Handwerkern zum Zwecke eines wirtschaftlichen Betriebes wird. b) Betreibt die Frau das zu ihrem eingebrachten Gute gehörende Erwerbsgeschäft im eigenen Namen, so werden die Mittel des Erwerbsgeschäfts nicht Vorbehaltsgut, wohl aber der Erwerb im Betriebe. c) Erwerb ist nicht nur der Reinertrag, sondern alle mit dem Geschäftsbetrieb in ursächlichem und rechtlichem Zusammenhange stehenden Erwerbungen und Forderungen (Aufzählung 75). Bei einem Handelsgewerbe fällt der Erwerb stets in das Vorbehaltsgut. Ausnahmen: α. Das Erwerbsgeschäft ist bei der allgemeinen oder beschränkten Gütergemeinschaft Gesamtgut oder eingebrachtes Gut bei der Errungenschaftsgemeinschaft. β. Erwerb wird durch Gegenstände erzielt, die nach § 1439 nicht in das Gesamtgut fallen, wenn

der Erwerb nicht selbst dem § 1439 untersteht. γ. Die Frau hat bei allgemeiner oder beschränkter Gütergemeinschaft mit Mitteln aus ihrem Vorbehaltsgut ein Erwerbsgeschäft gegründet oder von einem Dritten ein Erwerbsgeschäft erworben, ohne daß im ersten Falle das Erwerbsgeschäft oder der Erwerb durch Ehevertrag zu Vorbehaltsgut erklärt oder im letzteren Falle das Erwerbsgeschäft nach § 1369 unter der Bestimmung, daß es Vorbehaltsgut sein solle, zugewendet worden ist. In allen diesen Fällen wird der Erwerb Gesamtgut. d) Die Geschäftsfrau verfügt und prozessiert, soweit der Geschäftsbetrieb es mit sich bringt, auch über das nicht zum Geschäftsvermögen gehörende eingebrachte Gut resp. Gesamtgut bei gesetzlichem Güterrecht oder Gütergemeinschaft, und auch dann, wenn der Mann sich das Recht der Zustimmung besonders vorbehalten oder ihr die Vornahme von bestimmten Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten verboten hat. Sie ist in diesen Grenzen auch nicht, wenn das Erwerbsgeschäft zum Gesamtgute gehört, in den Fällen der §§ 1444—1446 an die Zustimmung des Mannes gebunden. e) Diese Befreiung der Frau erklärt sich nicht daraus, daß das eingebrachte Gut etwa Vorbehaltsgut wird. Das rechtlich fortbestehende Verwaltungsrecht des Mannes ruht tatsächlich in der Ausübung. Die Befugnisse und Pflichten gehen auf die Frau über. f) Bei der Einwilligung des Mannes in den Betrieb haftet das gesamte eingebrachte Gut auch für alle Verbindlichkeiten, die durch die Rechtsgeschäfte im Betrieb entstanden sind, sowie diejenigen, die infolge des Besitzes eines Gegenstandes oder infolge eines Rechtes entstanden sind, welches Vorbehaltsgut ist und zu dem Erwerbsgeschäfte gehört. Bei Gütergemeinschaft haftet in diesem Falle das Gesamtgut. g) Die Frau trägt bei gesetzlichem Güterrechte die auf dem eingebrachten Geschäftsvermögen ruhenden Lasten und Verbindlichkeiten nach §§ 1384—1397 dem Manne und Dritten gegenüber allein. Die zur Erhaltung dieser Pflichten bestimmten Früchte sind der Pfändung nach § 861 ZPO. entzogen. Wenn dagegen das Geschäftsvermögen Gesamtgut, oder bei Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft eingebrachtes Gut ist, so trägt das Gesamtgut diese Lasten. h) Ersatzpflicht der Frau für die Überlassung der Gegenstände des eingebrachten Gutes gegenüber dem Manne ist nur ausnahmsweise dann anzunehmen, wenn die Frau das Erwerbsgeschäft ohne Einwilligung des Mannes betreibt oder über die Grenzen der Gestattung hinaus über eingebrachtes Gut verfügt. i) Alle Gläubiger, nicht nur die Geschäftsgläubiger, sind zur Vollstreckung in das eingebrachte Gut resp. in das Gesamtgut berechtigt, wenn bei Rechtshängigkeit der selbständige Geschäftsbetrieb begonnen hatte. Dieses Recht besteht nur dann nicht, wenn zur Zeit der Rechtshängigkeit ein Einspruch oder Widerruf im Güterrechtsregister eingetragen oder dem Gläubiger bekannt war oder das Erwerbsgeschäft ohne Wissen des Mannes betrieben wurde. k) Auf das Recht des Einspruchs und Widerrufs kann der Mann jederzeit, aber nur durch Ehevertrag verzichten. Die Frau hat als Rechtsbehelf nur die Klage auf Aufhebung der Verwaltung im Falle der §§ 1418, 1542. Der Mann kann das Erwerbsgeschäft auch auf Grund des § 1354 untersagen. Dieses Recht ist höchstpersönlich, kann vom Vormund oder Pfleger nicht ausgeübt werden. l) Übernimmt der Mann den Betrieb zur Fortsetzung im eigenen Namen, so wird er Rechtsnachfolger, Gläubiger und Schuldner der späteren Geschäftsforderungen und Verbindlichkeiten. Bei einem Handelsgewerbe finden die Bestimmungen der §§ 22 ff. HGB. Anwendung. Er ist von den Schranken der §§ 1374 bis 1377 bezüglich des Erwerbsgeschäfts befreit. Das Maß der aufzuwendenden Sorgfalt richtet sich nach § 1359. Der Reinertrag und der Geschäftsverlust geht auf seine Rechnung. Das eingebrachte Gut hat er nach Beendigung herauszugeben, für das im Geschäftsbetriebe Verwandte Ersatz zu leisten, für das außerhalb des Geschäftsbetriebs Verwandte haftet er nach §§ 812, 816, 823. Die Frau kann ihre Einwilligung zu diesem Geschäftsbetriebe jederzeit widerrufen.

§ 1369. 1. *Haidlen 117. Das gemäß § 1369 zugewandte Vorbehaltsgut behält bei Eingehung einer späteren Ehe nach Auflösung der ersten Ehe diese Eigenschaft nicht bei. Vgl. JDR. **3**, ebenso noch Opet, Ullmann 23, dagegen Staudinger.

2. **RG. 65** 367 JW. **07** 258, R. **07** 503, RheinNotZ. **07** 251, PosMSchr. **07** 52. Die Bestimmung bezieht sich nur auf einen Erwerb während der Ehe (vgl. JDR. **1**, 2).

§§ 1371, 1430. OLG. **14** 225 (Dresden). Wird Vorbehaltsgut und eingebrachtes Gut zusammen dem Manne zur Verwaltung überlassen, so ist eine Verminderung des Gutes anteilsmäßig zu verteilen.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§§ 1373 ff. SeuffBl. **07** 51, Hachenburg, Handelsgesellschaften unter Ehegatten. Solche Gesellschaft ist jetzt möglich. Bei gesetzlichem Güterrechte wird die Einlage der Frau eingebrachtes Gut, jedoch tritt die gesetzliche Verfügungsmacht des Ehemanns hinter der handelsrechtlichen zurück. Der Gewinn wird bei der offenen Handelsgesellschaft Vorbehaltsgut, nicht aber bei der Kommandit- oder stillen Gesellschaft. Die Schuldenhaftung ist die handelsrechtliche.

§ 1372. *Haidlen 90. Die Inventarisierung kann verlangt werden nicht nur für das zur Zeit des Eintritts des Güterstandes vorhandene, sondern auch für das später hinzukommende eingebrachte Gut.

§ 1373. 1. OLG. **14** 224 (Dresden). Die Frau muß das Eingebrachte an den Ehemann herausgeben, selbst wenn ihr das getrennte Leben gestattet ist.

2. **RG.** JW. **07** 202, SeuffA. **62** 237, R. **07** 275. Depots der Ehefrau, die zum Eingebrachten gehören, z. B. Sparkassenbücher, muß der Verwahrer oder Pfandgläubiger dem Ehemann auch ohne Einwilligung der Ehefrau aushändigen.

3. **RG.** JW. **07** 244, ElsLothNotZ. **07** 236. Der Ehemann hat als Besitzer nach Auflösung der Ehe ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Verwendungen.

§ 1374. *Haidlen 129. Den Anspruch auf Auskunfterteilung kann die Frau während des Güterstandes nur nach Maßgabe des § 1394 gerichtlich geltend machen.

§ 1375. 1. *Haidlen 99. Bei zustimmungsbedürftigen aber zustimmungslosen Verfügungen des Mannes kommen in Ansehung der Ansprüche des Dritten, soweit kein gutgläubiger Erwerb vorliegt, zunächst die besonderen güterrechtlichen Vorschriften über die Herausgabe einer Bereicherung des Gesamtguts (§§ 1455, 1487) auch des eingebrachten Gutes (§§ 1399, 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2) sowie Schadensersatzansprüche wegen unerlaubter Handlung in Betracht. — Ansprüche auf das negative Vertragsinteresse nach § 307 kommen nicht in Betracht, da § 307 objektive Unmöglichkeit voraussetzt (gegen Schmidt und Neumann). Die Ansprüche des Dritten gegen den zustimmungslos verfügenden Mann sind verschieden, je nachdem der Mann im Namen der Frau oder im eigenen Namen handelte, je nachdem ein Kausalgeschäft vorherging, und je nachdem eingebrachtes Gut oder Gesamtgut betroffen wurde. Tritt der Mann im Namen der Frau auf, so hat, soweit es sich um einen Vertrag oder um den Fall des § 180 Satz 2 handelt, bei voraufgehendem Kausalgeschäfte der Dritte die Wahl zwischen den Ansprüchen des § 179 oder § 280. Die Unwirksamkeit der vertragsmäßigen Verfügung, abgesehen vom Kausalgeschäfte, gibt nur die Rechte des § 179; bei einseitigen Verfügungen ist ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben; bei Handeln des Mannes im eigenen Namen hat der Dritte nur bei wirksamem Kausalgeschäft über eingebrachtes Gut den Anspruch aus § 280, in allen anderen Fällen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung.

2. Hallbauer, SächsRpflA. **07** 460. Übereignet der Ehemann Sachen seiner Ehefrau als solche einem Dritten, so entsteht kein dingliches Recht des Gläu-

bigers. Verschweigt er die Existenz des Eigentums der Ehefrau, so erwirbt der Gläubiger nach § 933.

3. PosMSchr. **07** 105 (Posen). Der Ehemann kann auch ein zum eingebrachten Gute gehöriges Grundstück im Rahmen ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung verpachten, aber nur im eigenen Namen, nicht im Namen der Ehefrau, eine Verpflichtung der Frau wird hierdurch nicht begründet. Eine Leistungsklage gegen sie ist ausgeschlossen.

§ 1379. OLG. **15** 403, SeuffA. **62** 281, R. **07** 451 (Cassel). Die auf Grund materieller Prüfung von dem Vormundschaftsgericht erlassene Entscheidung, daß die Ehefrau die Zustimmung mit Recht verweigert, unterliegt im Rechtsstreite der Nachprüfung durch das Prozeßgericht nicht.

§ 1380. 1. **RG.** JW. **06** 752, JDR. **5** Ziff. 1 zu §§ 1380, 1400, auch **RG. 64** 323.

2. **RG.** R. **07** 637. Die Eheleute können nebeneinander wegen des eingebrachten Gutes als Streitgenossen klagen.

3. R. **07** 767 (Oldenburg). Der Ehemann kann nur dann im eigenen Namen ein zum eingebrachten Gute gehörendes Recht geltend machen, wenn er ohne die Zustimmung der Frau über das Recht verfügen darf. Die Zustimmung der Ehefrau zur Prozeßführung ersetzt das fehlende Recht nicht. Dies kann nur durch die Abtretung des Rechtes selbst geschehen.

4. R. **07** 1406 (Breslau). Die Zustimmung der Ehefrau zur Prozeßführung des Ehemanns, der nicht zur Verfügung über das Recht berechtigt war, macht das nach § 1380 Abs. 1 ergehende Urteil nicht rechtswirksam gegen die Ehefrau.

§ 1381. 1. ThürBl. **54** 279 (Jena). Mittel des eingebrachten Gutes sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Verwendet der Ehemann Illatengelder im Betriebe seines Geschäfts, zieht dann anderes Geld dafür aus dem Geschäfte zurück und schafft damit Mobilien an, so werden diese Mobilien, falls er Rückleistung beabsichtigt, eingebrachtes Gut der Ehefrau.

2. R. **07** 1323 (Stuttgart). Hat der Ehemann mit Mitteln des eingebrachten Gutes als Bürge eines Dritten dessen Darlehnsschuld befriedigt, so wird die Regreßforderung eingebrachtes Gut.

3. SächsRpflA. **07** 41, R. **07** 253 (Dresden). Verkauft der Ehemann eingebrachte Mobilien, so wird der ganze Kaufpreis, nicht nur der Teil des Wertes, welcher zur Zeit der Einbringung vorhanden war, eingebrachtes Gut.

§ 1384. *Haidlen 128. Die Kostenpflicht bemißt sich nach den für den Nießbrauch geltenden Vorschriften und zwar nach § 1041. Die §§ 1042—1044 sind nicht anwendbar, da § 1384 nur die Kostenpflicht, nicht auch die Erstattungspflicht regelt (gegen Ullmann 170, Opet, Planck, Schmidt). Handelt es sich um außergewöhnliche Ausbesserungen oder um Verbesserungen, welche sich nicht als Erhaltung darstellen, so hat der Mann zwar vermöge seiner Verwaltungspflicht der Frau Anzeige zu machen, zur Vornahme der Ausbesserung überhaupt und insbesondere auf seine Kosten ist er jedoch nicht verpflichtet; nimmt er selbst die Ausbesserung vor, so beurteilt sich sein Ersatzanspruch gegenüber der Frau nach § 1390 (gegen Ullmann aaO., Opet, die dem Manne die Ausbesserungspflicht auferlegen, die Anzeigepflicht verneinen).

§§ 1385, 1388. Gegen Schultzenstein (vgl. JDR. 5) führt von Blume, ABürgR. **30** 1 ff., aus, daß § 1388 sich überhaupt nicht auf öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten beziehe. Der Mann habe nicht alle öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten der Frau, sondern nur diejenigen zu tragen, welche Lasten des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens sind, und zwar nur insoweit, als sie aus dem Einkommen als solchem in geordneter Wirtschaftsführung befriedigt werden müssen. Vgl. noch Saran PrVerwBl. **28** 575.

§ 1387. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns. a) **RG.** JW. **06** 560, JDR. **5** A a auch SeuffA. **62** 44, GruchotsBeitr. **51** 385. b) Die Streit-

frage, ob die Ehefrau bei Armenrecht des Mannes und trotzdem ihr selbst das Armenrecht bewilligt werden kann, Anspruch auf Kostenvorschuß hat, ist in Hamburg noch immer nicht entschieden. Sie wird bejaht vom 1., 4. u. 6. Sen. (vgl. HansGZ. **07** Beibl. 269), verneint vom 2. Sen. (OLG. **14** 223).

§ 1391. 1. Altmann, ZBlFG. 8 207 ff. Falls eine Sicherheitsleistung deshalb illusorisch ist, weil der Ehemann mittellos, kann durch einstweilige Verfügung eine Sequestration bezüglich des eingebrachten Vermögens eingeleitet und die Ehefrau als Sequester eingesetzt werden.

2. *Haidlen 143. Die Vorschriften der §§ 1391—1393 können durch Ehevertrag aufgehoben werden (mit Neumann, Opet gegen Staudinger).

3. Huth, ZBlFG. 8 135. Eine Hypothek kann auch für die künftige Forderung aus Herausgabe des Eingebrachten, abgesehen von § 1391, bestellt werden, und zwar sowohl als Verkehrs- wie als Sicherheitshypothek. Sie ist rechtlich weder abtretbar noch verpfändbar. Damit rechtsunkundige Dritte nicht geschädigt werden, empfiehlt es sich, eine solche Hypothek mit der Fassung einzutragen: „3000 M. Hypothek (zinslos) für die künftige Forderung auf Rückgewähr des eingebrachten Vermögens." Bestellt der Mann anstatt einer solchen Hypothek eine Darlehnshypothek, so ist es Tatfrage, ob Ehevertrag oder Darlehen gewollt ist.

4. **RG. 65** 172, JW. **07** 179, R. **07** 1261. § 1391 setzt voraus, daß Erstattungsansprüche aus Verfügungen des Mannes über verbrauchbares eingebrachtes Gut erheblich gefährdet sind. Wenn die Frau in eine gegen § 1377 Abs. 2 verstoßende Verwendung ihres Eheguts eingewilligt hat und durch diese Verwendung ihre Rechte gefährdet werden, ist ein solcher Anspruch regelmäßig nicht vorhanden.

5. **RG.** R. **07** 1139. Die Sicherheitsleistungspflicht des Ehemanns entsteht erst mit der Aufforderung der Ehefrau.

6. SeuffA. **62** 150 (KG.). Nichtzahlung der Hypothekenzinsen trotz vorhandener Mittel genügt, um das Recht aus § 1391 zu gewähren.

§ 1394. OLG. **14** 226 (KG.). Der Mann, der dem Darlehen der Frau zugestimmt hat, haftet dem Darlehnsgeber auch dann nicht, wenn er von der Frau das Geld erhalten hat.

§ 1395. 1. Sendspiehl, R. **07** 1390. Übergibt die Ehefrau eingebrachte Mobilien einem Spediteur ohne Einwilligung des Ehemanns, so erwirbt trotz der obligatorischen Verpflichtung der Ehefrau der Spediteur durch die Besitzübertragung kein Pfandrecht, weil Übergabe eine Verfügung im Sinne des § 1395 ist.

2. Unterschreibt die Ehefrau den Mietvertrag mit, so ist streitig, ob ihr die Kündigungsrechte aus §§ 569, 570 zustehen, falls dieselben in der Person des Mannes erwachsen sind. Verneint wird dies Recht von Winter, R. **07** 817, bejaht von Franke, SeuffBl. **07** 982. Vgl. o. zu § 569.

3. R. **07** 1323 (Breslau). Zur Gültigkeit der obligatorischen Verpflichtung auf Belastung eines eingebrachten Grundstücks mit einem Hypothekendarlehen bedarf es nicht der Zustimmung des Ehemanns, jedoch muß der die Erfüllung aus dem Vertrage fordernde Darlehnsgeber, um seine Erfüllungsbereitschaft darzutun, beweisen, daß der Ehemann in die Belastung des Grundstücks einwilligt, weil das Angebot der Geldhergabe bedingt erfolgt.

4. DJZ. **07** 831 (PrOVG.). Die Zustellung der Veranlagung einer Erbschaftssteuer kann nicht rechtswirksam an den Ehemann der Miterbin geschehen.

§ 1397. von Tuhr, DJZ. **07** 191, führt aus, daß diese Bestimmung entweder bedeutungslos sei oder soweit ausgedehnt werden müsse, daß der Mitkontrahent der Ehefrau auch den obligatorischen Vertrag widerrufen könne, sobald es sich herausstellt, daß die Frau der Genehmigung des Mannes bedarf. Demgegenüber stehe aber andererseits fest, daß die obligatorische Verpflichtung nach § 1399 unbedenklich sei.

§ 1399. **RG.** BayRpflZ. **07** 108. Der Kauf eines Grundstücks seitens der Frau ist gültig, auch unabhängig von der Genehmigung des Mannes. Sie hat die Hindernisse zu beseitigen.

§ 1402. *Haidlen 106. Vertragsmäßiger Ausschluß des Rechtes der Frau auf Ersetzung ist unwirksam (ebenso Opet, Staudinger).

§ 1405. *Haidlen 107. Die Wirkung der Gestattung des Geschäftsbetriebs erstreckt sich auf die mit dem Geschäftsbetrieb im wirtschaftlichen Zusammenhange stehenden Rechtsgeschäfte, einschließlich der Verfügungen und Rechtsstreitigkeiten. Wirtschaftlicher Zusammenhang ist erforderlich. Zugehörigkeit zum gewöhnlichen Geschäftsbetriebe deckt den Begriff des wirtschaftlichen Zusammenhanges nicht; ebensowenig sind die Bestimmungen der §§ 343, 344 HGB. für die Frage der Zugehörigkeit zum Geschäftsbetriebe verwendbar; gegen Neumann, Opet, Staudinger (vgl. oben auch Hörle, Ziff. 4 zu § 1367).

3. Schuldenhaftung.

§ 1411. 1. *Haidlen 146. Für den Zugriff der Gläubiger der Frau ist maßgebend der Stand des Vorbehaltsguts bzw. eingebrachten Gutes zur Zeit der Geltendmachung der Forderung des Gläubigers, nicht zur Zeit der Entstehung dieser Forderung. Wird nach Entstehung der Forderung Vorbehaltsgut zu eingebrachtem Gute erklärt und umgekehrt, so verringert bzw. erweitert sich für den Vorbehaltsgläubiger das Haftungsobjekt, während dem Gläubiger das Anfechtungsrecht zusteht: ebenso Ullmann 203, Planck, Staudinger gegen Opet, Schmidt, die keine Einbuße der Gläubigerrechte annehmen.

2. OLG. **14** 227 (KG.). Aus § 1411 kann der Gläubiger den Anspruch auf vertragsmäßige Hingabe des eingebrachten Gutes gegen den Mann nicht verfolgen. Eine solche Abrede steht auch einer Pfändung des Anspruchs der Ehefrau entgegen.

3. **RG.** R. **07** 982. Werden Frau und Mann auf Leistung resp. auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt, so sind sie unechte Streitgenossen. Sie haften geteilt für die Kosten, jedoch haftet der Ehemann aus § 1388 dem Gericht als Gesamtschuldner.

4. Will, BayRpflZ. **07** 12 ff. Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung bezüglich der auf dem eingebrachten Grundstücke ruhenden Hypothek ist auch dann nötig, wenn beide gesamtverbindlich für die Schuld haften oder beide Eheleute das Grundstück erworben haben.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. *Haidlen 157. Die Wirkung einer einstweiligen Verfügung auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung besteht nicht in völliger Verfügungsfreiheit der Frau, sondern nur in der Freiheit zur zustimmungslosen Vornahme ordnungsmäßiger Erhaltungsmaßregeln (mit KG., JDR. **2**, gegen Ullmann, JDR. **3**).

5. Gütertrennung.

§ 1427. **RG.** JW. **07** 481, PosMSchr. **07** 93, BayRpflZ. **07** 349, SeuffBl. **07** 1043, R. **07** 831. Die Beitragspflicht der Ehefrau nach Abs. 2 erlischt nicht dadurch, daß ihr das Getrenntleben gestattet wird. Sie darf auch weder Mann noch Kinder auf Erhebung des gesetzlichen Unterhaltsanspruchs an Stelle der Beitragspflicht verweisen.

§ 1430. Hachenburg, Handelsgesellschaften unter Ehegatten, SeuffBl. **07** 51. § 1430 ist auf offene Handelsgesellschaft unter Ehegatten nicht anwendbar. Die dem Manne ausgefolgten Beträge des Frauenvermögens erhält er nur kraft Gesellschaftsvertrags.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. 1. von Baligand, Räumlicher Geltungsbereich der Rechtssätze über den Ehevertrag, BöhmsZ. **07** 203. Ehevertrag im Sinne der Kollisionsnorm ist nur Regelung güterrechtlicher Rechtsverhältnisse. Das für den Güterstand maßgebende Gesetz regelt auch die Zulässigkeit des Ehevertrags. Maßgebend ist nach herrschender Meinung das Gesetz, welches sich aus der Staatsangehörigkeit des Ehemanns ergibt. Im übrigen s. u. zu Art. 15 EG.

2. Gärtner, BadRpr. **07** 189. Bei allgemeiner Gütergemeinschaft kann eine rückwirkende Kraft des die Gütergemeinschaft begründenden Vertrags nicht vereinbart werden, wohl aber kann bei der Errungenschaftsgemeinschaft der Zeitpunkt festgesetzt werden, von dem die Gemeinschaft beginnen soll.

3. Anfechtung von Eheverträgen wegen Benachteiligung der Gläubiger (vgl. JDR. **3, 4** u. **5**).

A. *Wieruszowski, RheinA. **103** 323—389. 1. Gläubigerschutz und Ehevertragsfreiheit. Das Gesetz gibt der Frau bei Vermögensverfall des Mannes einen Schutz zur Beseitigung der bisherigen Güterstandswirkungen, welche zugunsten der Gläubiger des Ehemanns bestanden. 2. Zu unterscheiden ist zwischen dem Ehevertrage, der die Rechtsverhältnisse des Ehegüterrechts regelt, so daß die Rechtsänderung ohne besondere dingliche Rechtsübertragungsakte aus dem Personenrecht unmittelbar sich vollzieht, und dem gewöhnlichen Verkehrsgüterrechtsgeschäfte, bei dem dingliche Rechtsübertragungsakte hinzukommen müssen, insbesondere der Auseinandersetzung. 3. Die Eheverträge bieten folgende Möglichkeiten der Gläubigerverkürzung: a) Verschiebung der Vermögenszuständigkeit (§§ 1438, 1519, 1549, 1363, 1383, 1439, 1525, 1550) beeinflußt die Lage des vollstreckenden Gläubigers eines Ehegatten. b) Wegfall der Mithaft eines Ehegatten für Schulden eines anderen infolge Aufhebung des Güterstandes (§ 1459 Abs. 2). Anfechtung ausgeschlossen. c) Konkurrenzwirkungen: α. Ansprüche der Ehegatten gegeneinander werden durch die Güterstandsänderung fällig und treten in Konkurrenz mit denen anderer Gläubiger der Ehegatten. Anfechtung nur möglich bei Sicherung oder Befriedigung, dann ausgeschlossen, wenn nur die gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche während der Dauer des früheren Güterstandes ausgeschlossen war (§ 1394). β. Gläubiger desselben Ehegatten konkurrieren unter sich, und zwar solche, die nur Sondergutsgläubiger waren und Vollgläubiger, so z. B. bei Umwandlung von eingebrachtem Gute in Vorbehaltsgut. Anfechtung ausgeschlossen, weil der Ehevertrag dem Vermögen des Schuldners keine Werte entfremdet. γ. Konkurrenz der Gläubiger eines Ehegatten mit denen des anderen infolge der Verschiebung der Vermögenszuständigkeit. Der Ehevertrag wirkt hier durch den Wechsel der Eigentumsherrschaft wie ein Vertrag zugunsten Dritter. Anfechtung möglich, gegen den begünstigten Gläubiger zu richten. d) Erschwerung der Durchführung des Vollstreckungsanspruchs (ZPO. §§ 739, 740, 742). α. Keine Anfechtung, wenn der Gläubiger sich den weiteren Vollstreckungstitel beschaffen kann. β. Anfechtung gegeben, wenn sich der Gläubiger den weiteren Titel im gewöhnlichen Prozeßweg erstreiten muß; denn dann ist seine Prozeßlage erschwert gegenüber der Anfechtung, weil er den Prozeß noch einmal aufrollen muß. Ebenso kann trotz § 1459 ein Gläubiger der Frau die Einführung der Gütergemeinschaft anfechten. Die Rechte aus § 1480 schließen die Anfechtung nicht aus. Der Einwand, daß die Gegenstände des Gesamtguts für Gesamtgutsgläubiger verwendet sind, greift der Anfechtungsklage gegenüber nicht durch. Es ist nicht dieselbe Klage und derselbe Klagantrag (gegen **RG.** GruchotsBeitr. **48** 958 u. **50** 383, das nur verschiedene rechtliche Beurteilung annimmt). 4. Ehevertrag und besondere Anfechtungstatbestände. a) Absichtsanfechtung. Bei Voraussetzung der §§ 1418, 1391, 1468, 1469,

1542, 1549 handelt der Ehegatte unter Pflichtenzwang. Anfechtung also nur unter besonderen Umständen zulässig. b) Schenkungsanfechtung. Bei Eheverträgen, die die Einführung oder Aufhebung eines ganzen Güterstandes zum Inhalte haben, wenden beide Parteien sich etwas zu. Es sind die gesamten Geschäftswirkungen zu erwägen, ehe man an eine Schenkung denken kann. Entgeltliche Verträge sind aber Güterstandsaufhebungen, welche der Ehegatte im Klageweg erstreiten konnte, und solche Verträge, die eine Gütergemeinschaft einführen oder aufheben, da die letzteren den zukünftigen Erwerb der Ehegatten umfassen. Dagegen sind Verträge, die den Güterstand der ehemännlichen Verwaltung einführen oder aufheben, im Zweifel unentgeltliche Verträge; bei der Einführung zugunsten des Mannes, bei der Aufhebung zugunsten der Frau.

B. Ullmann, Anfechtung der Eheverträge, LeipzZ. **07** 201 ff. 1. Eheverträge, durch welche die güterrechtlichen Beziehungen geregelt werden, sind anfechtbar, soweit der Vertrag Rechtsänderungen bezügl. der dem Zugriffe der Gläubiger unterliegenden Vermögensmasse unmittelbar oder mittelbar bewirkt. Außerdem sind nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbar Erfüllung von Ansprüchen der Frau gegen den Mann, welche ihr auf Grund der Verwaltung und Nutznießung oder unabhängig hiervon zustehen, Erfüllung von Ersatzansprüchen der Frau gegen den Mann, Erfüllung der Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung. 2. Vereinbarung der Gütertrennung enthält nur soweit eine Benachteiligung, als die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Frau ermöglicht wird. Gegen Henle (vgl. JDR. **5**) verteidigt Ullmann seine Ansicht, daß nur die Erfüllung, nicht der Ehevertrag anfechtbar sei. Der Verlust des Zugriffs auf die Nutzung des eingebrachten Gutes enthält eine Benachteiligung nicht. 3. Einführung der Gütergemeinschaft. Weil die Gläubiger des einen Ehegatten sowohl im Konkurse wie bei der Einzelbeschlagnahme durch die Konkurrenz mit den anderen Gläubigern verkürzt werden, ist der Ehevertrag anfechtbar. Anfechtungsgegner ist auch bei der Einzelbeschlagnahme der begünstigte Gläubiger. Bei der Absichtsanfechtung muß der Ehegatte, welcher Schuldner war, die Benachteiligungsabsicht gehabt haben, der Gläubiger des anderen Ehegatten sie gekannt haben. Im Falle des Konkurses ist die Absichtsanfechtung praktisch kaum denkbar, wenn die Gesamtheit der Gläubiger der Frau Anfechtungsgegner sein würde. Die Anfechtung wirkt in solchem Falle ähnlich wie eine Absonderung für die Gläubiger des Mannes. Eine Anfechtungsklage gegen Einzelgläubiger würde dahin führen, daß diese Gläubiger das Plus, was sie an Konkursdividende infolge des Ehevertrags erhalten, zurückzahlen müssen. — Die Anfechtung ist auch zugunsten späterer Gläubiger der Frau möglich. Die Anfechtung richtet sich gegen den Ehemann, event. falls das für die Anfechtung zur Beschlagnahme aus dem Gesamtgute zurückzugewährende Frauengut von einem Gläubiger des Mannes beschlagnahmt ist, gegen diesen gemäß § 11 AnfG. — Bei Konkurs über das Vermögen der Frau nach dem Ehevertrage kann jeder Frauengläubiger sowie auch der Konkursverwalter den Rückgewähranspruch gegen den Ehemann verfolgen. — Gegen Baligand, Ehevertrag 108, hält Ullmann eine Benachteiligung der Frauengläubiger bei Einführung der Errungenschaftsgemeinschaft anstatt des gesetzlichen Güterstandes deswegen, weil den Frauengläubigern der Zugriff auf den Erwerb der Frau jetzt entgeht, für ausgeschlossen.

C. Baligand, LeipzZ. **07** 337 hält in Abänderung seiner früheren Meinung und gegen Ullmann (aaO. 205 Anm. 16) eine Benachteiligung bei Einführung der Gütergemeinschaft infolge der prozessualen Erschwerung (Notwendigkeit der Erwirkung eines Titels) dann für gegeben, wenn die Anfechtung als Einrede der Intervention des anderen Ehegatten entgegengesetzt wird. Gegen Wieruszowski (s. o. A) nimmt Baligand an, daß die Gesamtgutsgläubiger die Aufhebung der Gütergemeinschaft und Auseinandersetzung nicht deshalb an-

fechten können, weil die Ehefrau kraft ihres nun erlangten freien Verfügungsrechts einen anderen Gesamtgläubiger befriedigt hat.

D. Bendix, LeipzZ. 07 726, 816. Die Abänderung des gesetzlichen Güterrechts in Gütertrennung durch Ehevertrag ist der Anfechtung des Gläubigers des Mannes bezügl. der Nutzung des eingebrachten Gutes nach § 3, 4 AnfG. entzogen, weil diese Nutzung als solche dem Zugriffe der Mannesgläubiger nicht unterliegt.

E. HansGZ. 07 Beibl. 44 (Hamburg). Vorbehaltsgut ist nicht Heiratsgut im Sinne der Anfechtung. Umwandlung des eingebrachten Gutes in Vorbehaltsgut ist an sich der Anfechtung nicht entzogen.

§ 1434. 1. Häßler, ZBlFG. 7 687. Ehevertrag mit Verzicht auf Verwaltung und Nießbrauch ist für die Eheleute selbst auch ohne Eintragung bindend.

2. RheinA. **104** I 85, ZBlFG. 8 61 (Cöln). Formlose Vorverträge auf spätere Errichtung eines formgültigen Ehevertrags sind ungültig.

§ 1435. 1. *Haidlen 87. Der Schutz greift nicht ein bei dem gesetzlichen Erwerbe, dem Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung und der Arrestvollziehung. Er kommt ferner nicht zu den Gläubigern eines Gatten in bezug auf die Frage, welches Vermögen nach dem einen oder dem anderen Güterstand ihrem Zugriff unterliegt; die Gläubiger können sich wegen ihrer Befriedigung nur an dasjenige Vermögen halten, das nach dem tatsächlich bestehenden Güterstand ihrem Zugriff unterliegt, nicht an dasjenige, das bei dem gutgläubig angenommenen Güterstand ihrem Zugriff ausgesetzt wäre. Im übrigen kann es in einzelnen Fällen zweifelhaft sein, was im Hinblick auf das einzelne Güterrecht als rechtsgeschäftliche Folge des schuldbegründenden Rechtsgeschäfts anzusehen ist. Grundsatz dürfte sein, daß nur die vom Gesetze bei einem bestimmten Güterrecht als unmittelbare Wirkungen des schuldbegründenden Rechtsgeschäfts behandelten Folgen dem Schutze des § 1435 unterstehen (vgl. JDR. **3**).

2. OLG. **15** 406 (Königsberg). Diese Bestimmung hat nur den Zweck, den Dritten gegen Einwendungen zu schützen, welche die Eheleute aus der vertragsmäßigen Änderung des Güterstandes gegen ein Rechtsgeschäft oder gegen ein rechtskräftiges Urteil herleiten können, das zwischen dem Dritten und einem der Ehegatten erfolgt. — Daher gilt nicht etwa bei Nichteintragung einer Änderung des Güterstandes und Nichtkenntnis des Dritten der gesetzliche Güterstand schlechthin. — BreslauAK. **07** 52 (Breslau). Deshalb kann auch der gutgläubige Dritte bei Nichteintragung der Gütertrennung nicht etwa die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung erlangen.

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§ 1438. 1. Hachenburg, Handelsgesellschaften unter Eheleuten, SeuffBl. **07** 51: Der Erwerb beider Ehegatten in offener Handelsgesellschaft fällt in das Gesamtgut. Die offene Handelsgesellschaft hat für die Gläubiger nur die Bedeutung, daß die Frau auch mit ihrem Vorbehaltsgute dem Gläubiger haftet.

2. Dennler, DJZ. **07** 291. Da das Recht der Tochter in fortgesetzter Gütergemeinschaft an dieser Gemeinschaft nicht in die Gütergemeinschaft ihrer Ehe fällt, ist auch das Recht des Ehemanns solcher Tochter nicht in das Grundbuch der zur fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörigen Grundstücke einzutragen.

3. *Haidlen 176. Die Belastung einer zum Gesamtgute gehörigen Sache zugunsten eines Gatten ist in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift (wie in den §§ 1009, 2033, die als Ausnahmevorschriften einer entsprechenden Anwendung nicht fähig sind) ausgeschlossen. Dagegen vgl. zu §§ 1519, 1549 auch OLG. **8** 119.

4. Vgl. hierzu und zu §§ 1450, 1483, 1519, 1524 auch von Hugo, Die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts 35, 36 ff.

5. *Weegmann, WürttZ. **07** 235, 267 ff. Ein Vertrag, durch welchen immobiles Vorbehaltsgut, Sondergut, eingebrachtes Gut bei der Errungenschaft zu Gesamtgut erklärt wird, ist kein Ehevertrag, zum Eintritt in das Gesamtgut bedarf es immer noch der Auflassung.

§ 1440. *Haidlen 191. Der Erwerb der Frau aus einem gestatteten selbständigen Erwerbsgeschäfte, das zu ihrem Vorbehaltsgute gehört, wird nicht Gesamtgut, sondern fällt nach § 1440 verbunden mit § 1370 als Erwerb „durch ein Rechtsgeschäft, das sich auf Vorbehaltsgut bezieht" in das Vorbehaltsgut (vgl. Hörle zu § 1367 Ziff. 3 c). — Wird während der allgemeinen Gütergemeinschaft ein Vermögensstück zu Vorbehaltsgut erklärt, so findet auf den hierzu gehörigen Ehevertrag die Bestimmung des § 1437 keine Anwendung.

§§ 1442, 1443—1446. 1. OLG. **15** 403, SeuffA. **62** 281, R. **07** 452 (Cassel). Die Zustimmung bedeutet nichts weiter als eine Beseitigung der Beschränkung der Verfügungsmacht des Mannes, die Frau wird nicht zum Mitkontrahenten (vgl. o. zu § 1379).

2. HessRspr. **9** 97 (Darmstadt). Die Ehefrau kann mit Zustimmung des Ehemanns im eigenen Namen ein zum Gesamtgute gehörendes Recht geltend machen.

3. ElsLothNotZ. **07** 526, ZBlFG. **8** 359 (Colmar). Auch wenn der Erwerb eines Grundstücks in das Gesamtgut fallen kann, muß die beantragte Eintragung auf einen Ehegatten geschehen.

§ 1445. 1. OLG. **15** 407, ElsLothJZ. **07** 626, ElsLothNotZ. **07** 374 (Colmar), tritt entgegen seiner früheren Meinung dem KG. darin bei, daß der Ehemann für die Bestellung der Kaufgeldhypothek der Zustimmung der Ehefrau nicht bedarf.

2. OLG. **15** 407, SeuffA. **62** 408, PosMSchr. **07** 69 (Posen). Der Ehemann kann für den Fall, daß die Frau der Veräußerung eines Grundstücks nicht zustimmt, sich nicht einer Konventionalstrafe unterwerfen. Näheres o. § 138 Ziff. II B 4 e β.

§ 1450. OLG. **14** 228 (München). Wenn die Ehefrau den Kaufvertrag mit abgeschlossen hat, kann sie auch mitverklagt werden.

§ 1452. *Haidlen 175. Bei dem Betrieb ihres gestatteten Erwerbsgeschäfts ist die Frau durch die Einwilligung des Mannes in den Betrieb der Einhaltung der Schranken der §§ 1444—1446 für den Einzelfall enthoben. Ebenso Hörle 112 gegen Opet. Vgl. JDR. **1**.

§ 1456. OLG. **14** 229 (Königsberg). Die Ehefrau hat bei fraudulosen Machenschaften des Mannes sowohl Ansprüche gegen den Mann wie auch gegen den Dritten. Vgl. auch **RG.** R. **07** 464 (Haftung des Mannes für Schenkungen, die er ohne Zustimmung der Frau vorgenommen).

§ 1465. *Haidlen 202. Ob Übermaß im Sinne des § 1465 vorliegt, beurteilt sich lediglich nach den Verhältnissen des Gesamtguts, nicht auch noch nach den Verhältnissen des Vorbehaltsguts und des Sonderguts des Mannes (mit Opet gegen Planck und Staudinger).

§ 1467. Gorden, DJZ. **07** 1080, führt aus, daß die Ehefrau nur dann verurteilt werden könne, wenn sie ein zur Berichtigung der Schuld ausreichendes Vorbehaltsgut besitzt. Bestreitet sie den ausreichenden Besitz, so ist, falls sie die Insolvenz beweist, die Klage abzuweisen, nicht ist sie unter Beschränkung auf das Vorbehaltsgut zu verurteilen, wie Planck und OLG. **7** 404 (Hamburg) annehmen. Ebenso auch OLG. Hamburg, HansGZ. **07** Beibl. 22, OLG. **14** 228, SeuffA. **62** 142.

§ 1468. HessRspr. **8** 29 (LG. Darmstadt). Ehescheidung beseitigt die auf Aufhebung der Gütergemeinschaft erhobene Klage ohne weiteres.

§ 1480. 1. a) Rudorff, GruchotsBeitr. **51** 579. Erhält der nicht haftende Gütergenosse nichts bei der Teilung, so bestreitet er mit dieser Behauptung jede Haftung. Die Klage muß, falls er diese Behauptung beweist, abgewiesen werden. b) Ebenso OLG. **14** 231, SeuffA. **62** 297, HansGZ. **07** Beibl. 46 (Hamburg) für den

Fall, daß die Nichtzuteilung feststeht. Wird dagegen die Teilung zugegeben, so ist kein Raum im Prozesse für den Streit über den Umfang der Haftung.

2. PucheltsZ. **38** 360 (Colmar). Eine Zuteilung nach § 1480 ist dann nicht gegeben, wenn das Gesamtgut durch Befriedigung der Gläubiger erschöpft wird. Zu den Gesamtgutschulden gehören auch die Ersatzansprüche der Ehegatten.

3. OLG. **14** 230 (Hamm). Die Beschränkung im Urteile kann weder dadurch beseitigt werden, daß die Unpfändbarkeit der Gegenstände nach § 811 behauptet wird, noch kann diesem in der Vollstreckungsinstanz allein zu erhebenden Einwand im Prozesse präjudiziert werden.

4. HansGZ. **07** Beibl. 223 (Hamburg). Nach Auseinandersetzung haftet jeder Ehegatte persönlich mit den zugeteilten Gegenständen für die Gesamtgutsschuld. Zur Vollstreckung ist ein besonderer Titel gegen den Ehegatten auf Duldung der Zwangsvollstreckung nötig.

5. FrankfRundsch. **41** 477 (Limburg). Auch der nicht befriedigte Gläubiger hat gegen den Ehegatten einen persönlichen Anspruch, aber kein Anfechtungsrecht, weil er nicht benachteiligt ist. Solange der Gläubiger sich aber keinen Schuldtitel gegen diesen Ehegatten verschafft hat, unterliegt er der Intervention. Vgl. wegen der Anfechtung o. zu § 1432; OLG. Colmar (JDR. 4) auch PucheltsZ. **38** 143.

§§ 1483 ff. 1. Zu vgl. ZBlFG. 8 184 ff. Juristische Struktur der Rechte der Teilhaber an einem Gesamtgute nach Allgemeinem Landrecht und nach dem BGB. nach Aufhebung der Gemeinschaft (Verf. nicht genannt).

2. **RG.** PucheltsZ. **07** 707. Wird ein zur Gütergemeinschaft gehöriges Handelsgeschäft nach der Auflösung durch den Tod von dem überlebenden Ehegatten fortgesetzt, so sind die Erben des Verstorbenen nicht ohne weiteres an dem Geschäfte beteiligt.

§ 1487. 1. OLG. **15** 409, BayObLG. 8 143, ZBlFG. 8 251, SeuffA. **62** 321, SeuffBl. **72** 740, BayRpflZ. **07** 259, R. **07** 701 (BayObLG.). Die Pfändung des zukünftigen Anteils des Abkömmlinges einer fortgesetzten Gütergemeinschaft wird durch Verzicht nach § 1491 beseitigt.

2. OLG. **14** 232 (Stettin). Die Einwilligung des Abkömmlinges in die Veräußerung des gütergemeinschaftlichen Grundstücks ist nicht anfechtbar, weil der Gläubiger hierdurch nicht benachteiligt wird, solange die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht aufgehoben ist.

§ 1489. OLG **15** 409 (Hamburg). Die Beschränkung nach § 1489 Abs. 2 führt nur zur Vorbehaltsbestimmung im Urteile.

§ 1491. 1. *Haidlen 234. Der Verzicht des Abkömmlinges wirkt auch gegen dessen Abkömmlinge; diese Wirkung kann vertragsmäßig nicht ausgeschlossen werden (mit Schmidt, Staudinger gegen Opet, Planck).

2. Marcus, ZBlFG. 8 142. § 1491 gewährt einen Ersatz für die Anwendung des § 2033. Auf diese Weise kann durch Verzicht der Abkömmlinge das gütergemeinschaftliche Grundstück an den überlebenden Ehegatten ohne Auflassung übergehen.

3. Zu Abs. 2 und 4 vgl. das 7. Beispiel in J. Marcus, Die gerichtliche Erbteilung nach deutschem Rechte. Berlin 1907.

§ 1502. R. **07** 1323 (BayObLG.). Zum Erwerbe des Eigentums ist für den Abkömmling, der das Gesamtgut übernimmt, ein besonderer Übertragungsakt notwendig.

§ 1507. 1. KGJ. **34** A 229, OLG. **14** 235 (KG.). Das Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft hat neben den gemeinschaftlichen Abkömmlingen auch andere erbberechtigte Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten sowie den Bruchteil der Gütergemeinschaft, welcher in die fortgesetzte Gütergemeinschaft fällt, anzugeben. Gibt es solches nicht an, so beweist das Zeugnis, daß keine solchen nicht gemeinschaftlichen Abkömmlinge vorhanden sind.

2. OLG. **14** 234, HansGZ. **07** Beibl. 100 (Hamburg). Nur der überlebende Ehegatte hat Anspruch auf das Zeugnis, nicht aber die Kinder.

§ 1512. *Haidlen 223. Eine Herabsetzung über die Hälfte ist, soweit nicht § 1513 eingreift, nur zu dem überschießenden Betrage nach § 2306 nichtig, nicht ganz (mit Planck gegen Opet und Endemann 793).

§ 1513. *Haidlen 223. Bei Tod des Abkömmlinges vor Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft wird die Entziehung unwirksam; sie trifft insbesondere nicht auch seine anteilsberechtigten Abkömmlinge (gegen Schmidt, Staudinger).

§ 1518. OLG. **14** 234, ZBlFG. **7** 836 (Hamburg). Die Erbeinsetzung der Ehefrau ist insoweit zulässig, als Vorbehaltsgut vorhanden ist, greift aber auch Platz, sobald kein Nachlaß vorhanden ist. Der Erbschein wird nicht eingezogen. Sie kann von praktischer Bedeutung werden für Verfügungen der Ehefrau über gütergemeinschaftliche Grundstücke, die auf den Namen des Erblassers eingetragen sind.

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 1519. OLG. **15** 410, WürttZ. **07** 305 (Stuttgart). Jedem einzelnen Ehegatten kann am Gesamtgrundstücke Hypothek bestellt werden. Der Ehegatte steht dem Gesamtgute wie ein Dritter gegenüber.

§ 1520. Suspensiv bedingter Erwerb. In diesem Falle ist nur der Anspruch auf den späteren endgültigen Erwerb der Sache, nicht die Sache selbst eingebrachtes Gut. Schmidt und Staudinger gegen Planck und Opet.

§ 1521. Schmidt Note 2 c α. Schenkung des Dritten unter der Bedingung, daß die Zuwendung in das Gesamtgut fallen soll, ist zulässig.

§ 1522. Lebensversicherung. Schmidt Note 2 c β. a) Bei der Versicherung auf den Todesfall des Versicherten gehört der Anspruch aus dem Versicherungsvertrage zum eingebrachten Gute des versicherten Ehegatten, auch dann, wenn Vertrag zugunsten des anderen Ehegatten abgeschlossen ist. b) Der Anspruch auf eine Versicherung, die auf den Fall des Erlebens abgeschlossen ist, gehört zum Gesamtgut, ausgenommen, wenn die Prämienzahlung aus Mitteln des eingebrachten Gutes desjenigen Ehegatten erfolgt, an den die Versicherungssumme fallen soll. c) Bei gemischter Lebensversicherung bestehen die beiden Ansprüche auf Versicherung für den Todesfall und Erlebensfall nebeneinander mit der verschiedenrechtlichen Zugehörigkeit zum eingebrachten Gute resp. zum Gesamtgute (vgl. JDR. **5**).

§ 1524. a) HessRspr. 8 26, R. **07** 891 (Darmstadt). Ein Erwerbsgeschäft ist an sich nur dann Vorbehaltsgut, wenn es dem § 1526 untersteht. Erwerb aus einem zum eingebrachten Gute gehörigen Erwerbsgeschäfte fällt in das Gesamtgut. **b)** HessRspr. 8 38 (LG. Darmstadt). Die gesetzliche Haftung des Ehemanns für Verbindlichkeiten der Frau aus solchem Erwerbsgeschäfte (§ 1530 Abs. 2) wird durch § 1535 Ziff. 1 nicht ausgeschlossen.

§ 1527. **RG.** R. **07** 832. Die Vermutung gilt bei übergeleiteten Ehen nur für diejenigen Vermögensstücke, die dem Ehegatten nach dem 1. Januar 1900 zugefallen sind.

4. Fahrnisgemeinschaft.

§ 1549. 1. OLG. **15** 410, ZBlFG. **8** 557, ElsLothNotZ. **07** 629. Die Eheleute können ein Grundstück derartig erwerben, daß das Eigentum allein in das Gesamtgut fällt und der Nießbrauch jedem Ehegatten persönlich zustehen soll.

2. OLG. **15** 23 (Colmar). Aufhebung der Fahrnisgemeinschaft im Wege der einstweiligen Verfügung ist zulässig.

§ 1554. Schmidt Note 2 b. Satz 2 umfaßt nicht die Gegenstände, die ihrer Natur nach durch Rechtsgeschäfte nicht übertragbar sind, ihre rechtliche Natur als eingebrachtes Gut aber durch Ehevertrag oder durch § 1369 erlangt haben; vielmehr unterstehen solche Gegenstände dem § 1554 Satz 1. Das

Surrogat der nach § 1552 durch Rechtsgeschäfte nicht übertragbaren Gegenstände fällt in das Gesamtgut und wird nur dann eingebrachtes Gut, wenn das Surrogat selbst nicht durch Rechtsgeschäft übertragbar ist.

§ 1557. Schmidt Note 5 (gegen Staudinger). Auch die vereinbarte fortgesetzte Fahrnisgemeinschaft kann der überlebende Ehegatte ablehnen.

III. Güterrechtsregister.

§ 1558. Güterrechtsregister und Grundbuch (vgl. JDR. **3** zu §§ 1560 u. 1561). Schmidt, Note 6 zu § 1558, tritt Wieruszowski und den dort zitierten Entscheidungen von Dresden und Colmar bezüglich der Zulässigkeit der Legitimationsführung bei.

§§ 1560, 1561. 1. Gegen die Zulässigkeit der Eintragungen einstweiliger Verfügungen (vgl. JDR. **1**, **2**, **4**) auch Schmidt, Note 4 b β.

2. ZBlFG. **7** 837, DNotV. **07** 698, ElſLothNotZ. **07** 134 (LG. Straßburg). Gegen die herrschende Ansicht nimmt LG. Straßburg an, daß der beurkundende Notar ohne Vollmacht und ohne einen Eintragungsantrag im Ehevertrage zur Stellung dieses Eintragungsantrags befugt ist. Vgl. JDR. **1**, **2**, Schmidt zu § 1560 Note 3.

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

Vorbemerkung: Zum 7. Titel waren insbesondere verschiedene Äußerungen von Neustadt und Haidlen aufzunehmen. Zu der praktisch nicht gerade bedeutsamen Frage, ob wegen eines während aufgehobener ehelicher Gemeinschaft begangenen Ehebruchs Scheidung möglich ist, haben Hamm und Francke Stellung genommen (Ziff. 2 zu § 1575). Da die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft bereits eine bedingte Scheidung darstellt wird der Ansicht Franckes, der die Frage verneint, zuzustimmen sein. Wichtige Entscheidungen aus der Praxis finden sich zu § 1568 (vgl. Ziff. II).

Literatur: Haidlen, Familien- und Vormundschaftsrecht (4). Stuttgart 1907. — Neustadt, Eherecht, Berlin 1907. — Thiesing, Die Wirkungen nichtiger Ehen. München 1907.

§§ 1564 ff. I. 1. *Thiesing 139. Da das Erfordernis der Nichtigkeitsklage nur, um die Privatdisposition der Parteien über das Rechtsverhältnis der Ehe auszuschließen, aufgestellt und daher nur durante matrimonio notwendig ist, so darf das Scheidungsurteil, das der Ehe bei ihrer Gültigkeit zweifellos ein Ende gemacht hätte, auch bei nichtigen Ehen als formeller Auflösungsfaktor im Sinne des § 1329 angesehen werden. Der materielle Inhalt des Scheidungsurteils ist jedoch belanglos geworden; die an ihn sich knüpfenden Folgen für den schuldigen sowohl, wie für den unschuldigen Teil treten nicht ein, vielmehr sind die Beziehungen der Geschiedenen zueinander, die Stellung der Kinder und das Verhältnis zu Dritten nach den Grundsätzen zu beurteilen, die für nichtige Ehen auch sonst maßgebend sind. Vgl. auch Mitteis, Nichtigkeitserklärung der Ehe nach Scheidung 7.

2. Über die Frage, ob ein Ehegatte, nachdem negatives Ehefeststellungsurteil ergangen ist, sich noch des Ehebruchs schuldig machen kann, vorausgesetzt, daß es nachher zur Wiederbeseitigung jenes Urteils im Wiederaufnahmeverfahren kommt, handelt Pagenstecher, GerS. **71** 293 f., und Oetker aaO. 298.

II. 1. **RG.** 4. 7. 07, R. **07** 1139. Wird behauptet, daß ein Scheidungsprozeß von den Parteien zu dem Zwecke abgekartet ist, um vorläufig eine Scheidung und Schuldigerklärung des einen Teiles zu erreichen, damit alsdann der andere Teil eine reiche Heirat anbahnen und dadurch eine Ordnung seiner zerrütteten Vermögensverhältnisse erreichen könne, daß dann aber, wenn möglich, wieder eine neue Ehe unter den früheren Ehegatten abgeschlossen werden sollte, so ist von Amts wegen zu prüfen, ob nicht in der Verfolgung der Scheidungsansprüche von seiten der Par-

teien ein unzulässiger Mißbrauch des Scheidungsrechts zu unsittlichen Zwecken zu finden ist.

2. OLG. **14** 241 (KG.). Die Ehe russischer, in Deutschland wohnender Juden kann nicht durch deutsche Gerichte geschieden werden.

§ 1565. Abs. 2. Begriff der Zustimmung (s. JDR. **5**). *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 699 ff. Die Zustimmung zu der strafbaren Handlung ist nicht wie die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäfte (§§ 182 ff.) zu behandeln. Jene ist bloße Rechtshandlung, nicht Rechtsgeschäft. Vgl. oben Ziff. I 1 zu §§ 104 ff. Der Ehegatte muß sein Einverständnis mit der Handlung in irgendeiner Art zu erkennen gegeben haben. Es ist dies aber nicht dem anderen Teile gegenüber nötig. Der Fall ist ebenso zu behandeln wie die Verzeihung (vgl. oben zu § 532).

§ 1566. Neustadt, Eherecht 286 f. Der Tatbestand des § 1566 ist nicht nur dann erfüllt, wenn ein strafbarer Mordversuch vorliegt. Vielmehr kommen auch Handlungen in Betracht, die für den Strafrichter irrelevant sind, auch straflose Vorbereitungshandlungen, welche beweisen, daß der andere Teil wirklich seinem Gatten nach dem Leben trachtet, namentlich auch der sog. Versuch mit untauglichem Mittel. Immer aber wird zu verlangen sein, daß es nicht bloß bei dem sog. Willen, bei der bloßen Absicht geblieben ist; zu verlangen ist eine Äußerung, eine Objektivierung des Willens und zwar nicht jede beliebige, sondern eine solche, die imstande ist, den Effekt in einer uns vorstellbaren Weise zu erreichen (vgl. JDR. **1** und **2** zu § 1566).

§ 1567. 1. a) *Haidlen, Familienrecht 60. Das in Abs. 2 Ziff. 1 bestimmte Jahr muß nicht schon zur Zeit der Klagerhebung abgelaufen sein; es genügt Ablauf zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht. AM. Eichhorn, JDR. **2** Ziff. 2 c. b) BayRpflZ. **07** 242 (München). Wenn der Parteivertreter des auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft klagenden Ehemanns bereits vor Ablauf des Herstellungsjahrs die Scheidungsklage zugestellt hat, so wird hierdurch nicht der Aufnahmewille des Klägers ausgeschlossen.

2. Verhältnis des § 1567 zu § 1568 (s. JDR. **1** Ziff. 2, 5 u. 6, **2** Ziff. 4 Abs. 3, **3** Ziff. 1, **5** Ziff. a). **RG.** 17. 10. 07, JW. **07** 701 f., BadRpr. **07** 337, Bay. RpflZ. **08** 68. Liegen die Voraussetzungen des § 1567 nicht vor, so kann wegen böslicher Verlassung die Scheidung nicht erlangt werden; immerhin liegt in dem Verhalten eines Ehegatten, der sich in böslicher Absicht von der häuslichen Gemeinschaft fernhält, eine Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten, die wie jede andere Eheverfehlung bei der Prüfung, ob der Tatbestand des § 1568 gegeben ist, Verwendung finden kann.

3. SchlHolstAnz. **07** 137 (Kiel). Zur Begründung der Klage aus Ziff. 1 ist nicht erforderlich, daß der Kläger noch besondere Schritte getan habe, um die Wiedervereinigung der Ehegatten herbeizuführen. — Für das Fehlen des ernstlichen Willens, die Beklagte wieder aufzunehmen, kann sich diese weder allein auf Umstände berufen, die vor Erlaß des Herstellungsurteils liegen, noch auf solche, die nach Ablauf des kritischen Jahres nach Rechtskraft des Herstellungsurteils liegen.

4. R. **07** 185 (Karlsruhe). Eine auf Ziff. 2 gestützte Ehescheidungsklage wurde für nicht begründet erachtet, weil nach dem Ergebnisse der Beweisaufnahme die Annahme gerechtfertigt erschien, daß der Ehemann zur Zeit seiner Entfernung aus der Wohnung sich in einem Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden habe und deshalb eine bösliche Absicht nicht vorliege. Vgl. JDR. **4** Ziff. II 2 d.

§ 1568. I. 1. Versagung der ehelichen Pflicht (s. u. Ziff. II 5). Neustadt, Eherecht 295. Zu den Pflichten, deren Verletzung eine Scheidung aus § 1568 herbeiführen kann, gehört nicht die „eheliche Pflicht"

im engeren Sinne. Der geschlechtliche Verkehr kann immer nur auf Grund freiwilliger Übereinstimmung verlangt werden. Zwar liegt seine Vollziehung nach gesetzgeberischer Auffassung im Zwecke der Ehe, aber durch eine formale Tatsache den Akt der Eheschließung kann diese höchstpersönliche Angelegenheit des einzelnen nicht zu einer allgemeinen Pflicht gestempelt werden. Nach wie vor bleibt es der freien Entschließung des Gatten überlassen, ob er sich dem anderen hingeben will, oder nicht. Konsequenterweise ist die Nötigung zum Beischlaf als Verletzung der ehelichen Pflichten aufzulassen. — Dies schließt nicht aus, daß die Verweigerung des ehelichen Beischlafs als Scheidungsgrund mit anderer Motivierung aufgefaßt wird, weil nämlich „die Ehegatten einander zur ehelichen Gemeinschaft verpflichtet sind" (§ 1353). Die Ehe ist gesetzlich unter der Voraussetzung einer völligen Gemeinschaft geschlossen. Nur eine Pflicht zum Beischlaf im einzelnen Falle darf nicht statuiert werden.

2. *Reichel, ArchKrimAnthr. **26** 352. Kindesunterschiebung (§ 169 StGB.) von seiten der Ehefrau enthält ein ehezerrüttendes Verhalten (§ 1568) selbst dann, wenn sie erfolgt, um dem Ehemanne den ersehnten Leibeserben zu verschaffen; denn sie ist mit der ehelichen Offenheitspflicht unvereinbar.

3. Neubecker, ABürgR. **31** 277. Die wissentliche Ansteckung des gesunden Teiles durch aufgezwungenen Verkehr mit dem an Tuberkulose leidenden Ehegatten kann nach § 1568 als Scheidungsgrund dienen.

II. Aus der Praxis. 1. Grobe Mißhandlungen (s. JDR. 3 Ziff. 2 c). a) **RG.** 14. 10. 07, JW. **07** 711. Der Begriff der groben Mißhandlung schließt nicht nur die Fälle der lebens- und gesundheitsgefährlichen Mißhandlung in sich, sondern er ist ein weiterer (vgl. **RG. 47** 31 ff.) und umfaßt auch solche vorsätzliche Körperverletzungen, die, ohne das Leben und die Gesundheit des verletzten Ehegatten in Gefahr zu bringen, unter Umständen oder in einer Art begangen werden, die sie als eine besonders rohe, das allgemeine Rechtsempfinden schwer verletzende Ausschreitung erscheinen lassen. Unter den Begriff „grobe Mißhandlungen" können auch solche Mißhandlungen fallen, die mit einer ehrenrührigen Herabwürdigung des mißhandelten Ehegatten verbunden sind. Eine grobe Mißhandlung bleibt eine solche, gleichviel wodurch sie veranlaßt und ob sie insbesondere durch eine von dem Verletzten verschuldete Erregung des Mißhandelnden hervorgerufen wurde. Ihr Vorhandensein ist auch unabhängig von ihrer Wirkung auf das subjektive innere Empfinden des Verletzten. Das Mitverschulden des Verletzten und seine geringe Empfindlichkeit gegen Mißhandlungen können bei der Entscheidung darüber, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1568 gegeben sind, unter Umständen an anderer Stelle von Erheblichkeit sein. Hat der Verletzte die Züchtigung nicht besonders schwer empfunden, so kann es sich fragen, ob dies die Annahme ausschließt, daß seine eheliche Gesinnung gänzlich zerstört in seiner Person also die subjektive Folge der Ehezerrüttung entstanden ist. Hat er andererseits den Mißhandelnden zum Zorne gereizt, so entsteht die Frage, ob bei objektiver Würdigung des Falles die Ehezerrüttung so beschaffen ist, daß es dem Wesen der Ehe nicht mehr entsprechend ist, ihm die Fortsetzung dieser Ehe zuzumuten. b) **RG.** 17. 1. 07, JW. **07** 142. In gebildeten Ständen sind Mißhandlungen der Frau durch den Mann regelmäßig als nicht wieder gut zu machende Kränkungen anzusehen.

2. Beiderseitiges Verschulden (s. JDR. **1** Ziff. 7 a, **3** u. **5** Ziff. 2 b). **RG.** JW. **07** 674. Solange das Band der Ehe nicht gelöst ist, bestehen die durch die Ehe begründeten Pflichten eines jeden Teiles fort. Von diesen Pflichten wird der eine Gatte auch nicht dadurch befreit, daß sich der andere des Ehebruchs schuldig gemacht hat, ihm dadurch ein Scheidungsanspruch erwachsen und die Scheidungsklage von ihm bereits erhoben war. Mag auch das eheliche Verhältnis schon vorher durch das Verschulden des beklagten Gatten zerrüttet gewesen sein, immerhin schließt

dies nicht aus, daß die bereits vorhandene Zerrüttung durch das Verhalten des klagenden noch verschärft, vertieft und befestigt wurde.

3. Geschlechtliche Erkrankung (s. JDR. 3 Ziff. 2 k). a) OLG. 15 239, SchlHolstAnz. 07 202 (Dresden). Auch wenn eine Tripperansteckung nicht erwiesen ist, muß in der Nichtaufklärung der Klägerin durch den Beklagten über sein Geschlechtsleiden und in der Ausübung des Beischlafs mit ihr trotz Vorhersehbarkeit der wahrscheinlichen Folgen der Gesundheitsbeschädigung ein unsittliches, die durch die Ehe begründeten Pflichten schwer verletzendes Verhalten erblickt werden. b) **RG.** 21. 3. 07, R. 07 1070. Sträflicher Leichtsinn kann an sich nicht als eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten angesehen werden. Dagegen ist die Feststellung begründet, wenn ein Ehemann, der infolge ehebrecherischen Verkehrs längere Zeit an schwerer ansteckender Geschlechtskrankheit gelitten hat, den Geschlechtsverkehr mit seiner Frau wieder aufnimmt, ohne sich vorher durch ärztlichen Ausspruch seiner vollständigen Genesung vergewissert zu haben.

4. Beleidigende Prozeßbehauptungen (s. JDR. 2 Ziff. 3 b, 4 Ziff. II 2 a). a) R. 07 1468 (Hamburg). Um eine Ehescheidungsklage mit den im Ehescheidungsprozesse selbst seitens der Gegenpartei aufgestellten Behauptungen gemäß § 1568 zu begründen, genügt nicht schon die Unwahrheit dieser Behauptungen, sondern es ist erforderlich, daß der Gegner die Behauptungen in Kenntnis ihrer Unwahrheit und in besonders leichtfertiger, die ehelichen Pflichten schwer verletzender Weise aufgestellt hat, nicht bloß um sich zu verteidigen, sondern um den Gegner zu kränken. b) BadRpr. 07 58 (Karlsruhe). Auch die erstmals im Ehescheidungsprozesse selbst von einer Partei gegen die andere im Bewußtsein der Unwahrheit aufgestellten, den Charakter und die Ehre der anderen Partei empfindlich verletzenden Behauptungen können von letzterer als Ehescheidungsgründe geltend gemacht werden.

5. Versagung der ehelichen Pflicht (s. JDR. 1 Ziff. 7 d, 2 Ziff. 3 f, 5 Ziff. 3 b und o. Ziff. I 1). **RG.** 31. 1. 07, R. 07 311. In hartnäckiger Unterlassung der Vollziehung des Geschlechtsakts durch den Mann ist, wenn dieser weder durch geschlechtliche Unfähigkeit noch durch Widerwillen gegen die Frau entschuldigt wird, eine auf rücksichtsloser Eigensucht beruhende Verletzung der ehelichen Pflichten zu erblicken.

6. a) **RG.** PucheltsZ. 07 401. Unbegründeter Vorwurf des Ehebruchs ist ein Ehescheidungsgrund, wenn der Ehegatte, welcher den Vorwurf erhebt, keine tatsächlichen Unterlagen für den behaupteten Ehebruch geltend machen kann; ob er den Vorwurf trotzdem in gutem Glauben erhoben hat, ist nicht entscheidend. b) **RG.** 13. 5. 07, R. 07 768. Erstattet die Ehefrau eines Beamten, die in dem Verhalten ihres Mannes genügenden Grund zu der Annahme finden darf, daß ihr Mann mit einer anderen Frauensperson unlautere Beziehungen unterhält, hierüber bei dem Vorgesetzten ihres Mannes Anzeige, aber nicht in der Absicht, ihren Mann zu schädigen, sondern weil sie glaubt, zur Abwehr eines ihr drohenden Unrechts hierzu genötigt zu sein, so ist es nicht zu beanstanden, wenn in diesem Vorgehen der Ehefrau eine schwere Eheverletzung nicht gefunden wird. c) **RG.** JW. 07 48. Der Vorwurf der Unterschlagung enthält eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten.

7. a) **RG.** 21. 3. 07, JW. 07 259. Die Zerrüttung der Ehe kann nicht auf Grund der Erhebung der Ehescheidungsklage festgestellt werden. b) **RG.** R. 07 1406. Ein Scheidungsgrund kann nicht daraus hergeleitet werden, daß der Ehemann die Frau bei der Eheschließung über seine wahren, auf Erlangung einer pekuniären Versorgung gehenden Absichten getäuscht habe.

8. **RG.** 30. 5. 07, BayRpflZ. 07 413. Überwachung durch Detektivs kein Scheidungsgrund aus § 1568.

9. Über die Frage, inwieweit eigenmächtige Einsichtnahme von dem Briefwechsel der Frau durch den Ehemann einen Scheidungsgrund aus § 1568 abgeben kann, **RG.** 30. 5. 07, BayRpflZ. **07** 413.

§ 1569. Neustadt, Eherecht 302. Auf Scheidung muß erkannt werden, wenn die Krankheit zur Zeit der dem Urteile vorangehenden mündlichen Verhandlung die Dauer von drei Jahren erreicht hat, auch wenn diese Zeit im Momente der Klagerhebung, zur Zeit der Begutachtung der Sachverständigen noch nicht abgelaufen war. (Ebenso Erler und Davidson, JDR. **1** Ziff. 1 u. 4; aM. Endemann, § 166 Anm. 33.) — Die Aufhebung der geistigen Gemeinschaft braucht nicht drei Jahre gedauert zu haben, es genügt, daß die geistige Gemeinschaft am Ende der dreijährigen Dauer nicht mehr besteht (303). Als „geistige Gemeinschaft" im Sinne des § 1569 ist das Erfassen des Geschickes des Gatten und der Kinder anzusehen; dagegen kann nicht ausschlaggebend sein, ob der Gatte die Tatsache der Scheidung selbst schmerzlich empfindet oder ihr apathisch gegenübersteht (304).

§ 1570. 1. Begriff der Verzeihung (s. JDR. **1** u. **2** Ziff. 1, Bruck, JDR. **3** Ziff. 2 und JDR. **4** Ziff. 1). **a)** Über die Rechtsnatur der Verzeihung vgl. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft o. zu § 532. Über Beurteilung der Reichsgerichtsentscheidung, betr. Mentalreservation bei Verzeihung (JDR. **4** Ziff. 2 b) vgl. aaO. 630. **b)** Neustadt, Eherecht 305. Die Verzeihung ist kein Rechtsgeschäft, sondern ein Akt rein tatsächlicher Natur, und der Richter hat nur zu prüfen, ob der Vorgang faktisch erfolgt ist oder nicht. Nur danach bemessen sich die Rechtswirkungen. Die subjektiven Voraussetzungen für die Rechtswirkungen der Verzeihung sind nicht von den allgemeinen Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit abhängig, während Endemann, § 166 Note 17 die Fähigkeit zur Verzeihung unter denselben Voraussetzungen zuläßt, denen die Fähigkeit, auf Scheidung zu klagen, unterworfen ist. **c)** *Haidlen, Familienrecht 64. Die Verzeihung ist ein familienrechtliches Rechtsgeschäft; sie ist höchstpersönlich; auch der beschränkt Geschäftsfähige kann verzeihen, nicht aber der Geschäftsunfähige. Die Verzeihung muß dem anderen Gatten gegenüber erklärt werden; die Beifügung von Bedingungen ist zulässig. Die Verzeihung ist wegen Willensmängeln anfechtbar. Die Verzeihung kann bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils, nicht bloß bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Scheidungsurteil zu erlassen ist, erfolgen.

2. Beischlafsvollziehung als Verzeihung (s. JDR. **1** Ziff. 1 g, **2** Ziff. 5, **5** Ziff. 1). **a) RG.** 6. 6. 07, R. **07** 1139. Wenn die Beischlafsvollziehung infolge einer Aufforderung des durch Verfehlungen des anderen Teiles verletzten Ehegatten stattfindet, so begründet sie in der Regel die Annahme der Verzeihung. **b)** HansGZ. **07** Beibl. 267 (Hamburg) wie **RG.** JDR. **5** Ziff. 1 a.

3. Generalverzeihung (s. JDR. **1** Ziff. 2, **4** Ziff. 2 c, **5** Ziff. 4). **RG.** R. **07** 1139. Es kann nicht als ausgeschlossen gelten, daß ein Ehegatte auch den ihm unbekannten Verfehlungen des anderen Teiles zustimmt und sie verzeiht.

4. SeuffA. **63** 67 (München). Nichtgeltendmachung vorliegenden Ehebruchs begründet nicht die Einrede der Verzeihung. Da es ausschließliches Recht des Klägers ist, den Scheidungsgrund zu bestimmen, kann der Verzicht auf einen Scheidungsgrund, sei es ein leichterer oder schwererer als der geltend gemachte, nicht zur Annahme der Verzeihung führen, wenn nicht andere Umstände zutage treten, die auf die Verzeihung schließen lassen.

§ 1571. 1. OLG. **15** 411 (Dresden). Trunksucht des einen Ehegatten ist ein sich stets erneuernder Scheidungsgrund, und es kann, solange diese noch währt, von einem Beginne der Präklusivfrist nicht gesprochen werden. Wenn jedoch der Zustand der Trunksucht fortdauert, allein innerlich ein Moment hinzutritt, das der Trunksucht das schuldhafte und damit die Eigenschaft als Scheidungsgrund nimmt, muß — um nicht zu einem unbilligen Ergebnisse zu gelangen — angenommen werden,

daß die Präklusivfrist gegen den unschuldigen Teil erst dann läuft, wenn er von dem inneren Momente, das die Trunksucht ihrer Eigenschaft als Scheidungsgrund entkleidet, Kenntnis erhält. Aufgehoben vom **RG.** 5. 3. 08, JW. **08** 276.

2. R. **07** 1468 (Colmar). Durch den Ablauf der im § 1571 bestimmten Frist wird ein Ehegatte nicht gehindert, die Tatsachen, auf welche er eine Scheidungsklage gründen konnte, nunmehr unter dem Gesichtspunkte geltend zu machen, daß auf Grund dieser Tatsachen das Verlangen des anderen Ehegatten nach Wiederherstellung der Gemeinschaft sich als ein Mißbrauch seines Rechtes darstelle. Dies ist der Fall, solange die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der andere Ehegatte es auch in der Zukunft an der rechten ehelichen Gesinnung werde fehlen lassen.

3. Abs. 2 Satz 2. **a)** *Haidlen, Familienrecht 63. Die Aufforderung des Abs. 2 Satz 2 braucht nicht den dort angegebenen alternativen Wortlaut zu haben; es genügt das Verlangen der Herstellung. **b)** OLG. **15** 240 (Marienwerder). Die Klage ersetzt nicht die Aufforderung des Abs. 2 Satz 2.

4. RheinA. **104** I 146 ff. (Düsseldorf). Weil der Abs. 2 des § 1571 nicht zurückwirkt, ist eine Rückwirkung der zehnjährigen Frist des Abs. 1 möglich.

§ 1574. 1. *Haidlen, Familienrecht 65. Bei Scheidung nur auf Widerklage, z. B. weil die Klage auf Herstellung oder auf Anfechtung geht oder weil die Scheidungsklage wegen Zeitablaufs oder Verzeihung abzuweisen ist, steht dem Kläger der Antrag auf Schuldigerklärung des Beklagten unter den Voraussetzungen des Abs. 3 zu.

2. RJA. **8** 5 ff. (KG.). Der Anspruch über die Schuld braucht nicht in dem entscheidenden Teile des Urteils zu stehen. AM. Planck, Anm. 2 aE. zu § 1574, Endemann, BGB. II § 167 Anm. 6. Vgl. JDR. **2** Ziff. 1.

3. **RG.** 31. 1. 07, R. **07** 312. Hat der Beklagte in erster Instanz keinen Antrag auf Klagabweisung gestellt, sondern sich darauf beschränkt, zu beantragen, daß die Klägerin für mitschuldig an der Scheidung erklärt werde, so ist er, wenn die Scheidungsklage abgewiesen und der Antrag des Beklagten ohne weiteres für erledigt erklärt wird, als formell beschwert zur Berufung berechtigt und kann dann förmliche Widerklage auf Scheidung erheben.

4. **RG.** 19. 9. 07, R. **07** 1406. Im Ehescheidungsprozesse wird das Recht des beklagten Eheteils, eine Schuldigerklärung auch des klagenden Eheteils zu beantragen, nicht dadurch verloren, daß der beklagte Ehegatte sich auf jenen Antrag nicht beschränkt, sondern darüber hinaus auch seinerseits widerklagend Scheidung der Ehe verlangt (vgl. **RG.** JW. **04** 489, JDR. **3** Ziff. 1).

§ 1575. 1. *Haidlen, Familienrecht 71. Der Antrag des Abs. 1 Satz 2 ist ein materiell-rechtlicher, aber nur in mündlicher Verhandlung zu stellender; für ihn gelten die Vorschriften der ZPO. §§ 612, 613. Er kann bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, und auch noch in der Revisionsinstanz gestellt werden. Auch die Umwandlung der Scheidungsklage in die Aufhebungsklage und umgekehrt ist jederzeit, selbst noch in der Revisionsinstanz, zulässig.

2. Ehebruch während aufgehobener ehelicher Gemeinschaft (vgl. Olshausen und Francke, JDR. **5** zu § 1586). **a)** Hamm, DJZ. **07** 583. Solange nicht auf Grund des Urteils, das die eheliche Gemeinschaft aufgehoben hat, die Scheidung ausgesprochen ist, macht sich ein Ehegatte durch Geschlechtsverkehr mit einer anderen Person des Ehebruchs schuldig. Wegen dieses Ehebruchs kann die Scheidung der Ehe gemäß § 1565 Abs. 1 beantragt werden; dem aus diesem Grunde klagenden Ehegatten kann nicht entgegengehalten werden, daß er auf Grund des Urteils, durch welches die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist, ohne weiteres befugt sei, die Scheidung zu verlangen. **b)** Hiergegen wendet sich Francke, SeuffBl. **08** 172, der aus den §§ 1574, 1575 folgert, daß die von Hamm

behauptete, nochmalige selbständige Klagemöglichkeit nicht besteht. Da eine geschiedene Ehe nicht nochmals geschieden werden könne, müsse die Klage wegen eines während gerichtlich aufgehobener Ehegemeinschaft begangenen Ehebruchs jedenfalls dann unmöglich werden, wenn an die Stelle erkannter Aufhebung der Ehegemeinschaft Scheidung der Ehe gesetzt ward. Aber da durch die Aufhebung der Ehegemeinschaft zugleich bedingt die Ehe geschieden sei, müsse auch schon die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache eine neue Scheidungsklage hindern. c) *Haidlen, Familienrecht 58 f. Nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gemäß § 1575 ist ein Ehebruch eines Gatten der aufgehobenen Ehe in bezug auf diese Ehe rechtlich nicht mehr möglich (ebenso Hedemann, DJZ. **07** 738 ff., eine derartige Annahme entspreche nicht dem Geiste des § 1586), auch durch Wiederherstellung nach § 1576 wird der Tatbestand eines Ehebruchs nicht rückwärts hergestellt.

§ 1576. 1. *Haidlen, Familienrecht 73. Nach Rechtskraft des Aufhebungsurteils ist zur Erzielung der Scheidung neue Klage erforderlich, ein auf Grund des Aufhebungsurteils gestellter Antrag genügt nicht. Auf die Klage finden die Vorschriften der ZPO. §§ 606 ff. Anwendung mit Ausnahme der §§ 614, 616, 620, 623 und 627 (vgl. jedoch Francke, JDR. 5). — Die Umwandlungsklage des § 1576 ist auf Grund eines altrechtlichen Urteils auf Trennung von Tisch und Bett nicht möglich.

2. BadRpr. **07** 301 (LG. Karlsruhe) legt die Kosten des nachträglichen Scheidungsverfahrens dem schuldigen Ehegatten auf, da dieser schon in dem materiell zugrunde liegenden Urteil über die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft als unterliegende Partei bezeichnet ist. — Übereinstimmend mit Davidson, JDR. **1** zu § 1576.

§ 1577. 1. Neustadt, Eherecht 314. Auch wenn der Mann der Frau die Führung seines Namens untersagt, kann er doch nicht verhindern, daß sie ihrem früheren Namen seinen Namen in der Form „geschiedene X." beifügt. Denn damit deutet sie nur ihr früheres Familienverhältnis an, ohne seinen Namen beizubehalten. Ebenso muß es ihr gestattet sein, den Namen des Mannes, auch wenn er ihr dessen Führung rechtmäßig untersagt hat, als Firmennamen weiterzuführen, falls sie vor der Scheidung unter seinem Namen ein Handelsgewerbe betrieben hat.

2. RJA. 8 38 (KG.). Unzulässigkeit der Fortführung und Eintragung einer Firma, die den Familiennamen des geschiedenen Ehemanns der Geschäftsinhaberin enthält, wenn der Mann der allein für schuldig erklärten Frau vor der Eintragung die Führung seines Namens untersagt hat.

§§ 1578, 1579. 1. Wegen der Beziehungen zur facultas alternativa der §§ 1345 ff. vgl. *Weyl, SeuffBl. **07** 564 Anm. 10 und 619.

2. **RG.** 17. 10. 07, R. **07** 1537. Bei Bestimmung des standesgemäßen Unterhaltsbedarfs der geschiedenen Ehefrau ist die Lebensstellung des Ehemanns zur Zeit der Scheidung zugrunde zu legen. Für die Bestimmung des Umfanges der Unterhaltsverpflichtung des Ehemanns ist dagegen nicht dessen Einkommen zur Zeit der Scheidung, sondern sein jeweiliges Einkommen maßgebend.

3. **RG.** 7. 11. 07, R. **07** 1468, JW. **07** 835 ff. Die geschiedene Ehefrau hat sich eine Herabminderung ihres Unterhaltsanspruchs auf ein der Billigkeit entsprechendes Maß nicht schon dann gefallen zu lassen, wenn nichts weiter vorliegt, als daß der frühere Ehemann einem minderjährigen unverheirateten Kinde oder infolge seiner Wiederverheiratung dem neuen Ehegatten Unterhalt zu gewähren hat. Voraussetzung für die Anwendung der Ermäßigungsvorschrift ist vielmehr, daß der für schuldig erklärte Ehegatte bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts dem anderen Ehegatten keinen Unterhalt oder nicht den vollen standesgemäßen Unterhalt zu gewähren vermag. — Ist aber diese Voraussetzung gegeben, so hat im Falle des § 1579 Abs. 1

Satz 2 der Verpflichtete von seinen Unterhaltsmitteln nicht etwa schlechthin nur soviel herauszugeben, als ihm übrig bleibt, wenn er wegen seines Eigenbedarfs ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts voll gedeckt ist, sondern es ist alsdann unter dem Gesichtspunkte der Billigkeit bei Berücksichtigung der Bedürfnisse sowie der Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Beteiligten darüber Entscheidung zu treffen, ob er darüber hinauszugehen verpflichtet ist, ob er also dem unterhaltsberechtigten früheren Ehegatten selbst unter Verkürzung des für den Eigenbedarf Erforderlichen einen Mehrbetrag zu entrichten hat.

4. **RG.** 7. 11. 07, R. **07** 1468, JW. **07** 835 ff. Ist nach den Verhältnissen, unter welchen die Eheleute gelebt haben, Erwerb durch Arbeit der Frau nicht üblich, so ist auch das an sie gestellte Ansinnen nicht berechtigt, sie möge sich in eine dienende Stellung begeben und ihren Unterhalt auf diese Weise selbst erwerben (vgl. **RG.** JDR. **5** Ziff. 2). Die Unterhaltsbedürftigkeit der Ehefrau fällt in solchem Falle nicht dadurch weg, daß nach Auflösung der Ehe die Frau wieder in den Hausstand ihrer Eltern eintritt und — ohne Abschluß eines Dienstvertrags — den Haushalt der Eltern führt und dafür von diesen Verpflegung und Kleidung erhält.

§ 1579. Abs. 1 Satz 2. BraunschwZ. **07** 6 (Braunschweig). Unter den minderjährigen unverheirateten Kindern des Abs. 1 Satz 2 sind nicht auch unehelich erzeugte, sondern nur die ehelichen Kinder des alimentationspflichtigen Ehegatten zu verstehen. Die Unterhaltspflicht gegenüber dem unehelichen Kinde fällt unter die sonstigen Verpflichtungen des Satz 1. Ebenso **RG.** 14. 1. 07, R. **07** 1070, PosMSchr. **07** 8.

§ 1580. SeuffBl. **07** 957 (München). Auf eine vertragsmäßige Abfindung in Kapital nach § 1580 Abs. 2 findet § 4 Ziff. 3 LohnBG. keine Anwendung.

§ 1581. *Haidlen, Familienrecht 67. Bei Auflösung der neuen Ehe des Berechtigten tritt der Unterhaltsanspruch nicht wieder ein; bei Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe bleibt er bestehen. Wie Davidson, JDR. **1** Ziff. 1.

§ 1584. 1. *Burckas, Eigentumsrecht, Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht an Briefen 20 f. Wie im Falle der Auflösung eines Verlöbnisses von den Verlobten (vgl. § 1301 BGB.), so sind auch im Falle der Auflösung einer Ehe von den Ehegatten die gewechselten Briefe einander wieder zurückzugeben. Während es im Falle des § 1301 (vgl. o. Ziff. 1 zu § 1301.) geboten erscheint, den Begriff Geschenke auf Briefe analog auszudehnen, erscheint im Falle des § 1584 vielmehr das argumentum e contrario richtig; denn es wäre nicht einzusehen, inwiefern der schuldige Ehegatte in seinem doch ebenfalls schutzwürdigen persönlichkeitsrechtlichen Interesse nicht geschützt werden sollte. Diese Ansicht rechtfertigt sich auch aus der verschiedenen ratio legis des § 1301 (Rückforderung wegen Nichteintritt der stillschweigenden Bedingung der künftigen Eheschließung) und der des § 1584 (Rückforderung wegen Unwürdigkeit und Undankes).

2. Verzicht auf das Widerrufsrecht. Neustadt, Eherecht 352. Hat der zum Widerrufe der Schenkungen berechtigte Ehegatte beim Ausspruche des Verzichts auf den Widerruf die Tatsachen bereits gekannt, auf Grund deren der Beschenkte im Scheidungsurteil allein für schuldig erklärt wird, so ist der Verzicht ohne weiteres wirksam, und es kommt nicht darauf an, ob die Scheidungsklage bereits erhoben war oder nicht. AM. Planck, § 1584 Anm. 4, JDR. **1** zu § 1584.

§ 1585. 1. *Thiesing 203. Für das Verhältnis der Gatten untereinander in bezug auf die Unterhaltsgewährung an ein Kind aus der nichtigen Ehe gilt das Recht des § 1345. Ob beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen die Frau dem Manne beitragspflichtig ist, richtet sich danach, ob vom § 1345 Gebrauch gemacht ist, da nur dann die entsprechende Anwendung des § 1585 gegeben ist. Bei beiderseitiger Gutgläubigkeit der Gatten fehlt es an der Möglichkeit, die Befugnis des § 1345 in Anspruch zu nehmen, infolgedessen entfällt auch die Beitragspflicht, die

ja lediglich eine die Gatten angehende Berechtigung und Verpflichtung ist. § 1700 ordnet nur das Verhältnis der Eltern zu den Kindern, das in bezug auf die Unterhaltspflicht nach dem für maßgeblich erklärten Scheidungsrechte durch die Scheidung der Ehe, mithin hier durch die Nichtigkeitserklärung keine Änderung erfährt. Aus § 1700 kann niemals die Anwendbarkeit des lediglich das interne Verhältnis der Gatten regelnden § 1585 gefolgert werden.

2. **RG.** 11. 7, 07, R. **07** 1070. § 1585 betrifft nur das Verhältnis der geschiedenen Ehegatten zueinander. Klagt die Ehefrau als bestellte Pflegerin ihres Kindes für dieses Kind gegen ihren geschiedenen Ehemann auf Unterhalt, so kann der Ehemann der Klage nicht entgegenhalten, daß die Mutter einen Beitrag zu den Kosten des Unterhalts zu leisten habe.

§ 1586. (Vgl. zunächst oben zu § 1575 Ziff. 2.) 1. Hamm, DJZ. **07** 582 f. Die Bestimmung, wonach bei Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die mit der Scheidung verbundenen Wirkungen eintreten, gilt nur für die zivilrechtlichen Wirkungen der §§ 1577—1585. Ein Ehebruch, wegen dessen nur auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt ist, ist nicht strafbar; er wird erst strafbar, wenn einer der Ehegatten auf Grund des Urteils, das die eheliche Gemeinschaft aufgehoben hat, die Scheidung aussprechen läßt.

2. Neustadt, Eherecht 327 f. Mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach § 1575 treten sämtliche Wirkungen, die mit der Scheidung verbunden sind, ein. Ebenso Behr, JDR. **3** und Meißner, JDR. **4** zu § 1586. Weder ist anzunehmen, daß die bloß mit der Auflösung der Ehe verbundenen Wirkungen nicht eintreten (Staudinger-Engelmann zu § 1586), noch ist aus diesen Wirkungen eine geeignete Auswahl zu treffen (Dernburg, BürgR. IV § 31 Anm. 8). Der Mann kann z. B. die Führung seines Namens der schuldigen Frau untersagen.

3. *Haidlen, Familienrecht 71. Abgesehen von den beiden Ausnahmen des § 1586 treten mit der Rechtskraft des Aufhebungsurteils alle Wirkungen einer Scheidung ein, sowohl die in den §§ 1577—1585 bezeichneten spezifischen, als die mittelbar durch die Scheidung veranlaßten Wirkungen: Aufhören der in den §§ 1353, 1354, 1356—1361 bezeichneten Rechte und Pflichten, des Güterstandes, der Vorschriften über eheliche Abstammung und Verwandtschaft, ferner der vom Bestehen der Ehe abhängigen Rechte und Pflichten der Gatten bezüglich des Verwandtenunterhalts und der elterlichen Gewalt, Beseitigung des Erb- und Pflichtteilsrechts der Gatten, Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen ꝛc.

§ 1587. *Haidlen, Familienrecht 72. Auf die Wiederherstellung finden die Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung. Bei Geschäftsunfähigkeit eines Gatten ist die Wiederherstellung nicht möglich, wohl aber bei beschränkter Geschäftsfähigkeit; da es sich um ein familienrechtliches Rechtsgeschäft handelt, ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht erforderlich. Die Wiederherstellung muß nach Erlassung des Aufhebungsurteils erfolgt sein; Rechtskraft ist nicht erforderlich; Wiederherstellung vor Erlassung des Aufhebungsurteils kommt nicht in Betracht (vgl. jedoch Behr, JDR. **3**). Eine Anfechtung der Wiederherstellung ist nach §§ 116 ff. möglich; dagegen nicht nach Maßgabe der §§ 1331, 1336, da die Herstellung keine neue Eheschließung ist. — Mit der Herstellung tritt kraft Gesetzes, abgesehen von dem Güterstande, der vor der Aufhebung bestandene Rechtszustand wieder ein, jedoch nicht für die Zwischenzeit. In Ansehung der Ehelichkeit eines in der Zwischenzeit geborenen Kindes gilt für die Zwischenzeit die Vermutung des § 1591 Abs. 2 Satz 1 nicht (vgl. JDR. **1** Ziff. 3, **2** Ziff. 3 zu § 1586 u. Ziff. 1 zu § 1591).

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1589. Abs. 2. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Ein uneheliches Kind ist in Wirklichkeit mit dem Erzeuger verwandt (vgl. §§ 1310, 1589 Abs. 1 BGB.), es gilt nur bezüglich der an die Verwandtschaft geknüpften Rechtsfolgen als nicht verwandt. Verwandtschaft ist eine Tatsache, kein Rechtsbegriff.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1591. 1. **RG.** R. **07** 1071. Die Ehelichkeit des Kindes ist nicht ausgeschlossen, wenn auch nur (z. B. bei körperlicher Unfähigkeit des Mannes zu regelrechter Beiwohnung infolge Ablagerung des Samens an den äußeren Geschlechtsteilen der Frau und dadurch herbeigeführter Befruchtung) die entfernte Möglichkeit besteht, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen hat, mag auch eine nahezu an Gewißheit grenzende Wahrscheinlichkeit gegen diese Annahme sprechen.

2. RheinA. **104** I 109 (Cöln). Schon nach dem Wortlaute des § 1591 Abs. 2 wird die dort aufgestellte Vermutung der Beiwohnung durch den Nachweis beseitigt, daß eine eheliche Beiwohnung nicht stattgefunden habe. Das Gesetz verlangt so wenig den Nachweis objektiver Unmöglichkeit der Beiwohnung oder den Nachweis, daß die Beiwohnung den Umständen nach offenbar unmöglich sei, daß es vielmehr in diesem Falle im § 1951 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich erklärt, das Kind sei nicht ehelich. Von der im § 1591 Abs. 2 aufgestellten Vermutung ist in diesem Falle keine Rede, es bedarf daher auch nicht des Nachweises solcher Tatsachen, durch welche die Vermutung zerstört wird.

3. HessRspr. **7** 169, ZBlFG. **7** 706 (Darmstadt). Es genügt nicht die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Geschlechtsverkehrs, sondern es muß dem Manne nachgewiesen werden, daß er während der Empfängniszeit seiner späteren Ehefrau beigewohnt hat.

4. RheinA. **104** I 163 (Cöln). Auch im Falle der Zeugungsunfähigkeit des Mannes kann das von der Ehefrau geborene Kind ein eheliches sein. Es ist eine künstliche Befruchtung mit dem Samen des Mannes möglich, sofern nur der Samen normal ist. (Vgl. gegen diese Entscheidung die Ausführungen von Th. Olshausen in der Deutschen Medizinischen Wochenschrift **08** 515: „vom Manne empfangen" im Sinnedes Abs. 1 Satz 1 ist ein Kind dann nicht, wenn eine Beiwohnung überhaupt nicht stattgefunden hat.)

5. *Haidlen, Familienrecht 266. Todeserklärung des Mannes löst zwar die Ehe nicht auf, muß aber insoweit, als es sich um die Vermutung der Beiwohnung handelt, als Auflösung gelten, wobei der festgestellte Todestag der maßgebende ist.

6. Hedemann, DJZ. **07** 738 ff. Auf Kinder, welche nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft geboren werden, finden die §§ 1591 ff. über die eheliche Abstammung keine Anwendung.

§ 1592. OLG. **15** 414 (Hamburg). Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes, das vor dem 302. Tage erzeugt ist.

§ 1593. 1. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Im Falle, daß das Kind in Wirklichkeit nicht vom Ehemanne der Mutter erzeugt ist, sollen dieselben Rechtsfolgen eintreten, als ob es der Fall wäre; die Fiktion läßt sich durch Anfechtungsklage beseitigen. Tritt hierzu der Fall des § 1699 Abs. 1 BGB., so muß einschränkende Interpretation angewandt werden, da bei Annahme der Theorie von der „juristischen Wahrheit" das Kind zwei juristische Väter haben würde.

2. KGBl. **07** 42 (Stettin), JDR. **5** § 1593 Ziff. 2, aufgehoben durch **RG. 66** 249, JW. **07** 515. § 1594 ist nicht anwendbar auf ein vor dem 1. 1. 1900 geborenes Kind.

§ 1594. 1. KGBl. **07** 42 (KG.). Die Frist des § 1594 ist eine Präklusivfrist, keine Verjährungsfrist. Daher findet auf sie Art. 169 Abs. 2 EGBGB. keine An-

wendung. Für Kinder, die vor dem 1. Januar 1900 geboren sind, finden die früheren Vorschriften Anwendung. Ebenso OLG. **14** 245 (Hamburg), JDR. **5** § 1594 Ziff. 5. u. Ziff. 2.

2. **RG.** HansGZ. **07** Beibl. 172 bestätigt OLG. Hamburg, HansGZ. **06** Beibl. 29 (s. JDR. § **5** 1594 Ziff 1).

§ 1596. Zitelmann, Festschrift für Bekker 164. Die Erhebung der Klage zieht schon die Anfechtungswirkung nach sich, natürlich wenn ein Recht, die Ehelichkeit anzufechten, bestanden hat; mit der Klagerhebung ist also bereits die Rechtsstellung des Kindes, als ehelich zu gelten, beseitigt, und diese Folge bleibt bestehen, auch wenn die Klage ohne Sachentscheid abgewiesen wird; denn dann ist dieser Rechtsstreit „erledigt", mag auch wegen derselben Angelegenheit noch ein anderer Rechtsstreit möglich sein. Demnach bleibt es jetzt bei der Unehelichkeit des Kindes, und diese Unehelichkeit kann von jedem und in jeder beliebigen Weise geltend gemacht werden.

§ 1597. Vgl. v. Hugo u. Ziff. 4 zu § 1945.

§ 1598. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 716 ff., ausführlich über die Behandlung der verschiedenartigen familienrechtlichen Anerkennungen. Die Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes (vgl. auch §§ 1596 Abs. 2 und 1599) ist ein echtes Rechtsgeschäft, indem der Ehemann autonom die Stellung des Kindes als eheliches schafft (vgl. Mot. IV 659 ff.). Aber eine „Erklärung" dieses Erfolgwillens ist unnötig. Es liegt sog. Willensgeschäft vor. Vgl. hierzu oben Ziff. I 1 zu §§ 104 ff. und zu §§ 116 ff. Der Anerkennungswille braucht nur irgendeinem Verhalten des Ehemanns zugrunde zu liegen und sich in diesem zu verraten.

§ 1599. Vgl. v. Hugo u. Ziff. 4 zu § 1945.

Dritter Titel. Unterhaltspflicht.

Vorbemerkung: Hervorzuheben sind die Entscheidungen des RG. und des KG. über den Begriff des notdürftigen Unterhalts. Über das Verhältnis des Armenverbandes zu den Unterhaltspflichtigen handelt Pretsch. PrVerw Bl. **28** 849—850.

§ 1601. 1. **RG.** R. **07** 1537. Die Annahme, daß ein Unterhaltspflichtiger, der als Angestellter kraft seiner Kenntnisse jahrelang ein erhebliches Einkommen gehabt hat, in der Lage ist, nach Verlust jener Anstellung sich ein ähnliches Einkommen im Erwerbsleben zu verschaffen, ist regelmäßig rechtlich nicht zu beanstanden.

2. OLG. **14** 246, HansGZ. **07** Beibl. 101, SeuffBl. **07** 356 (Hamburg). Der Vater, welcher seinen Sohn zu einem besseren Berufe bestimmt und vorgebildet hat, ist verpflichtet, dem Sohne die Mittel zum einjährig-freiwilligen Dienste zu gewähren.

§ 1603. 1. *Haidlen, Familienrecht 272. Ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter im Sinne des Abs. 2 Satz 2 ist auch die Mutter. Die gesteigerte Unterhaltspflicht des Vaters (Abs. 2 Satz 1) tritt somit erst ein, wenn nach Erbringung des dem Vater obliegenden Beweises der Voraussetzungen des Abs. 1 die klagenden Kinder den Beweis der Leistungsunfähigkeit der Mutter erbracht haben.

2. BadRpr. **07** 75 (Karlsruhe). Die Teilung der Unterhaltspflicht setzt nach § 1603 Leistungsfähigkeit der Mitverpflichteten voraus; wenn und soweit ein solcher leistungsunfähig ist, wächst die Unterhaltspflicht dem neben ihm verpflichteten Leistungsfähigen an.

3. **RG.** R. **07** 1071. Der Vater kann gegenüber dem Unterhaltsanspruche seines Kindes nur unter den Voraussetzungen des § 1603 Abs. 1 sich darauf berufen, daß in der Person der Mutter eine andere unterhaltspflichtige Verwandte des Kindes vorhanden sei. Liegen die Voraussetzungen des § 1603 Abs. 1 nicht vor, so haftet der Vater für den Unterhalt seiner Kinder vor der Mutter.

§ 1606. BadRpr. **07** 209 (Karlsruhe) über den Anspruch eines Kindes, das sich bei seiner, von ihrem Ehemanne getrennt lebenden Mutter befindet, auf Unterhalt gegen den Vater.

§ 1607. Schulz, Rückgriff 81 (vgl. o. zu § 412).

§ 1609. *Haidlen, Familienrecht 276 f.| Sind gleichzeitig volljährige und minderjährige Kinder und ein Ehegatte, z. B. die Frau, unterhaltsbedürftig und fehlt ein anderer leistungsfähiger Verwandter, so haben die volljährigen Kinder ihrem Vater gegenüber keinen Unterhaltsanspruch; es bleibt aber auch dem Vater der eigene standesgemäße Unterhalt nicht unberührt, sondern es hat Teilung seiner verfügbaren Mittel zwecks Unterhaltes der Frau und der minderjährigen Kinder im Verhältnis des Bedarfs stattzufinden. — Ist ein anderer leistungsfähiger Verwandter vorhanden, so kommt eine Teilung nach § 1603 Abs. 2 nicht in Frage, vielmehr bildet im Verhältnis zu den minderjährigen Kindern das Maß der Leistungsfähigkeit die Grenze. Da nach § 1609 Abs. 2 die Frau den minderjährigen Kindern gleichsteht, aber den volljährigen vorgeht, so können letztere nur dann und insoweit zum Zuge kommen, als von dem nach Maßgabe der Leistungsfähigkeit des Vaters verfügbaren Betrag nach Deckung des Unterhaltsanspruches der Frau etwas übrig bleibt. Ist letzteres der Fall, so müssen die volljährigen Kinder diesen übrigbleibenden Betrag mit den minderjährigen Kindern teilen; der so sich ergebende Betrag ist der den volljährigen Kindern zukommende Betrag.

§ 1610. 1. **RG.** JW. **07** 711. Der notdürftige Unterhalt umfaßt seinem Inhalte nach ebenso wie der standesmäßige Unterhalt den gesamten Lebensbedarf der Person (§ 1610 Abs. 2, Begr. IV 698, § 1488 Abs. 1 Entw. I). Die Bestimmung im § 1610 Abs. 2 ist also nicht nur für den standesmäßigen, sondern auch für den notdürftigen Unterhalt maßgebend. Dagegen unterscheidet sich der notdürftige vom standesmäßigen Unterhalt in Ansehung des Maßes der zur Befriedigung der Lebensbedürfnisse zu gewährenden Mittel. Diese sind beim notdürftigen Unterhalt — anders als beim standesmäßigen — nur auf das unbedingt Notwendige zu bemessen. Was zum Lebensbedarf einer Person gehört und wieviel zu dessen Deckung bei Gewährung des notdürftigen Unterhalts ausreicht, ist nach den Umständen des einzelnen Falles unter Beachtung des § 1610 Abs. 2 zu beurteilen.

2. OLG. **15** 415, KGBl. **07** 48 (KG.). Bei der Bestimmung des notdürftigen Unterhalts muß in gewissem Umfang auch auf die Lebensverhältnisse des Berechtigten Rücksicht genommen werden. Ein Mensch, der an bessere Lebenshaltung gewöhnt ist, würde unbilligen Nachteilen ausgesetzt sein, wenn man ihm zumuten würde, mit dem Betrag auszukommen, der zum notdürftigen Unterhalt eines an einfache Verhältnisse gewöhnten Menschen ausreicht.

3. **RG.** R. **07** 1324. Bei der Prüfung, was zum standesgemäßen Unterhalte der Kinder gehört, können zwar die Vermögensverhältnisse des unterhaltspflichtigen Vaters, dessen Stand die minderjährigen Kinder teilen, nicht außer acht gelassen werden. Die Vermögensverhältnisse können aber nicht den Einfluß haben, daß je nach dem augenblicklichen Zustande des Vermögens des Vaters der Unterhaltsbedarf des Kindes in ganz verschiedener Weise zu bestimmen ist.

§ 1612. 1. R. **07** 832 (Stuttgart). Leben die Eltern eines ehelichen Kindes in zeitlicher Trennung, so ist der Pfleger des bei der Mutter befindlichen Kindes zur Klage gegen den Vater auf Gewährung von Unterhalt in der Form einer Geldrente befugt. Der Vater kann eine Einrede darauf nicht gründen, daß er das Kind bei sich zu ernähren bereit sei. Sein Begehren auf Herausgabe des Kindes kann nicht in dem zwischen dem Pfleger und dem Vater anhängigen Rechtsstreite, müßte vielmehr in einem solchen zwischen den Eltern zum Austrage gebracht werden.

2. OLG. **14** 247 (Hamburg). Der Vater darf nur einen solchen Unterhalt bestimmen, den zu beziehen den Kindern nach der Sachlage möglich ist, da er sonst

durch seine Bestimmungsrechte seine Pflicht illusorisch machen könnte. Sind kleine Kinder in der Gewalt der Mutter und hält diese die Kinder vom Vater fern, so ist die Bestimmung des Vaters, daß die Kinder den Unterhalt in seiner Wohnung naturaliter beziehen sollen, so lange als beachtlich nicht anzuerkennen, als er nicht die Herausgabe der Kinder von der Mutter erzwingt.

3. BadRpr. **07** 6 (Karlsruhe). Die Kosten des vormundschaftlichen Verfahrens gemäß § 1612 sind keine Kosten des nachmals über den Unterhaltsanspruch entstehenden Rechtsstreits.

§ 1613. Pretsch, PrVerwBl. **28** 849. Der Armenverband, der einem Hilfsbedürftigen Unterhalt gewährt hat, kann von dem nach bürgerlichem Rechte Unterhaltspflichtigen Ersatz insoweit beanspruchen, als der Hilfsbedürftige zur Zeit der Inanspruchnahme des Armenverbandes berechtigt war, seine Verwandten bzw. seinen Ehegatten auf Gewährung von Unterhalt für die Zukunft in Anspruch zu nehmen, mag der Hilfsbedürftige es auch aus irgendwelchen Gründen unterlassen haben, seinen Unterhaltsanspruch geltend zu machen und sich dadurch das Recht auf nachträgliche Gewährung des Unterhalts zu sichern. Dies folgt aus § 62 UnlWG. Hiernach steht dem Armenverband ein Anspruch auf Ersatz der von ihm aufgewendeten Beträge auch dann zu, wenn dem Bedürftigen selbst ein Anspruch auf Unterhalt für die Vergangenheit nicht zustehen würde.

§ 1615. OLG. **14** 248 (Frankfurt). Recht des Mannes, zu verlangen, daß auf dem Grabdenkmale seiner Frau, die in dem Erbbegräbnis ihrer Eltern bestattet wird, der Familienname des Mannes und nicht nur der Mädchenname der Frau angebracht wird.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

Vorbemerkung: Rechtslehre und Rechtsprechung haben sich bei dem vorliegenden Abschnitte vornehmlich und ausführlich mit den Rechtsverhältnissen der Aussteuer und Ausstattung (s. unten zu §§ 1620 und 1624) beschäftigt, namentlich mit der Frage der Formbedürftigkeit des Ausstattungsversprechens, soweit es sich um das Versprechen einer Leibrente handelt.

Literatur: v. Staudinger, Kommentar zum BGB. (3/4), Lief. 1—4 (Familienrecht). — Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 4: Deutsches Familienrecht (3). Halle a. S. 1907. — Haidlen, Das Familien- und Vormundschaftsrecht (4). Stuttgart 1907. — Landsberg, Leibrente als Mitgift, PosMSchr. **07** 1.

§ 1617. 1. WürttZ. **19** 243 (WürttVerwGH.). Ein hausangehöriger, im väterlichen Gewerbe beschäftigter Sohn unterliegt im allgemeinen nicht der Krankenversicherungspflicht (vgl. JDR. **5** Ziff. c zu § 1617).

2. R. **07** 891 (Colmar). Was das Hauskind durch Dienstleistung außerhalb des Hauswesens und des Geschäfts der Eltern erwirbt, verbleibt dem Kinde (§ 1651).

§ 1620. 1. *Haidlen, Familienrecht 282. Die Tochter hat nicht ihre Aussteuerbedürftigkeit nachzuweisen, sondern der in Anspruch Genommene hat die Nichtbedürftigkeit zu beweisen. Auch der Nachweis der Leistungsunfähigkeit liegt dem in Anspruch Genommenen ob; nicht hat die Tochter den Beweis der Leistungsfähigkeit zu führen. — Die leiblichen Eltern sind erst nach den Adoptiveltern zur Gewährung der Aussteuer verpflichtet.

2. Rechtsprechung. a) Die Entsch. des **RG.** JW. **06** 458 — JDR. **5** Ziff. 2 a zu § 1620 — auch GruchotsBeitr. **51** 189, HansGZ. **07** Beibl. 202, SeuffA. **62** 107. b) SchlHolstAnz. **07** 303 (Kiel). Wenn auch der § 1620 an sich die Natural-

aussteuer im Auge hat, so ist doch gerade die Frage, wie die Aussteuer im Einzelfalle zu gewähren ist, insbes. von dem Grundsatze des § 242 BGB. beherrscht, und Fälle eingetretener Feindschaft der Tochter mit den Eltern, Verschiedenheit der Wohnungs- und Lebensverhältnisse lassen den Anspruch der Tochter auf eine angemessene Geldsumme zur Beschaffung der Aussteuer gerechtfertigt erscheinen.

§ 1621. 1. *Reichel, AKrimAnthr. **26** 351. Die Tochter, welche den elterlichen Ehekonsens (§ 1305) durch arglistige Vorspiegelungen (sie sei vom Geliebten schwanger) erschlichen hat, verwirkt ihr Aussteuerverlangen auch dann, wenn die Einwilligungserklärung nicht anfechtbar ist (§§ 1621 Abs. 1, 162 BGB.).

2. *Haidlen, Familienrecht 284. Die Verfehlung (Abs. 2) muß vor den Zeitpunkt der Eheschließung der Tochter fallen (arg. § 2336 Abs. 2); eine Verfehlung nach der Eheschließung bringt den entstandenen Anspruch nicht zur Verwirkung.

§ 1624. 1. Landsberg, PosMSchr. **07** 1 f. Ein Ausstattungszwecken dienendes Rentenversprechen bedarf der Schriftform. Der vom Schwiegervater versprochene Jahreszuschuß, die Ehezulage, ist geradezu ein Musterfall der Leibrente aus § 759 BGB. Wesentlich ist einmal die Pflicht zur Gewährung einer Rente, d. h. regelmäßig wiederkehrender Geldbeträge oder anderer Leistungen, und dann die Abstellung der Rente auf die Lebensdauer eines bestimmten Menschen, sei es des Gläubigers, zu dessen Gunsten der § 759 Abs. 1 eine Vermutung aufstellt, sei es des Schuldners oder eines Dritten. Eine Ehezulage auf einen kürzeren Zeitraum, auf eine bestimmte Reihe von Jahren usw. würde keinen Leibrentenvertrag begründen und der Formvorschrift des § 761 BGB. nicht unterliegen.

2. Aus der Rechtsprechung. a) R. **07** 1134, 1139 (Frankfurt). Wenn ein Ausstattungsversprechen dahin gegeben worden ist, daß jedes Jahr zu einer bestimmten Zeit eine bestimmte Summe Geldes für die Dauer der Ehe gezahlt werden solle, so liegt ein der Schriftform bedürfendes Leibrentenversprechen vor. Das dem Verlobten der Tochter gegebene Versprechen einer jährlichen Beihilfe zur Bestreitung des ehelichen Unterhalts erscheint rechtlich als Versprechen einer Ausstattung. **b)** **RG.** JW. **07** 332, R. **07** 637, BayRpflZ. **07** 349. Ein zu Ausstattungszwecken formlos abgegebenes Versprechen einer Geldsumme kann unter Umständen verbindlich sein, während ein zu gleichen Zwecken formlos abgegebenes Rentenversprechen (§ 761 BGB.) unverbindlich ist. Diese verschiedene Behandlung der beiden Ausstattungsversprechen entbehrt nicht der inneren Rechtfertigung. Denn in letzterem Falle ist, anders wie in ersterem, der Versprechende außerstande, mit Sicherheit von vornherein die Tragweite seines Versprechens, insbes. den Umfang der ihm obliegenden Leistungen zu übersehen. **c)** **RG.** R. **07** 1324. § 1624 kann unter Umständen auch Anwendung finden, wenn aus Anlaß der Verheiratung einer Tochter unmittelbar dem Schwiegersohne gegenüber ein Ausstattungsversprechen abgegeben wird. Es liegt nahe, auch in diesem Falle als wahren Bedachten nicht den Schwiegersohn, sondern die Tochter anzusehen. Ist ein solches Versprechen unter dem (stillschweigenden) Vorbehalte des Nichtgebundenseins für den Fall einer unverträglichen Ehe abgegeben, so kann die Erfüllung so lange verweigert werden, als sich der Ehemann von seiner Frau schuldhaft fernhält und nicht den ernstlichen Willen hegt, das eheliche Leben herzustellen. Was aber zur Erfüllung der Verbindlichkeit geleistet ist, kann nicht nach § 813 BGB. zurückgefordert werden, weil dem Schwiegervater nicht eine peremptorische, sondern nur eine dilatorische Einrede zustand. ⇛ Vgl. SächsOLG. **28** 218. ⇚ **d)** **RG.** JW. **07** 542, DJZ. **07** 1085. Die Begriffe „Ausstattung" und „Schenkung" schließen einander nicht notwendig aus. Soweit nicht die Voraussetzungen der Aussteuerpflicht (§ 1620) vorliegen, wird die Ausstattung auf einer Freigebigkeit beruhen. Dann ist die Ausstattung Schenkung, sie gilt aber nicht als solche, wenn das

im § 1624 vorausgesetzte Maß nicht überschritten ist. e) **RG.** JW. **07** 510 läßt die Frage unentschieden, ob der Anspruch auf die Ausstattung im Gegensatze zu dem auf die Aussteuer (§ 1623) übertragbar ist — bejaht von Opet 145 Note 21 — bejaht die Frage aber für das frühere preußische Recht (ALR. II. 2 § 240), da Inhalt und Zweck dieses Anspruchs dessen Übertragung an andere nicht verbieten.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

Vorbemerkung: Auch in dem laufenden Berichtsjahre hat eine Reihe das Elternrecht betreffender Fragen die Rechtsprechung und Rechtslehre beschäftigt, insbes. hat auch das Reichsgericht wiederholt Gelegenheit gehabt, zu einzelnen Streitfragen Stellung zu nehmen. So hat dieses insbes. ausgesprochen, daß auch in dem gemäß § 1636 eingeleiteten Verfahren nicht notwendig stets ein Pfleger bestellt zu werden braucht, und ferner hat es eingehend die Inventarisationspflicht des überlebenden Ehegatten (§ 1640) erörtert, wenn dieser Vorerbe oder befreiter Vorerbe ist, die Kinder aber zu Nacherben eingesetzt sind. Besonders ergiebig ist die Rechtsprechung auf dem Gebiete der persönlichen Fürsorge in den Fällen der §§ 1635, 1666 BGB. gewesen, zugleich ein Beweis für die hervorragende Wichtigkeit dieser gesetzlichen Vorschriften. Auch die Rechtslehre hat, insbes. in Anknüpfung an die Entscheidungen des **RG. 63** 236 und **64** 49, die Bedeutung und rechtliche Tragweite der gemäß §§ 1635, 1636 getroffenen Entscheidungen und die Zuständigkeit des Prozeßgerichts im Verhältnisse zu der des Vormundschaftsgerichts untersucht (Josef, Hedemann, v. Blume) und befindet sich keineswegs in Übereinstimmung mit der rechtlichen Auffassung des höchsten Gerichtshofs. Schultheis beschäftigt sich noch einmal mit der in der Literatur (vgl. JDR. **5** Ziff. 1 a) eingehend erörterten Entsch. des KGJ. **30** A 40 wegen des Überganges des Sorgerechts auf den einen geschiedenen Ehegatten, nachdem dieses dem anderen gemäß § 1666 BGB. entzogen worden ist.

Literatur: v. Blume, Die rechtliche Natur des Elternrechts aus § 1636 BGB., SeuffBl. **07** 95. — Gilbert, Über das Züchtigungsrecht insbes. des Lehrers in Sachsen, FischersZ. **33** 15. — Hedemann, Zuständigkeit im Streite um Kinder, R. **07** 96. — Josef, Zur Abgrenzung der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts von der des Prozeßgerichts. I. Die Zuständigkeit im Streite um Kinder geschiedener Gatten, ZBlFG. **7** 853. — Pitel, Inventarisationspflicht der Eltern nach § 1640 BGB., ZBlFG. **7** 683. — Schultheis, Einfluß der Entziehung des Personensorgerechts des nach § 1635 Abs. 1 berechtigten auf das Sorgerecht des anderen Ehegatten, ZBlFG. **7** 876. — Weitere Literatur s. unten bei den einzelnen Paragraphen.

§ 1629. a) OLG. **14** 248, RJA. **8** 7, KGJ. **33** A 9 (KG.). Die Bestimmung des § 1629 ist auch auf den Fall entsprechend anzuwenden, daß die Sorge für die Person des Kindes der Mutter (z. B. im Falle des § 1697) und die Sorge für das Vermögen des Mündels dem Vormunde zusteht (vgl. BayObLG. **3** 115, Planck, Anm. 3 zu § 1629). Der abweichenden Ansicht von Staudinger, wonach die entsprechende Anwendung wegen des Ausnahmecharakters dieser Vorschrift ausgeschlossen sein soll, wird nicht beigetreten. Die Meinungsverschiedenheit über die Höhe der zum Unterhalte der Kinder aus ihren Einkünften zu verwendenden Mittel ist eine Angelegenheit, die sowohl die Person als das Vermögen der Kinder betrifft, bei deren Vorliegen das Vormundschaftsgericht entscheidet. Die gegenteilige Ansicht KGJ. **29** A 18 wird nicht aufrechterhalten. Dem Vormundschaftsgericht ist es unbenommen, wenn es sich nur um die Bestimmung der Höhe des aus den Zinsen zum Unterhalt erforderlichen Zuschusses handelt, die Höhe dieses Zuschusses innerhalb der von dem Vormund und der Mutter gezogenen Grenzen festzusetzen. **b)** WürttZ. **07** 201 (Stuttgart). Es handelt sich um die Sorge sowohl für die Person als auch für das Vermögen des Kindes, wenn zu entscheiden ist, wieviel Mittel auf den Unterhalt und die Erziehung des Kindes zu verwenden sind, nicht aber, wenn nur Streit darüber herrscht, welchen Vermögensteilen das

hierzu notwendige und verfügbare Geld zu entnehmen, ob insbes. vor einer Leistung des Gewalthabers der ganze verfügbare Zins aus dem pflegschaftlich verwalteten Vermögen des Kindes zu dessen Unterhalt heranzuziehen ist, es sei denn, daß die Verwendung des Zinses aus dem pflegschaftlich verwalteten Vermögen auch auf die Art und Weise des Unterhalts und der Erziehung von Einfluß ist.

§ 1630. 1. OLG. **14** 273 (KG.). Steht einem Kinde gegenüber seiner Mutter, unter deren elterlicher Gewalt es steht, ein Pflichtteilsanspruch zu, so ist die Mutter von der Prüfung, ob zur Stellung eines solchen Verlangens ein Anlaß vorliegt, durch § 181 BGB. nicht behindert, da die Entscheidung, ob der Anspruch geltend gemacht werden soll, kein Teil des Rechtsstreits ist, in dem das Kind nach prozessualen Grundsätzen nicht durch seinen Gegner vertreten werden kann, es ist auch kein Rechtsgeschäft des Kindes mit seinem Vertreter und Schuldner, an dessen Vornahme dieser nach § 181 verhindert wäre, vielmehr kann nur unter Umständen nach §§ 1796, 1686 und 1630 Abs. 2 BGB. für das Vormundschaftsgericht Veranlassung vorliegen, der Mutter die Vertretung in dieser Angelegenheit zu entziehen. Die Frage, ob das Kind an der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ein Interesse hat, bedarf besonderer Begründung, da weder vom sittlichen noch rein wirtschaftlichen Standpunkte die Wahrung des formellen Rechtsstandpunkts stets dem Kinde unbedingt vorteilhaft ist, vielmehr kommt es darauf an, ob Besorgnis besteht, daß ohne sofortige Erhebung des Pflichtteilsanspruchs dessen spätere Verwirklichung (z. B. bei einer Wiederverheiratung der Mutter) gefährdet sein würde.

2. Vgl. Ziff. II 1 zu § 1909.

§ 1631. 1. Züchtigungsrecht. Gilbert, FischersZ. **33** 15, Über das Züchtigungsrecht, insbes. das des Lehrers in Sachsen, erörtert auch das Züchtigungsrecht der Eltern und des Vormundes. Gegenüber einer verheirateten minderjährigen Tochter hat der Vater kein Züchtigungsrecht (§ 1633). Der Vormund darf den Mündel nur im ausdrücklich erklärten oder mutmaßlichen Einverständnisse der sorgeberechtigten Mutter der (minderjährigen) Mündel züchtigen (§§ 1696, 1697, 1707, 1800). Das abgeleitete Züchtigungsrecht ist nicht eine besondere Art des gesetzlichen Züchtigungsrechts, sondern es wird nur der Ausübung nach ausdrücklich oder stillschweigend auf eine dritte Person übertragen oder von dieser stellvertretend ausgeübt. Für dessen Ausübung ist kein Raum, wenn der Erziehungsberechtigte bei der Untat des Kindes anwesend ist oder wenn anzunehmen ist, daß die Züchtigung wider seinen Willen erfolgen würde (BGB. § 677). Die Vorschrift des § 679 BGB. ist (aM. OLG. Braunschweig, JDR. **4** Ziff. I 1 d zu § 1631) auf das Züchtigungsrecht des Vaters nicht entsprechend anwendbar, vielmehr hat, wenn der Vater das Züchtigungsrecht vernachlässigt, das Vormundschaftsgericht nach § 1666 BGB. einzuschreiten. Zulässig ist die durch Notwehr gebotene Züchtigung, z. B. um ein Kind von einem gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff abzuhalten (SächsOLG. **6** 408, **23** 207).

2. Religiöse Erziehung. **a)** KGJ. **33** A 81 (KG.). Nach dem preuß. ALR. gelten für die religiöse Erziehung religionsunmündiger Kinder aus ungemischten (konfessionell-einheitlichen) Ehen folgende Grundsätze: a) Der Vater darf die Kinder in einem anderen Glaubensbekenntnis als dem seinigen unterrichten lassen. b) Hat der Vater wenigstens durch das ganze letzte Jahr vor seinem Tode ein Kind in einem anderen Glaubensbekenntnis unterrichten lassen, so muß dieser Unterricht auch nach dem Tode des Vaters fortgesetzt werden. c) Im übrigen ist eine vom Vater getroffene Anordnung, daß das Kind nach dem Tode des Vaters in einer anderen Religion erzogen werden solle, unwirksam, vielmehr ist das Kind in der Religion des Vaters zu erziehen. Vgl. ALR. II. 2 §§ 74 ff., PrDekl. v. 21. November 1803. **b)** OLG. **16** 3 (KG.). Sind für die reli-

giöse Erziehung eines Kindes bis zum Tode des Vaters die seiner Staatsangehörigkeit entsprechenden Gesetze maßgebend gewesen, so bestimmt sich auch nach diesen Gesetzen, ob durch nachträgliche Ereignisse (Wechsel der Staatsangehörigkeit des Kindes oder der Mutter) das bei dem Tode des Vaters bestehende Rechtsverhältnis geändert werden konnte. In dieser Beziehung sind sowohl nach preußischem, als auch nach österreichischem Rechte (vgl. § 140 AllgBGB. u. Artt. 1, 2 G. v. 25. Mai 1868) lediglich die Verhältnisse zur Zeit des Todes des Vaters für die Bestimmung der religiösen Erziehung religionsunmündiger Kinder als maßgebend zu erachten. Die Annahme, daß es auf die Staatsangehörigkeit der Kinder in demjenigen Zeitpunkt ankomme, in dem die Frage ihrer religiösen Erziehung praktisch werde, also auf den Beginn ihres Schulbesuchs, ist unzutreffend.

§ 1632. 1. a) **RG.** R. **07** 1537. Solange eine nach § 627 ZPO. in einem schwebenden Ehestreit erlassene einstweilige Verfügung, durch welche für die Dauer des Ehestreits der Ehefrau die Sorge für die Person des gemeinschaftlichen Kindes übertragen ist, zu Recht besteht, kann der Ehemann nicht auf Herausgabe des Kindes gegen die Frau klagen. Es ist einflußlos, ob die einstweilige Verfügung erst nach Erhebung der Klage auf Herausgabe des Kindes beantragt und erwirkt ist. b) SächsRpflA. **07** 497 (Dresden). Der Herausgabeanspruch des Vaters des Kindes ist auch gegenüber der Mutter zulässig.

2. Vgl. ferner Hedemann, R. **07** 96 u. unten Ziff. 2 zu § 1636 BGB.

§ 1633. *Haidlen 294. Bei Auflösung der Ehe der Tochter während deren Minderjährigkeit verbleibt es bei der einmal eingetretenen Beschränkung der elterlichen Gewalt; Recht und Pflicht zur persönlichen Fürsorge leben nicht wieder auf.

§ 1634. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **5** Ziff. 3 d zu § 1634 (über Schutz der Mutter gegen ein unberechtigtes Herausgabeverlangen des Vaters) — auch JW. **07** 6, GruchotsBeitr. **51** 820.

2. *Haidlen 291. Die Meinung des Vaters geht derjenigen der Mutter auch dann vor, wenn in der von dem Vater beabsichtigten Maßregel ein „Mißbrauch" seines Bestimmungsrechts liegt. Der Grundsatz des § 1354 Abs. 2 kann nicht auf die elterliche Gewalt übertragen werden. Die Mutter kann einem solchen „Mißbrauche" nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 mittels Anrufung des Vormundschaftsgerichts begegnen, im übrigen aber, soweit die Maßregel des Vaters, ohne das leibliche oder geistige Wohl des Kindes zu gefährden, einen Eingriff in ihr persönliches Fürsorgerecht darstellt, den Prozeßweg auf Unterlassung beschreiten.

§ 1635. I. Gesetzliche Regel. 1. *Schultheis, ZBlFG. **7** 876, bespricht die Entsch. des KGJ. **30** A 40 — JDR. **4** Ziff. 1 b zu § 1635 — unter Berücksichtigung der JDR. **5** Ziff. 1 a zu § 1635 mitgeteilten Aufsätze von Sieveking und Schmidt-Bardeleben mit folgendem Ergebnisse: Der vom KG. entschiedene Fall bezieht sich nur auf die Wiedererlangung des Sorgerechts seitens des Vaters. Deshalb kann aus der Entscheidung auch nur folgender Rechtssatz hergeleitet werden: „Wenn dem einen geschiedenen Gatten die ihm nach § 1635 zustehende Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes auf Grund des § 1666 entzogen ist, so tritt das Personensorgerecht des anderen Ehegatten in Wirksamkeit, falls es diesem nach den allgemeinen Vorschriften (abgesehen von § 1635) zusteht und ihm nicht ebenfalls entzogen wird." In dieser Beschränkung ist aber auch der Satz des KG. für zutreffend zu erachten. § 1635 ist nicht die die Personensorge für die Lebenszeit beider geschiedener Ehegatten ausschließlich ordnende Vorschrift, nach den Mot. IV 625—27 soll er lediglich das Verhältnis der Gatten untereinander in

Ansehung der Personensorge regeln, nicht dem einen Gatten ein ihm etwa sonst zustehendes Sorgerecht ein für allemal nehmen. Dann besteht aber auch kein Grund, nach Wegfall des Sorgerechts der Mutter infolge Entziehung nicht das dem Vater kraft elterlicher Gewalt zukommende Sorgerecht wieder aufleben zu lassen, während es für den entsprechenden Fall bei der Mutter allerdings an einem gesetzlichen Sorgerecht fehlt, das wieder aufleben könnte. Dem Falle der Entziehung des Sorgerechts der Mutter nach der Scheidung steht der Fall gleich, daß ihr schon zur Zeit der Rechtskraft des Scheidungsurteils die Sorge nicht zufallen kann, weil ein Grund zur Verwirkung der elterlichen Gewalt vorlag oder die Sorge ihr bereits vorher entzogen war. In diesem Falle greift aber der § 1635 überhaupt nicht Platz und deshalb auch keine Regelung nach § 1635 Abs. 1 Satz 2, weil dann nicht mehr eine Regelung des Verhältnisses der Ehegatten untereinander in Frage kommt (aM. Planck (3) Note 6 a zu § 1635).

2. *Haidlen 321. Bei Verwirkung der elterlichen Gewalt durch den Vater vor oder nach der Scheidung greift nicht § 1635, sondern § 1684 Abs. 1 Ziff. 2 Platz; bei Verwirkung der elterlichen Gewalt durch die Mutter (während der Ehe: der sog. Nebengewalt oder der stellvertretenden Gewalt; nach der Scheidung: des persönlichen Fürsorgerechts) erhält auch der für schuldig erklärte Vater die volle elterliche Gewalt über sämtliche Kinder, ohne daß ein Pfleger zu bestellen wäre. Dasselbe gilt bei Entziehung der Sorge für die Person nach § 1666. Bei Ruhen des dem Vater nach § 1635 zustehenden persönlichen Fürsorgerechts kann unter der Voraussetzung des § 1685 Abs. 2 eine Übertragung seiner Ausübung auf die Mutter stattfinden; bloßes Ruhen ohne Übertragung bewirkt keinen Übergang.

II. Bedeutung und rechtliche Tragweite der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts. Josef, ZBlFG. 7 853. Dem Vormundschaftsgerichte liegt die zwangsweise Durchführung der auf Grund des § 1635 Abs. 1 Satz 2 getroffenen Anordnungen ob; dasselbe gilt von den im unmittelbaren Anschlusse hieran behandelten und diesen offenbar gleichstehenden Anordnungen aus § 1636, durch die die Ausübung des dem anderen Teile zustehenden Verkehrs mit dem Kinde geregelt wird. Andererseits haben aber die gedachten Verfügungen die Wirkung, daß dem einen Elternteile Rechte übertragen werden, sie somit Verpflichtungen des anderen Elternteils erzeugen. Daher entstehen aus solchen Verfügungen privatrechtliche Verbindlichkeiten des einen Elternteils gegen den anderen, die sonach im ordentlichen Rechtswege geltend gemacht werden können. Die Verfügung des Vormundschaftsgerichts ist für das Prozeßgericht bindend und dieses hat, wenn es die Verfügung für ungerechtfertigt erachtet, deren Änderung bei jenem zu beantragen. Ändert das Vormundschaftsgericht die Verfügung, so wird hiermit dem vom berechtigten Elternteile vor dem Prozeßgericht erhobenen Anspruche die Grundlage entzogen und der Ausnutzung eines etwa schon erlassenen Urteils ist gemäß §§ 767, 769 ZPO. entgegenzutreten.

III. Nachweis der Schuldigerklärung des oder der Ehegatten. KGJ. **34** A 21, RJA. 8 5 (KG.). Eine „Erklärung" über die Schuld, wie sie der § 1635 verlangt, geschieht zweifellos am besten im entscheidenden Teile des Urteils, unbedingt nötig ist es aber nicht, vielmehr genügt es, wenn der Ehegatte in den Gründen des Scheidungsurteils allein für schuldig erklärt ist.

IV. Abs. 1 Satz 2. Besondere Gründe. R. **07** 891 (BayObLG.). Als „besondere Gründe" für die Übertragung der Sorge für die Person des Kindes gegen die Mutter können gelten: Kränklichkeit des mehr als 6 jährigen Sohnes, die ihm von der Mutter jahrelang gewährte aufopfernde Pflege, die er weder bei dem Vater noch bei einer fremden Person finden würde, Furcht vor einem

nachteiligen Einfluß auf die Gesundheit im Falle der Trennung von der Mutter, Mangel an Umständen, die eine straffere männliche Erziehung erfordern.

V. Verfahren. 1. a) DJZ. **07** 245 (BayObLG.). Auch während der Anhängigkeit eines Rechtsstreits, den die Eltern über das Erziehungsrecht miteinander führen, kann das Vormundschaftsgericht im Interesse des Kindes eine von § 1635 Abs. 1 Satz 1 abweichende Anordnung treffen. **b)** OLG. **16** 10 (Hamburg). Vorgängige Vernehmung der Beteiligten ist nicht unbedingt vorgeschrieben (§ 12 FGG.).

2. OLG. **16** 6 (KG.). Die Zulässigkeit vorläufiger Anordnungen ist nicht nur für den Fall des § 1666 Abs. 1, sondern auch für den des § 1635 Abs. 1 Satz 2 zu bejahen, doch nur dann gerechtfertigt, wenn ein besonders dringliches Bedürfnis für ein ungesäumtes Einschreiten vorliegt, welches ein Abwarten bis nach beendeter Sachuntersuchung nicht gestattet, so daß die endgültige Maßregel zu spät käme und die Interessen des Kindes nicht genügend gewahrt würden (vgl. KGJ. **31** A 49). Dies gilt sowohl für den Fall, daß es sich um die Änderung eines bestehenden tatsächlichen Zustandes handelt, als auch für den, daß die vorläufige Maßregel der Aufrechterhaltung eines solchen dienen soll, doch wird bei Anwendung von Maßregeln, welche auf Änderung des gegenwärtigen Zustandes gerichtet sind und einen Wechsel in der Unterbringung des Kindes zur Folge haben, besonders vorsichtig zu verfahren sein.

VI. 1. OLG. **14** 250 (Hamburg). Der § 1635 Satz 1 kann auch für die Regelung der Sorge für die Kinder während des Scheidungsprozesses als Anhaltspunkt für die Anordnung einer einstweiligen Verfügung dienen, aber auch nur soweit, als sich bereits mit einiger Sicherheit feststellen läßt, welcher Ehegatte für schuldig an der Scheidung der Ehe erklärt werden wird. Im übrigen wird in erster Linie das Wohl der Kinder für den Inhalt der Anordnung wegen der Sorge für ihre Person unter Berücksichtigung des § 940 ZPO. maßgebend sein müssen (R. **05** 649 [Jena]).

2. OLG. **16** 8 (Braunschweig). Das Prozeßgericht kann bei seiner Anordnung aus § 627 ZPO. neben dem Interesse der Ehegatten auch dasjenige des Kindes in Rücksicht ziehen (Josef, BuschsZ. **35** 533, BraunschwZ. **50** 38, **RG. 48** 168).

§ 1636. 1. Das Recht auf persönlichen Verkehr als allgemeines Elternrecht. **a)** Die JDR. **5** Ziff. 1 c mitgeteilte Entsch. des **RG.** auch **RG. 64** 49. **b)** v. Blume, SeuffBl. **07** 95 (gegen die vorstehend zu a genannte Entsch.). Daß jeder Elternteil den Zutritt zum Kinde verlangen kann, ist nicht eine Wirkung des Erziehungsrechts, sondern ein Ausfluß des elterlichen Verhältnisses, welches seiner natürlichen und sittlichen Bedeutung nach ein so gerechtfertigtes Interesse an dem leiblichen und geistigen Wohlergehen des Kindes mit sich bringt, daß jedem Elternteile, sofern nicht ganz überwiegende Gründe entgegenstehen, die Möglichkeit gewährt werden muß, sich durch eigene Wahrnehmung von dem Zustande des Kindes Kenntnis zu verschaffen. Das Elternrecht aus § 1636 soll nicht nur dann zur Geltung kommen, wenn ein Elternteil infolge der Ehescheidung das Erziehungsrecht verloren hat, sondern es bleibt den Eltern immer, wenn sie die Sorge für die Person des Kindes einbüßen. Ist anzunehmen, daß ein Elternteil nach seinem ganzen Verhalten kein Interesse mehr an dem Kinde haben kann, so kann sein Begehren nach Verkehr mit dem Kinde nur dem Zwecke dienen, das Kind oder die jetzigen Leiter seiner Erziehung zu schädigen. Der Anspruch auf Zulassung zum Kinde ist daher abzuweisen. — Auf das Recht aus § 1636 kann verzichtet werden. In der Zustimmung zur Annahme des Kindes an Kindesstatt kann nicht jedesmal ein Verzicht auf das Elternrecht aus § 1636 gesehen werden; es wird auf die Umstände des einzelnen Falles ankommen, wenn festgestellt werden soll, ob ein Verzicht auf das Recht vorliegt.

2. Ausschließliche Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts? a) Hedemann, R. **07** 96, bekämpft die Entsch. des **RG. 63** 236 — JDR. **5** Ziff. 3 b zu § 1636 —, wonach aus Anordnungen des Vormundschaftsgerichts über die Art und den Umfang des Verkehrs eine Klage nicht erhoben werden könne, als mit der herrschenden Meinung im Widerspruche stehend und stellt neben den Fall des § 1636 den des § 1632. Wie hier die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts (durch die Entziehung des Sorgerechts gemäß § 1666) die Basis für eine Zivilklage der Mutter schaffen kann, so muß dies auch von der gemäß § 1636 getroffenen gelten. Allerdings muß dem Prozeßgerichte die Möglichkeit gegeben sein, die Anordnung des Vormundschaftsgerichts zu ändern, wenn diese nach seiner Überzeugung eine ungerechte ist. Dies wird zwar für den Anwendungsfall des § 1632 geleugnet, aber mit Unrecht, vielmehr ist die Klage abzuweisen, wenn sich das Herausgabeverlangen zugleich als Mißbrauch des ehemännlichen Rechtes (§§ 1353 Abs. 2, 1354 Abs. 2) darstellt (vgl. Dernburg, Bürgerl. R. [2] IV 245 § 74 VII). **b**) Josef, ZBlFG. **7** 853, oben Ziff. II zu § 1635.

3. Regelung des Verkehrs im einzelnen. **a**) OLG. **14** 251 (BayObLG.) (schon JDR. **5** Ziff. 3 d, auch DJZ. **07** 604, ZBlFG. **8** 150). Für die Bestimmung von Zeit und Ort des Verkehrs sind Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend, bei denen es an erster Stelle auf das Wohl des Kindes ankommt. Gebilligt wird folgende Entscheidung: Der aus ihrem Verschulden wegen böslicher Verlassung geschiedenen Mutter wird gestattet, das Kind an Weihnachten und Ostern mehrere Tage, während der Herbstferien drei Wochen bei sich zu behalten und während der übrigen Zeit am ersten Sonntage jeden Monats mit dem Kinde zu verkehren. **b**) KGJ. **34** A 23, OLG. **14** 252, DJZ. **07** 828 (KG.). Unter „persönlichem Verkehr" ist ein Zusammentreffen zum Zwecke des gegenseitigen Sehens und gegenseitiger Aussprache von Mund zu Mund, von Angesicht zu Angesicht zu verstehen, dagegen entbehrt eine Anweisung an den Vater, der Mutter über Befinden und Ergehen ihrer Kinder Nachricht zukommen zu lassen, jeder gesetzlichen Grundlage. Aus denselben Erwägungen folgt die Abweisung des Verlangens der Mutter, ihr zu gestatten, den Kindern Geschenke zu machen und kleine Wünsche zu erfüllen. Unter Umständen kann die Versagung der Erfüllung des Wunsches der Kinder, zeitweise der Mutter zu schreiben, Mißbrauch des Sorgerechts sein und ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 rechtfertigen. **c**) RJA. **8** 89, RheinARV. **07** 176 (KG.). Nicht zur Regelung des persönlichen Verkehrs gehört die Frage, ob der eine oder andere Elternteil Kosten dafür aufzuwenden habe. Es muß dem Elternteile, welcher von dem anderen die Erstattung von Kosten verlangt, die er für die Herbeiführung des vom Vormundschaftsgerichte geregelten Verkehrs aufgewendet hat, überlassen bleiben, den ordentlichen Prozeßweg zu beschreiten. Das Vormundschaftsgericht hat nur die äußeren Umstände zu bestimmen, in denen sich der Verkehr bewegen soll.

4. Verfahren. a) Nicht notwendig Pflegerbestellung. **RG. 64** 16 (Dissens zwischen BayObLG., DJZ. **07** 488, und KG., RJA. **3** 3), PucheltsZ. **38** 1. Die Gründe **RG. 60** 134, RJA. **6** 253 treffen auch für den Fall des § 1636 BGB. zu; in dem Verfahren, welches eine Anordnung nach § 1636 zum Gegenstande hat, bedarf es daher vor der Entscheidung nicht notwendig der Bestellung eines Pflegers für das Kind, unbeschadet des Ermessens des Vormundschaftsgerichts, dies zu tun, wenn es zur Wahrnehmung der Interessen des Kindes dienlich erscheint (§ 12 FGG.). **b**) R. **07** 253 (BayObLG.). Das Vormundschaftsgericht ist an die Ansicht von Sachverständigen nicht gebunden, wenn es deren Gründe nicht für überzeugend findet. **c**) R. **07** 1537 (BayObLG.). Die Vorschriften des § 1673 BGB. finden auf den Fall der Regelung des per-

sönlichen Verkehrs des geschiedenen Ehegatten mit seinen Kindern keine Anwendung.

5. OLG. **16** 9 (Braunschweig). Auch bei einer Anordnung aus § 627 ZPO. muß auf § 1636 entsprechende Rücksicht genommen werden.

§ 1638. Vgl. unten Ziff. II 1 zu § 1909.

§ 1640. 1. Inventarisationspflicht. **RG. 65** 143, RJA. 8 93, R. **07** 380, JW. **07** 199, PosMSchr. **07** 72, DNotV. **07** 337, ZBlFG. **7** 901, Hess. Rspr. **8** 3 (Dissens zwischen KG., RJA. **1** 139, u. Darmstadt). Ist die Witwe zur Vorerbin und sind die Kinder als Nacherben auf dasjenige eingesetzt, was beim Eintritte der Nacherbfolge übrig bleiben wird, so ist das Nacherbrecht des Kindes (§ 2108) in das dem Vormundschaftsgericht einzureichende Verzeichnis aufzunehmen. Der Vorschrift des Gesetzes ist aber nicht schon mit der Erwähnung und näheren Bezeichnung des Rechtes genügt. Der Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft (§ 2130) hat allerdings nicht die einzelnen Erbschaftsgegenstände als solche, sondern die Erbschaft als Ganzes (§ 1922), mithin einen Vermögensinbegriff zum Gegenstande. Allein schon aus § 260 ergibt sich, daß in diesem Falle dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen ist, insbes. verpflichtet § 2121 den Vorerben, dem Nacherben auf Verlangen schon vorher ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitzuteilen. Hierzu kommt, daß zwischen dem Vor- und Nacherben schon vor Eintritt der Nacherbfolge ein Rechtsverhältnis besteht, das, wie die §§ 2113—2119, 2122, 2123, 2129 ergeben, auch in Beziehung auf einzelne zur Erbschaft gehörende Sachen und Rechte gewisse Wirkungen zu äußern vermag. Diese Wirkungen sind im Falle der befreiten Vorerbschaft eingeschränkt (§§ 2136—2138), aber nicht ganz aufgehoben. Um von den hieraus sich ergebenden Befugnissen des Nacherben jederzeit wirksam Gebrauch machen zu können, ist für diejenigen, welche zum Schutze seiner Interessen berufen sind, ein Verzeichnis der dabei in Betracht kommenden Gegenstände unentbehrlich. Ist daher der Gewalthaber Vorerbe, so werden es regelmäßig schon seine aus den §§ 1627, 1630, 1664 sich ergebenden Verpflichtungen gegenüber dem Kinde mit sich bringen, daß er alsbald für Aufzeichnung der einzelnen Gegenstände einer ihm angefallenen, künftig dem Kinde herauszugebenden Erbschaft Sorge trägt. Entscheidend aber ist, daß das Vormundschaftsgericht namentlich im Hinblick auf § 1667 Abs. 1 der durch § 1674 ihm auferlegten Verantwortung nicht genügen kann, wenn es nicht auch seinerseits die Bestände einer dem schutzbefohlenen Nacherben künftig gebührenden Erbschaft jederzeit zu überblicken vermag.

2. Pitel, ZBlFG. **7** 683, empfiehlt, die in Preußen übliche Aufforderung zur Inventarerrichtung dahin zu ergänzen, daß stets die das Güterrecht bestimmenden Tatsachen anzugeben sind und auf die Notwendigkeit einer Sonderung etwaiger verschiedener Vermögensmassen hingewiesen wird.

3. *Haidlen 296. Auch bei späterem Vermögensanfall ist jeweils sämtliches später anfallende Vermögen zu verzeichnen.

§ 1643. 1. Grundstückserwerb. RJA. **7** 276, BayRpflZ. **07** 343, KGJ. **33** A 327, SeuffBl. **07** 72, SeuffA. **62** 197 (BayObLG.) läßt es gegenüber RJA. **3** 61 (KG.) dahingestellt, ob die sich aus §§ 1643 Abs. 1, 1821 Ziff. 4 ergebende Befugnis des Vaters zum selbständigen Erwerbe der auf Übereignung eines Grundstücks gerichteten Forderungen die notwendige Folge hat, daß auch der die Übereignung bewirkende dingliche Vertrag nicht an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden ist. Denn auch wenn der Vater nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts die Forderung des Kindes dadurch zum Erlöschen bringen kann, daß er die ihm von dem Schuldner als Erfüllung der Verbindlichkeit angebotene Übereignung des Grundstücks als Erfüllung annimmt und damit im Sinne des § 1821 Abs. 1 Ziff. 2 über die Forderung verfügt (vgl.

§§ 1812, 1813), hat die Unwirksamkeit der Erfüllung doch nicht die Unwirksamkeit der Übereignung zur Folge.

2. Grundstücksveräußerung und Erbteilung. a) Götte, DJZ. **07** 1082. Zu einem Auseinandersetzungsvertrage, durch welchen ein minderjähriger Miterbe sein Recht an einem gemeinschaftlichen Nachlaßgrundstücke zugunsten eines Miterben aufgibt, bedarf der Inhaber der elterlichen Gewalt der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht. — Übertragen jedoch alle Miterben das Grundstück einem Nichterben, so verfügt jeder Miterbe nicht nur über seine Mitberechtigung, sondern über das ganze Grundstück, und zwar in Gemeinschaft mit den übrigen Miterben; hier ist für jeden Minderjährigen jene Genehmigung nötig. **b**) BreslauAK. **07** 19 (KG.). Wird vor der Vornahme der Erbteilung ein zum Nachlasse gehöriges Grundstück veräußert und erst später ein Erbteilungsvertrag geschlossen, bei welchem der für das Grundstück erzielte Erlös zum Gegenstande der Teilung zwischen den Miterben gemacht wird, so ist nur der Vertrag über die Veräußerung des Nachlaßgrundstücks, nicht aber auch der nachfolgende Erbteilungsvertrag der Genehmigung bedürftig. Die Erteilung der Genehmigung darf daher nicht von der Erbringung des Nachweises abhängig gemacht werden, daß bei der künftigen Erbteilung den minderjährigen Miterben ihren Erbanteilen entsprechende Teile des Grundstückskaufgeldes überwiesen werden.

3. Grundstücksveräußerung. WürttZ. **07** 107, ZBlFG. **7** 719 (Stuttgart). Eine letztwillige Verfügung, wodurch einem Dritten die Befugnis freier Veräußerung des von Minderjährigen ererbten Liegenschaftsvermögens eingeräumt ist, ist zum mindesten insoweit für unwirksam zu erachten, als danach eine unentgeltliche Verfügung getroffen werden soll. Ob eine Verfügung des veräußerungsberechtigten Verwalters aber eine entgeltliche oder eine unentgeltliche ist, läßt sich ohne zustimmende Erklärung des gesetzlichen Vertreters der beteiligten Minderjährigen mit den im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismitteln selbst dann nicht mit Sicherheit feststellen, wenn sich diese Verfügung nach der mitvorgelegten Kaufurkunde äußerlich als eine entgeltliche darstellt (RJA. **6** 144). Da aber die erforderliche zustimmende Erklärung eine Verfügung über das zu veräußernde Grundstück in sich schließt, bedarf es zu deren Abgabe gemäß §§ 1643, 1821 Abs. 1 Ziff. 1 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

4. Sicherheitsübereignung. Sommerlatt, SächsRpflA. **07** 461. Wenn der Träger der elterlichen Gewalt für eine bereits bestehende Schuld des Kindes Kindesvermögen zur Sicherheit übereignet, bedarf er der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht, wohl aber würde diese nötig sein, wenn er Geld auf den Kredit des Kindes aufnehmen (§§ 1643, 1822 Ziff. 8) und dem Gläubiger dabei zur Sicherheit Kindesvermögen übereignen wollte. Andererseits ist er berechtigt, auf die zugunsten einer Kindesforderung vorhandenen Sicherheitsübereignungsbefugnisse ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu verzichten. Zur Sicherstellung einer fremden Schuld darf er das Kindesvermögen nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts übereignen (§§ 1643, 1822 Ziff. 10).

5. Lüders, Die väterliche Aussage nach schlesw.-holst. Rechte, SchlHolstAnz. **07** 257. Vgl. JDR. **5** Ziff. 6 zu § 1643.

§ 1648. R. **07** 832 (Stuttgart). Der Vater, welcher im eigenen Haushalte seinem minderjährigen Kinde den Unterhalt gewährt, kann im Prozeßwege gegen den Pfleger zum Zwecke des Ersatzes der Unterhaltskosten die Herausgabe der Einkünfte aus demjenigen Vermögen des Kindes erstreiten, welches der Pfleger unter Ausschluß der Verwaltungsbefugnis des Vaters in Händen hat. Die Vorschrift des § 1629 trifft hier nicht zu, da insoweit, als lediglich die Verwendung der Einkünfte

zu dem gewöhnlichen Unterhalte des Kindes bestritten ist, nicht eine „sowohl die Person als auch das Vermögen betreffende“ Angelegenheit in Frage kommt.

§ 1654. Literatur: Mantey, Die Haftung des Vaters für Prozeßkosten des Kindes, Gesetz u. Recht 8 82.

a) OLG. **14** 253 (KG.) (schon JDR. **5** Ziff. 1 d). Aus § 1654 kann nicht gefolgert werden, daß der Vater verpflichtet ist, seinen minderjährigen Kindern zur Führung eines gegen ihn gerichteten Rechtsstreits einen Kostenvorschuß zu zahlen, vielmehr können Ansprüche gegen den Vater mit Erfolg nur geltend gemacht werden, wenn nachgewiesen wird, daß das Kind Vermögen besitzt, das der väterlichen Nutznießung unterworfen ist und dessen Lasten der Vater zu tragen hat. Eine dem § 1387 Ziff. 1 entsprechende Bestimmung ist für das Verhältnis der Kinder zu dem Vater nicht gegeben. AM. OLG. 5 472, R. **06** 621 (Breslau), SeuffBl. **07** 166 (München). **b)** ThürBl. **54** 166 (Jena). Nur wenn das Kind tatsächlich Vermögen besitzt, welches der Nutznießung des Vaters unterliegt, ist dieser zur Tragung der (nicht dem freien Vermögen zur Last fallenden) Kosten eines Rechtsstreits, der für das Kind geführt wird, verpflichtet.

§ 1657. HessRspr. 8 97 (Darmstadt). Auf das Verhältnis zwischen Stiefmutter und Stieftochter findet § 1657 keine Anwendung.

§ 1661. *Haidlen 305. Da eine Genehmigung der Eheschließung nach deren Vollziehung rechtlich nicht wohl denkbar ist, so verbleibt die Nutznießung dem Vater, auch wenn er sich später mit seiner Tochter ausgesöhnt hat, es sei denn, daß er gemäß § 1662 auf die Nutznießung verzichtet.

§ 1662. 1. *Haidlen 306. Auch ein Verzicht auf die Nutznießung an einzelnen Gegenständen des nutznießlichen Vermögens ist als das Weniger in der Form des § 1662 zulässig. — Der Verzicht des Vaters hindert den Eintritt der Nutznießung der Mutter nach §§ 1684, 1685 Abs. 2 nicht.

2. Vgl. unten Ziff. II 2 zu § 1909 BGB.

§ 1666. Literatur: Blankenhorn, Für Kinder, die zur Ausführung einer nach § 1666 BGB. ergangenen vormundschaftsgerichtlichen Anordnung außerhalb des elterlichen Hauses untergebracht werden sollen und erst dadurch unterhaltsbedürftig werden, braucht die öffentliche Armenpflege nicht einzutreten, Gesetz u. Recht 8 378. — Landsberg, Das Recht der Zwangs- und Fürsorgeerziehung. Berlin 1907.

I. Verschulden als Voraussetzung. 1. Ermel, DJZ. **07** 1198 ff. Dem Vater muß eine schuldhafte Vernachlässigung oder ein schuldhafter Mißbrauch des Sorgerechts nachgewiesen werden. — Ein solches Verhalten kann in der grundlosen Verweigerung der angebotenen Unterbringung eines kranken Kindes in einer geeigneten Heil- oder Pflegeanstalt gefunden werden.

2. R. **07** 1071 (KG.). Die Bestimmung des § 1666 setzt ein Verschulden des Gewalthabers voraus. Das Wohl des Kindes muß zu der Zeit gefährdet sein, zu der die schützende Maßregel getroffen werden soll. Die gegenwärtige Gefährdung kann aber auch durch frühere Verfehlungen des Gewalthabers begründet werden, wenn sie derart sind, daß ihre Fortdauer oder ihr Wiederaufleben zu besorgen ist. Unter einem Mißbrauche des Sorgerechts darf nicht bloß ein objektiv unrichtiger Gebrauch verstanden werden, sondern der Gebrauch muß ein falscher, dem Vater als Schuld anzurechnender sein. Ob und wann dies der Fall ist, kann nur nach Lage des Einzelfalls beurteilt werden. Ebenso OLG. **16** 18 (KG.).

II. Mißbrauch. **a)** Die Entsch. JDR. **5** Ziff. I 1 b auch OLG. **14** 254 (Bay. ObLG.). **b)** KGJ. **33** A 14, PrVolksschulA. **07** 137, OLG. **16** 10 (KG.). Unter „Mißbrauch“ im Wortsinn ist ein falscher, nicht zu billigender Gebrauch zu verstehen, der sowohl ein rechtlich falscher (rechtswidriger) als auch ein sachlich unrichtiger (zweckwidriger) sein kann; im Falle des § 1666 Abs. 1 ist nicht bloß ein objektiv unrichtiger, sondern auch ein subjektiv falscher, dem Vater als Schuld anzurech-

nender Gebrauch erforderlich. Ein solcher Mißbrauch kann sich aus der rechtlichen Unzulässigkeit der Mittel ergeben, mit denen der Vater auf das Kind einwirkt (z. B. durch Zwang oder unlautere Beeinflussung), selbst wenn der erstrebte Zweck an sich nicht zu mißbilligen ist (KGJ. **31** A 41), ferner aus der rechtswidrigen Beschaffenheit von Handlungen, zu denen er das Kind bestimmt, endlich aber auch aus zweckwidrigem Gebrauche des Personensorgerechts (z. B. durch Ausbeutung der Arbeitskraft des Kindes zu seinem persönlichen Vorteile). Ein solcher Mißbrauch besteht auch in der Aufreizung der Kinder zum offenen Widerstande gegen die Schulzucht, wenn unter dem Deckmantel der Fürsorge für die Kinder andere, insbes. politische Agitationszwecke verfolgt werden. Dieser Mißbrauch hat nichts zu tun mit der Frage der religiösen oder politischen Erziehung der Kinder. Die Beantwortung der Frage, ob durch den Mißbrauch das geistige Wohl der Kinder gefährdet wird und welche Maßregeln zur Abwendung der drohenden Gefahr erforderlich sind, hat im Anschluß an die konkreten Verhältnisse zu erfolgen, es genügt nicht eine bloß abstrakte Beurteilung, bei welcher rein theoretisch aus dem Vorhandensein des Mißbrauchs auf eine Gefährdung des Wohles der Kinder geschlossen wird. Bei Anwendung der Schutzmaßregeln ist jedes Übermaß zu vermeiden, insbes. ist es nicht Sache des Vormundschaftsgerichts, der politischen Agitation der Väter im allgemeinen Staatsinteresse entgegenzutreten, vielmehr hat dieses nur das Wohl der Kinder im Auge zu behalten. Ausreichend ist unter Umständen, gegen Pflichtwidrigkeiten des Vaters durch geeignete Gebote und Verbote einzuschreiten und ihn gemäß Art. 15 PrFGG. zur Befolgung der Anordnungen durch Ordnungsstrafen anzuhalten. **c)** OLG. **16** 19 (KG.) wiederholt die KGJ. **23** A 50, **26** A 28, 188 ausgesprochene Ansicht, daß ein „Mißbrauch" der Sorge für die Person des Kindes darin bestehen kann, daß der Gewalthaber die Zustimmung zur Unterbringung seines geistesschwachen Kindes in eine Anstalt verweigert. **d)** R. **06** 1439 (BayObLG.). Die Feststellung, daß der Vater seine Tochter mit unversöhnlichem Hasse verfolgt und nur deshalb in einen bestimmten Dienst gebracht wissen will, um sie zum Geständnis eines von ihr geleisteten Meineids zu bringen und darauf einen Rechtsstreit gegen einen Dritten zu stützen, rechtfertigt es, ihm die Unterstützung bei der Bestimmung des Aufenthalts der Tochter zu versagen.

III. Verletzung der Unterhaltspflicht. 1. Voraussetzungen. **a)** OLG. **14** 254 Anm. 1 (KG.). Grobe Verletzung der Unterhaltspflicht berechtigt zu Maßregeln aus § 1666, auch wenn der Vater damit nur die Herausgabe der bei der Mutter befindlichen Kinder erzwingen will. **b)** BayObLG. 8 24. Die Feststellung, daß der Vater das körperliche und geistige Wohl seiner Kinder durch Vernachlässigung der Kinder, Mißbrauch des Züchtigungsrechts und Verletzung des Rechtes der Kinder auf Gewährung des Unterhalts gefährdet, und die Folgerung aus diesem Verhalten des Vaters, daß die Fortsetzung dieser Behandlung zu besorgen ist, wenn nicht durchgreifende Maßregeln angeordnet werden, rechtfertigen sowohl die Entziehung des Rechtes der Fürsorge für die Person der Kinder als die Entziehung der Verwaltung und Nutznießung ihres Vermögens. **c)** RJA. 8 86, KGJ. **34** A 28, ZBlFG. **7** 896 (KG.). Das Bindewort „auch" im Abs. 2 will nur besagen, daß die Entziehung der Vermögensverwaltung und der Nutznießung auch neben den Maßregeln des Abs. 1 zulässig sei, nicht aber, daß sie nur neben diesen gestattet sei (v. Blume Anm. IV, aM. Planck Anm. 2 c zu § 1666). Die gegenteilige Ansicht würde in vielen Fällen die Entziehung der Vermögensverwaltung unmöglich machen, namentlich in den Fällen des § 627 ZPO. u. § 1635 BGB., wenn dem Vater zufolge der Übertragung des Personensorgerechts auf die Mutter dieses Recht nicht zusteht, er es also auch nicht verletzen und die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht erfüllen kann. **d)** KGJ.

34 A 31, RJA. 8 167 (KG.). Die Anordnung aus § 1666 Abs. 2 stellt sich als eine die Fürsorge für die Person des Kindes betreffende Angelegenheit dar, deren Ablehnung ein Beschwerderecht auf Grund des § 57 Ziff. 9 FGG. (auch dem Gemeindewaisenrat) gibt. Dagegen kein Beschwerderecht des Vaters (R. **07** 979, PosMSchr. **07** 70, KGJ. **34** A 26 [KG.]).

2. Grenzen. a) RJA. **8** 86, 88, KGJ. **34** A 28, 30 (KG.). Eine Verletzung des dem Kinde auf Gewährung des Unterhalts zustehenden Rechtes (BGB. §§ 1601 ff.) liegt nicht vor, wenn das Kind den Unterhalt aus den Zinsen des väterlichen Erbteils seiner Mutter empfängt, selbst wenn der Vater in der Lage wäre, den Unterhalt seiner Familie selbst zu verdienen. Sein Müßiggang wäre erst erheblich, wenn es infolge davon an den nötigen Mitteln für den Unterhalt der Kinder fehlen würde. b) BayObLG. 8 24. Stehen Kinder, bezüglich deren dem Vater die Verwaltung und Nutznießung des Vermögens entzogen ist, mit ihren Geschwistern in einem Gemeinschaftsverhältnis in Ansehung ihres Grundbesitzes, so ist dies kein Grund, die für das Vermögen der ersteren angeordnete Maßregel auf das Vermögen der letzteren zu erstrecken. Auf die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens finden die §§ 744, 745 BGB. Anwendung. c) FrankfRundsch. **40** 205 (KG.). Die Entziehung der Vertretung gemäß § 1666 hat auf die Rechtswirksamkeit der seitens des Vaters vor der Entziehung der Vertretung namens des Kindes geschlossenen Verträge keinen Einfluß.

IV. Einschreiten des Vormundschaftsgerichts. a) R. **07** 1468 (BayObLG.). Die einstw. Verfügung des Prozeßgerichts, daß für die Dauer des Ehescheidungsstreits die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder dem einen Ehegatten überwiesen werden, hindert nicht, daß das Vormundschaftsgericht in Anwendung des § 1666 die Unterbringung der Kinder in einer Erziehungsanstalt anordnet. b) R. **07** 312 (KG.). Die Bestellung eines Pflegers liegt (ebenso in den Fällen der §§ 1635, 1636) in dem Ermessen der Instanzgerichte; diese sind infolgedessen auch nicht verpflichtet, den bestellten und gehörten Pfleger nach einer erfolgten Beweisaufnahme noch einmal zu hören. c) OLG. **14** 254 Anm. 1 (KG.). Die Anhörung der Eltern usw. ist zwar nur eine Ordnungsvorschrift, doch enthält ihre Unterlassung ebenso wie die Unterlassung der von Amts wegen vorzunehmenden Ermittelungen eine Gesetzesverletzung. Solchen Mängeln hat das LG. abzuhelfen und darf nicht zu diesem Zwecke die Sache an das AG. zurückverweisen. Ebenso OLG. **16** 19 (KG.) u. OLG. **16** 19 Anm. 1 (BayObLG.).

§ 1667. 1. Voraussetzungen. a) RJA. **8** 90 (KG.). Die Voraussetzungen des § 1667 sind auch dann gegeben, wenn der Vater nicht erst jetzt in Vermögensfall geraten ist, sondern sich bereits seit einiger Zeit darin befindet. b) KGJ. **33** A 29. (KG.) Die bloße Befürchtung, daß der Vater in Vermögensverfall geraten werde, rechtfertigt den Erlaß von Maßregeln zum Schutze des der väterlichen Verwaltung unterworfenen Kindesvermögens ebensowenig wie der Umstand, daß der Vater wegen Eigentumsvergehens bestraft worden ist. Zu den im Falle des § 1667 zulässigen Maßregeln gehört auch die Anordnung, daß der Vater das Geld des Kindes bei einer Sparkasse anzulegen und die Sparkasse zur Sperrung des Sparbuchs zu veranlassen habe. c) BayObLG. 8 24, R. **07** 312, BayRpflZ. **07** 174. (BayObLG.) Eine Verletzung der mit der Verwaltung und Nutznießung des Vermögens der Kinder verbundenen Pflichten des Vaters begründet nicht ohne weiteres die Entziehung dieses Rechtes, sondern gibt nur Anlaß zu dem Versuche, den Vater zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten (§§ 1667, 1668).

2. Zulässige Maßregeln. a) KGJ. **33** A 32, RJA. **8** 81 (KG.). Zu den nach § 1667 zulässigen Maßregeln gehört nicht die Bestellung eines Pflegers zur Empfangnahme und mündelsicheren Anlegung des

großväterlichen Erbteils der Kinder, denn diese enthält insoweit eine Entziehung der Vermögensverwaltung des Vaters, eine Maßregel, die nur unter den Voraussetzungen des § 1670 BGB. zulässig ist. Die Einschränkung der Entziehung der Verwaltung oder der Bestellung des Pflegers auf einen Teil des Kindesvermögens gibt der Maßregel nicht einen anderen rechtlichen Charakter, sondern nur einen geringeren sachlichen Umfang; dasselbe gilt, wenn solche Anordnungen an eine auflösende Bedingung geknüpft werden oder eine zeitliche Beschränkung erleiden, z. B. wenn der Pfleger nur bis zur Erledigung gewisser geschäftlicher Aufgaben auf dem Gebiete der Vermögensverwaltung bestellt wird. Die nach § 1667 zulässigen Maßregeln sind solche, welche dem Vormunde bei der Verwaltung des Mündelvermögens entweder von Gesetzes wegen obliegen (§§ 1802, 1814—1816, 1840, 1841) oder ihm von dem Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen auferlegt werden können (§ 1818). Jedes Einschreiten des Vormundschaftsgerichts auf Grund des § 1667 gegen den Vater hat somit zur Folge, daß seine Stellung auf dem Gebiete der Vermögensverwaltung derjenigen eines Vormundes ähnlich ist. Damit ist aber auch die Richtung gewiesen, in welcher sich die von dem Vormundschaftsgericht auf Grund des § 1667 zu treffenden, dort nicht besonders namhaft gemachten Maßregeln im allgemeinen zu bewegen haben. Es wird sich hauptsächlich um die Auferlegung solcher Verpflichtungen handeln, wie sie dem Vormunde bei der Verwaltung des Mündelvermögens unmittelbar nach dem Gesetz obliegen oder vom Vormundschaftsgericht auferlegt werden können. So kann z. B. dem Vater aufgegeben werden, das den Kindern gehörige Geld bei einer Sparkasse zinsbar anzulegen und bei der Anlegung in das Sparkassenbuch den Vermerk eintragen zu lassen, daß die Erhebung des Geldes nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfolgen darf (vgl. Vierhaus, DJZ. **05** 539). **b) RG.** R. **07** 452. Ein gemäß §§ 1667, 1670 bestellter Pfleger ist auch zur Geltendmachung weiterer Maßregeln ermächtigt, sofern diese sich zur Sicherung des Vermögens des Pflegebefohlenen als notwendig erweisen.

3. Prozessuale Maßregeln. **RG.** JW. **07** 203, GruchotsBeitr. **51** 1080, SeuffBl. **07** 780, SeuffA. **62** 303. Zur Durchführung der vormundschaftsgerichtlich angeordneten Sicherheitsleistung ist eine Klage im ordentlichen Rechtswege nicht gegeben (Mot. IV 810); dagegen ist grundsätzlich die Erwirkung eines dinglichen Arrestes im Prozeßweg auf Grund der §§ 916 ff. ZPO. gegen den Vater wegen Gefährdung des von ihm verwalteten Kindesvermögens zulässig. Es liegen wesentlich unter sich verschiedene Verfahrensarten vor, deren Voraussetzungen gleichfalls verschieden sind; zur Anwendung der §§ 1667 ff. genügt die Tatsache des Vermögensverfalls, Voraussetzung des Arrestes ist (**RG. 3** 416) die Besorgnis, daß der Schuldner Vermögensstücke beseitige und dadurch dem Gläubiger das Objekt seiner Befriedigung entziehe.

§ 1668. KGJ. **33** A 32, RJA. 8 90, 92 (KG.). Zur Anwendung des § 1668 ist nicht erforderlich, daß vorher schon Maßregeln aus § 1667 vergeblich versucht sind oder daß der Vater das schutzbedürftige Vermögen bereits tatsächlich in seine Verwahrung oder Verwaltung übernommen hat, vielmehr kann die Übernahme des Kindesvermögens in eigene Verwahrung davon abhängig gemacht werden, daß zuvor die auferlegte Sicherheit geleistet und deren Leistung dem Vormundschaftsgerichte nachgewiesen wird. Auch der Umstand, daß der Vater nach seinen Vermögensverhältnissen voraussichtlich nicht imstande sein wird, eine Sicherheit aus seinem eigenen Vermögen zu leisten, steht der Auferlegung einer Sicherheit nicht entgegen.

§ 1673. 1. *Schultheis, ZBlFG. 8 179. Bei der Pflegerbestellung zur Führung eines Rechtsstreits an Stelle des gesetzlich verhinderten Vaters handelt

es sich, obschon der Vater dadurch auch den ihm bis dahin zustehenden Einfluß auf die Frage der Durchführung des Prozesses verliert, nicht um eine Entziehung der Vertretungsmacht durch das Vormundschaftsgericht, sondern um eine mit dem gesetzlichen Ausschlusse der Vertretung und der deshalb erforderlichen Pflegerbestellung notwendig verbundene Einschränkung des Wirkungskreises des Vaters und deshalb trifft die Vorschrift des § 1673 (Anhörung von Verwandten) nicht zu; auch aus dem Grunde nicht, weil nicht eine gegen den Vater gerichtete Maßnahme in Frage steht, wie sie § 1673 voraussetzt. Vgl. Schultheis, Vormundschaftsrichter 179 Ziff. 9.

2. a) BayObLG. 8 77, R. **07** 452 (BayObLG.). Die Anhörung von Verwandten oder Verschwägerten des Mündels ist nicht wie die Aufnahme geeignet erscheinender Beweise in das Ermessen des Gerichts gestellt, sondern als eine vom Gesetze für erforderlich erachtete Gewähr erschöpfender Würdigung der Verhältnisse vorgeschrieben, sofern sie nicht wegen einer mit ihr verbundenen erheblichen Verzögerung oder wegen unverhältnismäßiger Kosten untunlich ist. Die Verletzung der Ordnungsvorschrift des § 1673 Abs. 2 begründet daher die weitere Beschwerde, wenn angenommen werden kann, daß die angefochtene Entscheidung auf ihr beruht. **b)** FrankfRundsch. **40** 205, R. **07** 891 (KG.). Auf die Anhörung von Verwandten nach § 1673 Abs. 2 finden die Vorschriften der ZPO. über den Zeugenbeweis keine Anwendung.

3. Vgl. noch Ziff. 4 c zu § 1636 u. Ziff. IV c zu § 1666.

§ 1677. *Haidlen 316. Es ist ein Vormund zu bestellen, sofern nicht nach § 1685 Abs. 1 die Ausübung auf die Mutter übergeht oder nach Auflösung der Ehe ihr nach § 1685 Abs. 2 übertragen wird. Die Einleitung nur einer Pflegschaft kommt, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des § 1677 ergibt, nicht in Frage.

§ 1680. *Haidlen 317. Nur gegen oder an der Person des Kindes begangene strafbare Handlungen begründen die Verwirkung, nicht die Verletzung jedes Rechtsguts des Kindes und insbes. nicht auch eine Verletzung des Vermögens.

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

§ 1687. 1. *Haidlen 322. Die Mutter hat im Falle der Ziff. 2 u. 3 kein Recht zur Benennung einer bestimmten Person als Beistand; § 1776 Abs. 2 Ziff. 2 ist nicht anwendbar.

2. KGJ. **34** A 34, RJA. 8 254 (KG.). Für die Berufung des Beistandes gelten nach § 1694 Abs. 1 BGB. die gleichen Vorschriften wie bei dem Gegenvormunde (§§ 1776 ff.). Hiernach besteht aber kein Recht der Mutter, eine bestimmte Person als den ihr zu bestellenden Beistand zu berufen, auch nicht, wenn sie selbst die Bestellung des Beistandes beantragt (§ 1687 Ziff. 2). Sie kann aber die Bestellung unter der Bedingung beantragen, daß ihr eine bestimmte Person als Beistand bestellt wird; aM. Neumann Anm. II 2 zu § 1687, Leske 886 ohne Angabe von Gründen.

§ 1690. R. **07** 253, OLG. **14** 265 (Cassel). Nach den §§ 1687, 1690 unterliegt auch die Mutter den Schranken der §§ 1821—1831, und diese erhalten bezüglich der Befreiungsbefugnis des Vaters ihre nähere Bestimmung durch die §§ 1852 ff., in denen der Fall der Veräußerung von Grundeigentum des Mündels nicht aufgeführt ist.

§ 1691. Cohen, DJZ. **07** 183, Wirkungskreis des der Mutter für alle Angelegenheiten bestellten Beistandes. Die Anlegung des Kindesvermögens fällt niemals in den Wirkungskreis des Beistandes, wenn die Anlegung nicht entweder dem Beistande besonders in Gemäßheit des § 1691 oder aber mit der Vermögensverwaltung zugleich in Gemäßheit des § 1693 übertragen ist. Der

Wirkungskreis des „für alle Angelegenheiten“ schlechthin bestellten Beistandes umfaßt nicht ohne weiteres die Anlegung des Kindesvermögens, deshalb ist es gesetzlich nicht gerechtfertigt, bei einer einfachen Beistandschaft („für alle Angelegenheiten“) die zum Kindesvermögen gehörenden Sparkassenguthaben mit dem Sperrvermerke zu versehen.

§ 1693. KGJ. **34** A 38, OLG. **16** 28 (KG.). Hat auf Antrag der Mutter das Vormundschaftsgericht dem Beistande die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen, so sind für die Frage, ob und inwieweit dem Beistande für diese Tätigkeit eine Vergütung zu bewilligen ist, nicht die den Gegenvormund, sondern die den Pfleger (Vormund) betreffenden Vorschriften maßgebend.

§ 1694. *Haidlen 325. Die Beendigung der Beistandschaft tritt nach Abs. 2 nur in den Fällen des Ruhens der elterlichen Gewalt der Mutter ein, nicht auch, da eine besondere Vorschrift fehlt, wenn nur ein Bestandteil der elterlichen Gewalt der Mutter aufhört, z. B. die Vermögensverwaltung in den Fällen der §§ 1647, 1666 Abs. 2, 1670.

§ 1697. 1. Josef, ZBlFG. **7** 504 ff. (511). Die Mutter kann nach ihrer Wiederverheiratung die hierdurch notwendig gewordene Anordnung der Vormundschaft nicht deshalb anfechten, weil das Vormundschaftsgericht örtlich unzuständig sei. Denn da sie durch ihre Wiederverheiratung die elterliche Gewalt verloren hat, die Anordnung der Vormundschaft also gesetzlich erforderlich war, ist durch diese irgendein ihr zustehendes Recht nicht beeinträchtigt. Zuständig zur Anordnung der Vormundschaft ist im gedachten Falle, wenn die Mutter ihren Wohnsitz verändert hat, nicht das Gericht des neuen Wohnsitzes der Mutter; vielmehr behält das Kind grundsätzlich nach § 11 BGB. den abgeleiteten väterlichen Wohnsitz.

2. *Thiesing aaO. 119. Durch Eingehung einer neuen nichtigen Ehe verliert die Mutter die elterliche Gewalt nicht, wenn auch wegen § 1329 dies zunächst unbeachtet gelassen und ein Vormund bestellt werden muß. Die vom letzteren für den Mündel vorgenommenen Rechtshandlungen sind nach § 32 FGG. gültig.

§ 1698. Schultheis, ZBlFG. **7** 876 ff. § 1698 findet nur für die Dauer der Ehe, nicht auch nach deren Auflösung Anwendung. Ebenso Haidlen 319.

Fünfter Titel. Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen.

Literatur: Thiesing, Die Wirkung nichtiger Ehen. München 1907.

§§ 1699 ff. 1. Hier ist stets von Kenntnis der Nichtigkeit die Rede, während das Gesetz an anderen Stellen nur von Kenntnis der Nichtigkeitsgründe spricht; vgl. die Bemerkungen von *Weyl, SeuffBl. **07** 622 oben Ziff. I 3 zu § 122.

2. *Thiesing 197 f. Kennt auch das BGB. eine Putativehe nicht, so hat es doch bei Regelung der Rechtslage von Kindern aus nichtigen Ehen nicht nur, wie im Verhältnisse der Gatten zueinander, einige, das starre Nichtigkeitsprinzip mildernde Vorschriften gegeben, sondern dies Prinzip so zurückgedrängt, daß die Kinder grundsätzlich nicht als uneheliche, sondern als eine besondere (etwa wie die legitimierten) den ehelichen gleichgestellte Klasse erscheinen. — Die §§ 1591 ff. finden entsprechende Anwendung. Dies auch, wenn die Nichtigkeit darauf beruht, daß die Frau in einer früheren gültigen Ehe verheiratet ist, so daß die Vermutung der Beiwohnung für den Ehemann der nichtigen Ehe spricht (so für bay. Landesrecht das BayObLG., SeuffBl. **05** 72).

§ 1700. *Thiesing 201 f. Mit dem Versterben eines der Gatten treten die gewöhnlichen Regeln über Eltern- und Kinderverhältnis in Kraft, da dann dem überlebenden Gatten ein Recht des anderen nicht mehr im Wege steht, so daß § 1700 bei Auflösung der Ehe durch Tod eines Gatten überhaupt nicht praktisch wird. Bei Auflösung der Ehe durch Scheidung unter Erklärung nur eines Gatten als schuldigen Teil kann sich der unschuldige nicht auf § 1635 Abs. 1 berufen, etwa die unschuldige Frau die Personenfürsorge auch für die über 6 Jahre alten Söhne beanspruchen, vielmehr gilt § 1700, da das Scheidungsurteil wegen Nichtigkeit der Ehe ohne Bedeutung ist. — Beim Ruhen oder Verwirkung der elterlichen Gewalt des Vaters gelten die Vorschriften der §§ 1684 Ziff. 2, 1685 Abs. 2, mag auch die Ehe nicht „aufgelöst", sondern durch Nichtigkeitserklärung ihr Ende erreicht haben.

§ 1701. 1. *Thiesing 213—217. Die Rechte des Kindes, d. h. die aktive Seite des Kindschaftsverhältnisses, werden nicht berührt; es finden also Anwendung zugunsten des Kindes § 204, § 11, § 1314. Auch tritt das Kind in Verwandtschaftsbeziehungen zu der väterlichen Familie, und zwar so, daß auch umgekehrt die väterlichen Verwandten in ihren Rechten gegenüber dem Kinde durch die Bösgläubigkeit des Vaters keine Einbuße erleiden. Somit greifen Platz die §§ 1601, 1308 Abs. 2, 1673 Abs. 2, 1847, 1779 Abs. 2, insbesondere aber auch das Verwandtenerbrecht nach §§ 1924 ff. (aM. Endemann III 60, Enneccerus-Lehmann II 658 c, Märcker, Nachlaßbehandlung 55). Vgl. auch für das Erbrecht der Verwandten Knüppel, Rechtsstellung der Kinder aus nichtigen Ehen 35—44.

2. *Thiesing 217—225. Die Feststellung der Bösgläubigkeit — nach Beendigung der Ehe — geschieht nicht, wie Dernburg Familienrecht 276 f. meint, durch Feststellungsurteil, an das sich der Übergang der Gewalt auf die Mutter knüpfe, denn dies würde ein Feststellungsurteil mit konstitutiver Wirkung sein. Vielmehr sind hier mehrere Fälle zu unterscheiden: a) Bei Ansprüchen aus bereits stattgehabter Verwaltung und Nutznießung und Wahrnehmung der Vertretungsbefugnis des Vaters kommen gewöhnliche Prozesse in Frage, bei denen Kind oder Mutter (wegen der ihr gebührenden Nutznießung) oder Dritte dem Vater (bzw. seinen Erben), oder auch Dritte dem Kinde gegenüberstehen. Hier ist die Bösgläubigkeit ein die Voraussetzung des Anspruchs bildender Inzidentstreitpunkt und unterliegt den gewöhnlichen Beweisregeln. Wer die Bösgläubigkeit als Kläger oder Beklagter behauptet, hat sie zu beweisen, desgleichen die Nichtigkeit der durch Auflösung beendigten Ehe. Stehen Kind und Vater sich gegenüber und kommt das Fortbestehen der elterlichen Gewalt noch in Frage, so kann nach § 154 Abs. 2 ZPO. verfahren und gemäß § 640 ZPO. diese Vorfrage präjudiziell entschieden werden. b) Bei vom Vater ausgeübter Vormundschaftssorge (Anordnung einer Beistandschaft, Benennung eines Vormundes) ist die Bösgläubigkeit und bei Beendigung der Ehe durch Auflösung auch die Nichtigkeit vom Vormundschaftsgerichte festzustellen. c) Bei Regelung der Verhältnisse für die Zukunft (Vater begehrt Unterhalt, macht Erbrechte am Nachlasse des Kindes geltend, will bei Entmündigung des Kindes als gesetzlich Berufener Vormund werden) gilt das unter a und b. Wenn aber elterliche Gewaltrechte streitig sind, so kommt in Frage entweder ein Feststellungsprozeß nach § 640 ZPO. (wenn es um das Bestehen der Gewalt als solcher zwischen Vater und Kind geht), oder nach § 256 ZPO. (wenn Mutter und Vater die Parteien sind), oder im gewöhnlichen Prozesse, wenn ein einzelnes Gewaltrecht Prozeßgegenstand ist, wie Herausgabe des Kindesvermögens, Herausgabe des Kindes nach § 1632. d) Auch das Vormundschaftsgericht hat wegen § 1773 die Bösgläubigkeit festzustellen, z. B. wenn ihm nach § 630 ZPO. die Nichtigkeitserklärung mitgeteilt wird, da das Nichtigkeitsurteil keine derartigen Feststellungen zu enthalten braucht.

3. *Thiesing 204 ff. Der Vater ist noch ungünstiger gestellt, als bei der

Verwirkung der elterlichen Gewalt. Er kann sich z. B. auf die Verjährungshemmung nach § 204 Satz 2 nicht berufen, da auch dies ein auf die Vaterschaft gegründetes Recht ist (anders die herrschende M.), ferner steht ihm die Befugnis zum persönlichen Verkehre mit dem Kinde nach § 1636 nicht zu und er hat nicht das Recht auf Dienstleistung nach § 1617, so daß das Kind für durante matrimonio geleistete Dienste insoweit wenigstens Ausgleich verlangen kann, als der Vater bereichert ist, also der von ihm gewährte Unterhalt unter Berücksichtigung des § 1602 Abs. 2 den Wert der Dienste nicht deckt. — Da wegen der §§ 1329, 1343 durante matrimonio der § 1701 nicht berücksichtigt werden kann, gleichwohl aber der Vater die elterliche Gewalt und die Vaterschaftsrechte niemals besessen hat, die erstere vielmehr der Mutter von Anfang an zugestanden hat (aM. Dernburg, Familienrecht 277, der die Gewalt erst im Augenblicke der rechtskräftigen Feststellung der Bösgläubigkeit des Vaters auf die Mutter übergehen lassen will), so ergeben sich aus der Ausübung der Rechte durch den Vater allerlei Verwickelungen. Die von ihm in Wahrnehmung der Vertretungsbefugnis in persönlichen Angelegenheiten (z. B. §§ 112, 113, 1750) vorgenommenen Akte sind unwirksam, desgleichen die zur Vermögensfürsorge abgeschlossenen Geschäfte, es sei denn, daß Zustimmung der Mutter als der wirklichen Gewalthaberin anzunehmen wäre. Sonst sind im Verhältnisse zum Kinde die Grundsätze der auftragslosen Geschäftsführung, im Verhältnisse nach außen die §§ 177 ff., 185 anzuwenden. Auch der gutgläubige Dritte genießt nicht, wie nach § 1344 bei Rechtsgeschäften der Gatten, Schutz, da eine analoge Anwendung nicht möglich ist (aM. Planck, Anm. 6 zu § 1701). Bezüglich der gezogenen Nutzungen nach § 1649 greifen die §§ 988, 990, 987 Platz. Berechtigt ist entweder die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt oder das Kind.

§ 1702. *Thiesing 226—231. Die bösgläubige Mutter ist im Gegensatze zum bösgläubigen Vater nicht aller Mutterschaftsrechte entkleidet, da dies ja auch nicht bei der unehelichen Mutter der Fall ist. Ihr wird sie daher nach Fortfall des Vaters als Trägers der elterlichen Gewalt gleichgestellt, während sie bis dahin der geschiedenen, allein schuldigen Frau gleichsteht. Auch kann gegen Philler (s. JDR. **5** zu § 1702) die Mutter zum Vormund über das minderjährige Kind bestellt werden, wie sie nach § 1900 Abs. 2 über das volljährige Kind sogar unter Bevorzugung vor den Großvätern bestellt werden kann; auch hat sie die elterlichen Einwilligungsrechte gemäß § 1305 (nach Wegfall des Vaters) und § 1747 (neben dem Vater). AM. Opet, Verwandtschaftsrecht 163 und Philler aaO.

§ 1703. *Thiesing 237. Einem Kinde aus einer nichtigen Ehe, das wegen Bösgläubigkeit beider Eltern nicht als ehelich gilt, steht es frei, ob es seinen Unterhalt nach § 1703 oder nach allgemein für uneheliche Kinder geltenden Normen vom Vater verlangen will. Die einmal vollzogene Wahl ist endgültig. (Gegen die herrschende M.)

§ 1704. § 1704 und seine Vorläufer sind nach *Weyl, SeuffBl. **07** 573, beweisend für die Tendenz des § 1346 Satz 1, lediglich über die Anwendbarkeit des Wahlrechts aus § 1345 auf den Fall der Drohung und über die Person des Wahlberechtigten eine Äußerung zu geben.

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Vorbemerkung: Eine Reihe Einzeluntersuchungen über Fragen zum Rechte der unehelichen Kinder sind im Berichtsjahr erschienen. Ein größerer Aufsatz ist von Raape zu verzeichnen.

Literatur: Frese, Recht und Pflicht der unehelichen Mutter, für die Person ihres Kindes zu sorgen, R. **07** 547. — Hofmann, Recht der unehelichen Mutter zur Bestimmung der Religion und der religiösen Erziehung ihres Kindes, BayRpflZ. **07** 8. — Müller, Zu §§ 1708, 1714 BGB., R. **07** 302. — Oertmann, Bestimmung der Religion unehe-

licher Kinder, BayRpflZ. **07** 117. — Raape, Über den Begriff der Vaterschaft, JheringsJ. **51** 239—252. — Schwab, Zuständigkeit für Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe SeuffBl. **07** 631. — Thiesing, Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung der Unterhaltsverpflichtungserklärung des unehelichen Vaters, ZBlFG. 7 684. — Weinberg, Vertrag über die Unterhaltung von unehelichen Kindern, ZBlFG. 8 28.

§§ 1705 ff. SchlHolstAnz. **07** 264 (LG. Kiel). Das von der Mutter eines unehelichen Kindes erwirkte Urteil auf Alimentation gibt dem Kinde selbst keinen Anspruch, seinerseits die Zwangsvollstreckung aus dem Urteile zu betreiben.

§ 1707. 1. Frese. Die Vorschriften der §§ 1626—1698 BGB. über die elterliche Gewalt finden, soweit sie sich auf die Sorge für die Person des Kindes beziehen, auch auf die uneheliche Mutter bei der Sorge für die Person ihres Kindes Anwendung. — Soweit die Sorge für die Person des Kindes der unehelichen Mutter zusteht, hat der Generalvormund wie jeder andere Vormund lediglich die rechtliche Stellung eines Beistandes; das dem Vormunde grundsätzlich eingeräumte Sorgerecht kann auch der Generalvormund bei Lebzeiten der Mutter nur unter den Voraussetzungen ausüben, unter denen es sonst der Vormund an Stelle der Mutter auszuüben hat.

2. ZBlFG. 8 253, BayRpflZ. **07** 353 (BayObLG.). Auch das der Mutter eines unehelichen Kindes nach §§ 1707, 1631 zustehende Recht kann nur nach Maßgabe des § 1666 beschränkt werden.

3. **RG.** (Straff.) HessRspr. 8 65. Verpflichtung der Großmutter eines unehelichen Kindes in bezug auf die Erhaltung des Lebens des Kindes.

4. a) Hofmann. Die uneheliche Mutter hat bezüglich des Glaubensbekenntnisses und der religiösen Erziehung ihres Kindes: α. wenn das Kind von dem Vater in rechtswirksamer Weise anerkannt ist und Vater und Mutter verschiedenen Glaubens sind, ein Mitbestimmungsrecht; β. wenn das Kind vom Vater anerkannt ist und Vater und Mutter gleichen Glaubens sind, ein subsidiäres Bestimmungsrecht; γ. wenn das Kind vom Vater nicht anerkannt ist, ein ausschließliches Bestimmungsrecht. **b)** Oertmann, BayRpflZ. **07** 117, über die Bestimmung der Religion unehelicher Kinder (bes. bayer. Recht).

§ 1708. 1. KGBl. **07** 80 (LG. II Berlin). Der Lebensunterhalt bemißt sich nach der Lebensstellung, insbesondere nach den Vermögensverhältnissen der Mutter. Auf die Teuerungsverhältnisse des Ortes, wo das Kind erzogen wird oder die Mutter zur Zeit der Klagerhebung wohnt, kommt es dabei — im Gegensatze zum preußischen Rechte — nicht an.

2. a) FrankfRundsch. **41** 31 (Frankfurt). Die uneheliche Mutter gehört zu den nach § 361 Ziff. 10 StGB. Unterhaltspflichtigen. Wenn auch die Unterhaltspflicht des außerehelichen Vaters gemäß § 1709 Abs. 1 der mütterlichen Unterhaltspflicht vorgeht, so dauert doch dem Kinde gegenüber die Unterhalts- und Ernährungspflicht der unehelichen Mutter fort. Ist das Kind in der öffentlichen Armenpflege untergebracht, so kann die Mutter nicht mehr Unterhaltsgewährung in natura wählen, sondern muß den Unterhalt in Geld entrichten. **b)** α. SächsRpflA. **07** 504, SächsOLG. 28 293 (Dresden). Der außereheliche Vater gehört zu den nach § 361 Ziff. 10 StGB. Unterhaltspflichtigen. β. BayObLG. (Straff.) SeuffBl. **07** 74. § 361 Ziff. 10 findet auf außereheliche Väter Anwendung.

3. Müller, R. **07** 302 ff. Ein entgeltlicher Unterhaltsvertrag oder ein Unterhaltsvergleich liegt auch vor, wenn darin die Höhe der Leistungen ein für allemal festgesetzt wird, insofern das Kind dadurch auf höhere Leistungen verzichtet. Ein solcher Vertrag bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (gegen Blasig, JDR. **5** § 1708 Ziff. 2). — Der Vormund, der sich im Prozesse mit einer zu niedrigen Unterhaltsrente begnügt hatte, kann bei Besserung der Vermögenslage des Vaters eine Abänderung des früheren Urteils nach § 323 ZPO. nicht verlangen; maßgebend

für die Höhe der Unterhaltsleistungen ist nicht die Leistungsfähigkeit des Vaters, sondern nur die Lebensstellung der Mutter (anders Blasig).

4. *Haidlen, Familienrecht 334. Auch auf den im § 1708 Abs. 2 bestimmten sogen. außerordentlichen Unterhaltsanspruch findet die Vorschrift des § 1709 unter Ausschluß der §§ 1601 ff Anwendung.

§ 1709. Schwab, SeuffBl. **07** 631. Der Anspruch aus § 1709 Abs. 2 unterliegt der ausschließlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte.

§ 1712. BreslauAK. **07** 8 (LG. Breslau). Wenn die Passiva die Aktiva des Nachlasses übersteigen, kann der Erbe des Vaters sich von jeder Verpflichtung gegen das alimentationsberechtigte Kind dadurch befreien, daß er von der Bestimmung des § 1712 Abs. 2 BGB. Gebrauch macht. Dadurch wird der Anspruch des Alimentationsberechtigten auf den Pflichtteil beschränkt. Die Befriedigung des Alimentationsberechtigten tritt auch ein, wenn der Pflichtteil gleich Null ist.

§ 1714. 1. a) *Haidlen, Familienrecht 335. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Prozeßvergleich ist für den ordentlicheu wie für den außerordentlichen Unterhaltsanspruch erforderlich; für letzteren aber nicht, wenn der Berechtigte volljährig ist, auch wenn er unter Vormundschaft stehen sollte. b) *Thiesing, ZBlFG. **7** 685 ff. Eine in der Form des § 794 Ziff. 5 ZPO. abgegebene einseitige Erklärung des außerehelichen Erzeugers, durch die er sich zur Zahlung einer bestimmten Unterhaltsrente für das Kind verpflichtet, muß zur materiell-rechtlichen Gültigkeit von dem Vormund angenommen und vormundschaftsgerichtlich genehmigt werden, dies auch vom Vormunde dem Erzeuger mitgeteilt werden, wenn nicht etwa die Genehmigung schon im voraus zum Abschlusse des Vertrags erteilt sein sollte (§ 1829). Die Verpflichtungserklärung erzeugt für den Erzeuger auch vor der Annahme schon eine Gebundenheit nach den allgemeinen Grundsätzen des § 152 BGB. und nach der Annahme bis zur Genehmigung nach § 1829 BGB. c) Weinberg, ZBlFG. **8** 28 ff. (gegen Thiesing, ZBlFG. **7** 684 und Grüber aaO. 688). Verpflichtet sich der Erzeuger eines unehelichen Kindes in einer vollstreckbaren Urkunde zur Zahlung der vom Vormunde des Kindes geforderten, beim Vormundschaftsgericht üblichen Unterhaltsgelder, so ist zu dieser Abmachung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht erforderlich.

2. RheinA. **104** I 59 (Cöln). Ein Abfindungsvertrag zwischen dem Erzeuger des nasciturus und dem Großvater als dessen Geschäftsführer ohne Auftrag ist zulässig.

3. Schwab, SeuffBl. **07** 631. Für Klagen aus § 1714 gelten die allgemeinen Zuständigkeitsnormen, daher keine ausschließliche Zuständigkeit der Amtsgerichte.

§ 1715. 1. SächsRpflA. **07** 498 (Dresden). Darin, daß die Mutter durch ihre Schwangerschaft oder Entbindung in die Lage versetzt wird, sich wegen Verminderung ihrer Erwerbsfähigkeit mit einer geringer besoldeten Stellung begnügen zu müssen, kann eine Aufwendung im Sinne des § 1715 höchstens dann erblickt werden, wenn sie dadurch genötigt wird, andere ihr zu Gebote stehende Mittel zu ihrem Unterhalte zu verwenden.

2. a) *Haidlen, Familienrecht 336. Der Ersatz für entgangenen Verdienst fällt nicht unter § 1715 („weitere Aufwendnngen"). b) SächsRpflA. **07** 39 (Dresden). Zu den zu ersetzenden Aufwendungen gehört auch der infolge der Schwangerschaft und der Entbindung entgehende Verdienst und ähnliche Verluste. Über den Ersatzanspruch der Mutter der Geschwängerten s. oben § 685 Ziff. 2. Vgl. dagegen SächsRpflA. **07** 396 (LG. Freiberg).

3. NaumburgAK. **07** 13, RheinARB. **24** 110 (LG. Cöln). Lohnausfall gehört nicht zu den weiteren Aufwendungen des § 1715.

4. Fuld, R. **07** 1124 f. Das Urteil eines deutschen Gerichts gegen den unehelichen Vater ist in Frankreich vollstreckbar.

§ 1716. Stirnweiß, JustdBl. **1** 198. Zur Entscheidung über die Herausgabe der nach § 1716 hinterlegten Beträge ist die Hinterlegungsstelle ausschließlich zuständig.

§ 1717. 1. *Raape bekämpft Kuttner (JheringsJ. **50** 416 ff., JDR. **5** § 1717). Kuttner geht von dem Gedanken aus: Weil § 1717 von der natürlichen Auffassung abweicht, das Gesetz aber der Vaterschaftstheorie huldigt, ist § 1717 nicht erschöpfend. Neben dem künstlichen Vaterschaftsbegriffe des § 1717 steht daher noch der natürliche. Für jenen ist die exc. plurium von Bedeutung, für diesen nicht. Indes: erstens bedingt die Vaterschaftstheorie nicht notwendig eine Übereinstimmung mit der natürlichen Auffassung; zweitens weichen §§ 1591, 1592 von der natürlichen Auffassung ab, und doch hält sie Kuttner für erschöpfend. Seine Ausführungen über § 1591 widersprechen daher denen über § 1717! — In Wahrheit lassen beide Paragraphen keinen Raum mehr für den natürlichen Vaterschaftsbegriff. Sie regeln beide die Frage, wer Vater ist, erschöpfend. Das beweisen Wortlaut und Entstehungsgeschichte. Darum bleibt es doch wahr, daß das Gesetz im § 1717 der Vaterschaftstheorie folgt, so gut wie es das zweifellos im § 1591 tut. — Der Vater im § 1710 Abs. 3 ist der im natürlichen Sinne. Kuttners Endergebnis, daß es einen einheitlichen Begriff des unehelichen Vaters gibt, ist daher unrichtig.

2. *Hedemann, DJZ. **07** 217 ff. Die Tatsache der mehrfachen Beiwohnerschaft ist nicht von Amts wegen zu beachten, insbesondere nicht im Versäumnisverfahren.

§ 1718. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 720 ff. u. 700 über die Behandlung der Anerkennung der unehelichen Vaterschaft (auch §§ 1720 Abs. 2, 1725, 1883 Abs. 2). Diese Anerkennung ist im Gegensatze zu der im § 1598 vorkommenden kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung des aaO. 697 ff. näher bestimmten Charakters.

2. Keidel, BayRpflZ. **07** 268 ff. Eine Beweiserhebung seitens des Vormundschaftsgerichts zur Feststellung der Vaterschaft durch Vernehmung von Zeugen in den Formen und nach den Vorschriften der ZPO. ist nicht zulässig.

3. Schwab, SeuffBl. **07** 631. Die Anerkennung des § 1718 hat keine rechtsbegründende Kraft. Wird ein Anspruch des Kindes oder der Mutter gegen den Vater auf eine solche Anerkennung gestützt, so ist hierfür die ausschließliche Zuständigkeit der Amtsgerichte gegeben.

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

I. Legitimation durch nachfolgende Ehe.

§ 1720. 1. *Raape (s. o. Ziff. 1 zu § 1717) bemerkt gegen Kuttner: Wie § 1717 ist auch § 1720 erschöpfend. Nur ein Kind im Sinne des § 1720 ist legitimierbar. — Anders als im § 1717 ist § 1592 Abs. 2 hier analog anzuwenden.

2. Haidlen, Familienrecht 337. Die Erstreckung des § 1592 Abs. 2 gilt hier mangels ausdrücklicher Vorschrift nicht. Die Anerkennung unter einer Bedingung oder Befristung ist wirkungslos. Abgabe derselben durch einen Vertreter ist wegen der Höchstpersönlichkeit ausgeschlossen.

3. Über die Natur der Anerkennung der unehelichen Vaterschaft vgl. *Manigk oben zu § 1718 Ziff. 1.

4. SeuffA. **62** 24 (Hamburg) Die Geburtsanmeldung beim Standesamt durch den Ehemann der Mutter enthält keine Anerkennung seiner Vaterschaft.

II. Ehelichkeitserklärung.

§ 1725. Über die Natur der Anerkennung der unehelichen Vaterschaft vgl. *Manigk oben zu § 1718 Ziff. 1.

Achter Titel. Annahme an Kindesstatt.

Literatur: Thalberg, Die Adoption im heutigen deutschen Rechte.

§§ 1741 ff. PosMSchr. **07** 107 (LG. Stettin). Die Anhörung eines Minderjährigen vor Abschluß des Adoptionsvertrags ist nicht erforderlich.

§ 1741. 1. *Haidlen, Familienrecht 342. Das Vorhandensein eines unehelichen Kindes schließt die Adoption eines weiteren Kindes durch die Mutter nicht aus. Die uneheliche Mutter kann auch ihr uneheliches Kind adoptieren, weiter ist auch die Adoption des unehelichen Kindes durch seinen Vater und die Adoption des unehelichen Kindes der verstorbenen ehelichen Tochter durch den Vater der letzteren zulässig. Die gleichzeitige Adoption Mehrerer, z. B. zweier Ehegatten mit Kindern, ist zulässig. Ein tot erklärtes eheliches Kind gilt als nicht vorhanden; stellt sich nach der Adoption heraus, daß dasselbe noch lebt, so ist die Adoption nichtig. Das Vorhandensein eines ehelichen nasciturus zur Zeit der Adoption ist auf deren Wirksamkeit ohne Einfluß.

2. Josef, BadNotZ. **07** 1 ff. (5). Das Amtsgericht hat bei Erteilung der Bestätigung nur zu prüfen, ob die gesetzlichen Erfordernisse der Wahlkindschaft vorliegen. Daher ist die Bestätigung nur die amtliche Erklärung, daß die gesetzlichen Vorschriften beobachtet seien, so daß innere Willensmängel, wie Irrtum und Scheingeschäft, durch die rechtskräftige Bestätigung nicht geheilt werden, vielmehr dieselbe Wirkung haben, wie bei jedem anderen Rechtsgeschäfte.

3. Wach, FischersZ. **32** 34. Die Adoption, welche lediglich der Namensübertragung dient, ist nichtig. Vgl. **RG.** JDR. **5** § 1741 u. oben Ziff. I 3 zu § 12.

§ 1754. Josef, BadNotZ. **07** 1. Bestätigung ist in dieser Bestimmung nur die amtliche Erklärung, daß die gesetzlichen Vorschriften beobachtet seien, so daß innere Willensmängel, wie Irrtum und Scheingeschäft, durch die rechtskräftige Bestätigung nicht geheilt werden, vielmehr dieselbe Wirkung haben, wie bei jedem anderen Rechtsgeschäfte.

§ 1757. *Thalberg. Betrachtet man die Wirkungen, welche die Adoption gemäß sämtlichen heute geltenden Bundes- und Partikulargesetzen des Deutschen Reichs ausübt, so kommt man zu dem Ergebnisse, daß der Angenommene, ähnlich wie bei der Justinianisch-byzantinischen adoptio minus plena, nicht die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden erhält, sondern nur in ein rein persönliches — im wesentlichen privatrechtliches — Verhältnis zu ihm tritt. — Der im § 1757 BGB. ausgesprochene Grundsatz bildet daher vom Standpunkte des gesamten deutschen Rechtes aus nicht die Regel für die Rechtsstellung des Adoptierten, sondern qualifiziert sich als eine Ausnahmevorschrift.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Allgemeines.

1. Tepelmann, PrVerwBl. **28** 445, empfiehlt die Bestellung von Berufsvormündern für uneheliche Kinder in der Weise, daß der betreffende (Gemeinde-) Beamte für jede einzelne Vormundschaft vom Vormundschaftsgericht als Einzelvormund besonders bestellt wird (sog. Kollektiv-Berufsvormundschaft im Gegensatze zur Generalvormundschaft des Art. 78 PrAGBGB.).

2. *Frese, ZBlFG. **7** 615, erörtert im Vergleiche mit der charitativen die staatliche Jugendfürsorge im Vormundschaftswesen nach Aufgabe und Lei-

stung und befürwortet, unter Würdigung der an den Organen der Vormundschaft insbesondere auch von A d i c k e s geübten Kritik, für größere Städte die Bestellung besoldeter Beamten als Gemeindewaisenräte und die Einsetzung besoldeter Generalvormünder in weitestem gesetzlich zulässigen Umfange sowie allgemein die Beibehaltung der Einzelrichter als Vormundschaftsrichter, nötigenfalls unter Zulassung einer Art Kollegialberatung der mehreren bei großen Amtsgerichten tätigen Einzelrichter. Er betont vor allem unter Hinweis auf den von F e l i s c h gegründeten „freiwilligen Erziehungsbeirat für schulentlassene Waisen" in Berlin die Notwendigkeit p e r s ö n l i c h e r Fürsorge der Vormünder und der Gemeindewaisenräte für die Mündel und des p e r s ö n l i c h e n Zusammenwirkens der Vormundschaftsrichter mit Vormündern und Waisenräten, verlangt ein verständnisvolles Zusammenwirken der Richter und Verwaltungsbeamten unter sozialen Gesichtspunkten, Hand in Hand mit den Organen der freien Liebestätigkeit, und erwartet von einem fortgesetzten planmäßigen Zusammenwirken der staatlichen, kommunalen und charitativen Jugendfürsorge eine Hebung der hervorgetretenen Mißstände auch innerhalb des Rahmens der bestehenden Gesetze.

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

L i t e r a t u r: D e r n b u r g , Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 4: Deutsches Familienrecht (3). Halle a. S. — H a i d l e n , Das Familien- und Vormundschaftsrecht. (4) Stuttgart 1907.

§ 1775. *H a i d l e n , Familienrecht 365. Auch die Bestellung mehrerer Vormünder auf elterliche Benennung steht im Ermessen des Vormundschaftsgerichts.

§ 1777. 1. RJA. 8 254, 256 (KG.). Die Mutter, die sich wieder verheiraten will, hat nicht das Recht, vorher eine bestimmte Person als Vormund für ihre Kinder aus der früheren Ehe zu berufen.

2. Über das Beschwerderecht der Mutter eines unehelichen Kindes gegen die Auswahl des Vormundes oder gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts, daß eine Generalvormundschaft eingetreten sei, OLG. **16** 24 (KG.), s. zu § 57 Abs. 1 Ziff. 9 FGG.

§ 1779. 1. B e s c h w e r d e r e c h t. Die Entsch. des **RG.** JDR. **5** Ziff. 5 a zu § 1779 auch RJA. 8 3, BayObLG. **7** 442, JustdRundsch. **07** 202 in Bestätigung der Entsch. des BayObLG. — JDR. **5** Ziff. 5 c zu § 1779 —, auch abgedruckt Bay. ObLG. **7** 439.

2. B e r ü c k s i c h t i g u n g d e r V e r w a n d t e n. OLG. **14** 262 (KG.). Der § 1779 Abs. 2 Satz 3 gibt den Verwandten und Verschwägerten des Mündels kein unbedingtes Recht auf ihre Bestellung als Vormund; das Gericht ist berechtigt, aus bestimmten Gründen von der Regel des Gesetzes abzuweichen (KGJ. **29** A 15). Ein solcher Grund kann e i n e s c h w e b e n d e S c h u l d d e r F r a u d e s V e r w a n d t e n o d e r V e r s c h w ä g e r t e n an den M ü n d e l sein.

3. R e l i g i ö s e s B e k e n n t n i s d e s M ü n d e l s. BadRpr. **07** 42, R. **07** 701 (Karlsruhe). Eine Verletzung des § 1779 Abs. 2 liegt vor, wenn das Gericht die Auswahl vornimmt, ohne vorher festzustellen, welchem r e l i g i ö s e n B e k e n n t n i s s e der Mündel angehört, und ohne zu prüfen, ob nicht unter den obwaltenden Umständen die Auswahl des einem a n d e r e n Religionsbekenntnis angehörigen Verwandten gegen das Wohl des Mündels verstößt und nicht vielmehr die Auswahl eines d e r s e l b e n Religion angehörigen N i c h t verwandten vorzuziehen ist. Die Berücksichtigung der Verwandten (Verschwägerten) bei der Auswahl des Vormundes geht nicht unter allen Umständen der Rücksichtnahme auf das religiöse Bekenntnis vor.

II. Führung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Die Stellung der Vormundes bei der Prozeßführung des Mündels ist von Schultheis und v. Amelunxen (vgl. zu §§ 1795 u. 1812) näher erörtert worden. Das Reichsgericht hat (zu § 1795) die Frage, ob bei einem Rechtsgeschäfte, welches mehrere Mündel nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit miteinander schließen, die Mündel durch einen gemeinschaftlichen Vormund vertreten werden können, in Übereinstimmung mit der Ansicht des KG. und des BayObLG. verneint. Besonders zahlreiche Entscheidungen sind zu den §§ 1812, 1822 BGB. ergangen bei Erörterung der Fälle, in denen es der Genehmigung des Gegenvormundes und des Vormundschaftsgerichts bedarf. Das OLG. Celle und im Anschlusse daran Meyer, GruchotsBeitr. **52** 1 ff., haben im Gegensatze zur herrschenden Meinung die Anwendbarkeit des § 1829 für den Fall verneint, daß jemand mit einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person einen auch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfenden Vertrag geschlossen hat, haben aber bereits bei Predari aaO. 17 ff. Widerspruch gefunden. Über die Bedeutung der Honorarfestsetzung im Falle des § 1836 sind weitere wichtige Entscheidungen ergangen.

§ 1793. 1. KGBl. **07** 20 (KG.). Hat ein Geisteskranker, als er noch geistesgesund war, ein von ihm eigenhändig errichtetes Testament einem Dritten in Verwahrung gegeben, so kann sein Vormund dessen Herausgabe verlangen, da die Testamentsurkunde im Eigentume des Testators geblieben ist und sein Vormund als sein Vertreter deren Herausgabe gemäß §§ 671, 696 BGB. verlangen kann. Zu den im § 2256 BGB. genannten Rechtshandlungen ist der Vormund nicht befugt.

2. Josef, LeipzZ. **07** 483 ff. Ist die Habe eines Mündels (Minderjährigen oder Entmündigten) versichert, so ist dieser und nicht der Vormund der Versicherungsnehmer, so daß der Versicherer nur leistungsfrei ist, wenn der Mündel, nicht aber, wenn der Vormund den Brand verursacht. Die mangelnde Geschäftsfähigkeit des Mündels kommt hier nicht in Betracht, da die Verursachung des Brandes kein Rechtsgeschäft ist, sondern eine Handlung mit der Folge der Verwirkung von Rechten. Diese Verwirkung tritt nach § 276 Abs. 1 Satz 3 BGB. nur in derselben Weise ein wie nach den §§ 827 f. die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen des Mündels.

§ 1795. 1. — vgl. o. § 181 Ziff. II 3 — a) Das BayObLG., BayRpflZ. **07** 436, verneint im Hinblick auf § 181 BGB. in Übereinstimmung mit KGJ. **22** A 34, 101, 280, **23** A 89, RJA. **2** 110, 180, **3** 20 die Frage, ob zwischen mehreren Mündeln ein nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehendes Rechtsgeschäft, z. B. eine Erbauseinandersetzung wegen eines Nachlaßgrundstücks, von dem gemeinschaftlichen Vormund allein geschlossen werden kann, auch wenn ein Gegensatz der Interessen nicht vorliegt, und hat deshalb, da OLG. **6** 39 (Colmar) die Frage bejaht, die weitere Beschwerde dem RG. vorgelegt. **b)** Das **RG.** SeuffBl. **07** 1082, JW. **07** 826 hat sich der Ansicht des BayObLG. angeschlossen, indem es ausführt: Einer der Ausnahmefälle des § 181 BGB. liegt nicht vor. Eine nach § 1822 Ziff. 2 erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts kann den Mangel in der Vertretungsmacht nicht beseitigen; Sondervorschriften, die dem Vormundschaftsgerichte die Ermächtigung gäben, für die rechtsgeschäftliche Vertretung der mehreren Mündel eine Ausnahme von § 181 BGB. zu gestatten oder durch die eigene Genehmigung dem Mangel abzuhelfen, enthält das BGB. nicht. Nicht abweichend **RG. 58** 299 u. **61** 139 (JDR. **4** und **5** zu §§ 2203—2205). Ein Anspruch auf Umwandlung des Gesamteigentums an einem Anwesen in Bruchteilseigentum steht keinem Erben zu (BGB. §§ 2042, 753), die Auseinandersetzung besteht also nicht

ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Die gegenteilige Auffassung DJZ. **07** 267 wird nicht gebilligt.

2. Lubberger, BadRpr. **07** 120, hält im Hinblick auf § 1795 Ziff. 1 u. 3 in Verbindung mit § 1915 die zum Vormund oder Pfleger ihres unehelichen Kindes bestellte Mutter nicht für berechtigt, namens des Kindes die Unterhaltsklage gegen dessen Vater anzustrengen. Irrig Prot. IV 111.

3. *Schultheis, ZBlFG. **8** 178, erörtert im Anschluß an KGJ. **31** A 10 — JDR. **5** zu § 1795 Ziff. 5 — die Frage, ob der für den Rechtsstreit (Aktivprozeß des Mündels) bestellte Pfleger zur Klagerhebung und Durchführung des Prozesses unter allen Umständen verpflichtet ist, und verneint sie auch für den Fall, daß der Vater sich bereits für die Prozeßführung ausgesprochen hatte, weil diese Erklärung auch für den Vater nicht bindend gewesen wäre und deshalb auch der Pfleger als der für diese Angelegenheit jetzt ausschließlich zuständige Vertreter eine abweichende Entschließung treffen kann.

§ 1797. 1. Bei Meinungsverschiedenheit unter den mehreren Vormündern hat das Gericht sich auf die Entscheidung zu beschränken, welcher der von den streitenden Vormündern vertretenen Ansicht beizutreten ist. Es ist hierbei befugt, die Meinungen aller Vormünder zu verwerfen. Eine dritte Meinung selbständig zu wählen, hat es kein Recht. Ausgeführt an der Hand von Beispielen von *Jastrow in BuschsZ. **36** 393 (bei Besprechung des Komm. von Opet-Blume).

2. *Haidlen 365 ff. Bei Meinungsverschiedenheiten kann das Vormundschaftsgericht entsprechend seiner Stellung als Aufsichtsbehörde, nicht als eines Mitwirkungsorgans, nur der Meinung des einen oder anderen Vormundes beitreten, nicht aber sich für eine dritte Möglichkeit entscheiden. — Bei Teilung in Geschäftskreise hat bei Meinungsverschiedenheiten über eine Handlung, die in mehrere Geschäftskreise fällt, die Handlung zu unterbleiben, soweit nicht § 1798 anwendbar ist.

§ 1805. *Haidlen 377. Die Verwendung der Arbeitskraft des Mündels durch den Vormund in seinen Nutzen fällt nicht unter § 1805, ist aber unzulässig, da eine dem § 1617 entsprechende Vorschrift für die Vormundschaft fehlt.

§§ 1807, 1808. Über die Anlegung von Mündelgeld nach Reichs- und Landesrecht verbreitet sich Unzner, BankA. **6** 189, 215, 247, über die im Kgr. Sachsen geltenden Vorschriften Habenicht, Leipzig 1908. S. auch BlGenWes. **06** 569.

§ 1812. 1. Verfügung über Mündelhypotheken. **a)** OLG. **14** 262 (KG.). Die Vereinbarung der Herabsetzung des Zinsfußes und der Unkündbarkeit einer Hypothek bis zu einem bestimmten Zeitpunkt enthält eine Verfügung über die Hypothek der Mündel, insbes. handelt es sich nicht um die Einziehung der Zinsen der Hypothek (§ 1813 Ziff. 4). Ist ein Mündel Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks, so bedarf dessen Vormund im Hinblick auf § 1821 Ziff. 1 zu den vorerwähnten Vereinbarungen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, da sie sich als Verfügung über das Grundstück darstellen. **b)** BayRpflZ. **07** 371, SeuffBl. **07** 952 (BayObLG.). Kommt die Löschung einer Hypothek in Frage, die für die Forderung eines Mündels bestellt ist, und erklärt der Vormund in der Quittung oder Löschungsbewilligung, daß die Forderung an ihn bezahlt worden ist, so liegt hierin eine Verfügung über das Recht des Mündels jedenfalls durch die Annahme der geschuldeten Leistung, wozu es regelmäßig der Genehmigung des Gegenvormundes (oder des Vormundschaftsgerichts) bedarf. Diese Genehmigung deckt auch die zur Quittungsleistung oder Löschungsbewilligung erforderliche, da die Genehmigung der Annahme der geschuldeten Leistung stillschweigend auch das Empfangsbekenntnis gutheißt, das der

Schuldner nach dem Gesetze verlangen und bei dessen Verweigerung er die Leistung zurückbehalten kann. Im Falle des § 1813 Abs. 1 Ziff. 2 BGB. bedarf der Vormund zur Annahme der geschuldeten Leistung — einschl. der Quittungserteilung und Löschungsbewilligung — einer Genehmigung überhaupt nicht. Ist dagegen die hypothekarisch gesicherte Forderung nach Inhalt der Löschungsbewilligung an einen Dritten, z. B. den noch als Gläubiger eingetragenen Erblasser des Mündels, bezahlt worden, so bedarf es der Genehmigung des Gegenvormundes (oder des Vormundschaftsgerichts) zu der Erklärung, da diese nicht nur ein als Beweismittel dienendes Empfangsbekenntnis, sondern die Erklärung des Vormundes bedeutet, daß das Schuldverhältnis nicht mehr bestehe, hierin aber eine Verfügung über das Recht enthalten ist. Dies gilt auch, wenn der Anspruch nicht mehr als 300 M. beträgt, da die Ausnahmebestimmung des § 1813 Abs. 1 Ziff. 2 keine ausdehnende Auslegung zugunsten anderweitiger Verfügungen des Vormundes duldet. c) Vgl. auch Ziff. 2 b zu § 1913.

2. Verzicht auf Rechtsmittel. OLG. **15** 148, PosMSchr. **07** 8, SeuffA. **62** 238 (Posen). Enthält der Verzicht auf ein Rechtsmittel eine endgültige Aufgabe der eingeklagten Forderung, so liegt eine Verfügung über die Forderung im Sinne des § 1812 vor, zu der der Vormund der Genehmigung des Gegenvormundes (oder des Vormundschaftsgerichts) bedarf. Aus § 1822 Ziff. 12 ist nicht zu folgern, daß in allen übrigen Fällen die auf einen Prozeß bezüglichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Vormundes der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht bedürfen.

3. Prozeßführung des Vormundes. *von Amelunxen, DNotV. **07** 20, 37 ff., ZBlFG. **7** 536, 570. Das Gebot vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung zu gewissen Rechtsgeschäften erstreckt sich auf die Prozeßfähigkeit (prozessuale Vertretungsmacht § 51 ZPO.) des Vormundes nur in den besonderen Fällen der §§ 1336 Abs. 2, 1595 Abs. 2 BGB., § 641 Abs. 3 ZPO., also niemals in Vermögensangelegenheiten. Nur die rechtsgeschäftlichen Verfügungen sind im Interesse der obervormundschaftlichen Aufsicht bei Strafe der Unwirksamkeit untersagt. Die Prozeßführung ist weder ein Rechtsgeschäft noch mit den Gefahren des letzteren verbunden, darum nicht untersagt. Vgl. Anm. zu ZPO. § 51 und FGG. § 91.

4. Abs. 2. Glatzer, R. **07** 964, verteidigt gegenüber Josef, (2) Komm. zu § 53 FGG. seine im R. **05** 428 — JDR. **4** Ziff. III 1 zu § 1812 — vertretene Ansicht, daß der Fall des § 1812 Abs. 2 BGB. nicht unter § 53 FGG. falle und dem Gegenvormunde gegen die Verfügung des Vormundschaftsgerichts ein Beschwerderecht nicht zustehe, da dieses auf die Fälle des § 57 Ziff. 6, 7 FGG. zu beschränken sei.

§ 1813. Ziff. 2. Vgl. Ziff. 1 b zu § 1812 BGB.

§ 1821. I. Bedeutung der Genehmigung im allgemeinen. DJZ. **07** 1264 (BayObLG.). Ausschlaggebend für die Entschließung des Vormundschaftsgerichts ist das Interesse des Mündels; Rechte anderer zu wahren, ist es nicht berufen.

II. Fälle des § 1821. 1. Ziff. 1. Vgl. oben Ziff. 1 a zu § 1812.

2. Ziff. 3. **RG.** JW. **07** 303, DJZ. **07** 1082 (mitgeteilt von Götte), R. **07** 1200. Die Notwendigkeit der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung setzt das Eigentum oder das Bruchteilsmiteigentum an dem Grundstücke, über welches verfügt werden soll, voraus und ist nicht vorhanden, wenn es sich nur um diejenige Mitberechtigung handelt, welche einem Gesellschafter an dem zum Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft gehörigen Grundstücke zusteht.

3. Ziff. 3. **RG.** ElsLothJZ. **07** 279, ZBlFG. **8** 57. § 1821 Ziff. 3 verlangt

die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht bloß zu den einzelnen auf Eigentumsübertragung gerichteten Bestandteilen des Grundstücksveräußerungsvertrags, sondern zu allen Vereinbarungen, aus denen sich der Veräußerungsvertrag zusammensetzt (BGB. § 313).

4. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 18 ff., 41 ff. Zur Frage der Prozeßführung des Vormundes in Angelegenheiten des § 1821 vgl. Ziff. 3 zu § 1812.

§ 1822. I. Bedeutung und Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. 1. DJZ. **07** 1029, R. **07** 1201 (KG.). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist zwar ein obrigkeitlicher Akt, aber analog den Rechtsnormen über Willenserklärungen zu behandeln. Dieser von **RG. 50** 204 für das preußische Recht anerkannte Rechtssatz ist auch unter der Herrschaft des BGB. aufrechtzuerhalten. Daher kann sich die Genehmigung nicht weiter erstrecken, als der rechtsgeschäftliche Wille, sie zu erteilen. Hat der Vormundschaftsrichter keine Kenntnis von den neben einem Abfindungsvertrage hergehenden Vereinbarungen der Beteiligten, so bezieht sich seine Genehmigung nur auf den Inhalt, den der Vertrag seinem Wortlaute nach den Vormundschaftsrichter erkennen läßt, nicht auf das, was die Parteien beim Abschlusse des Vertrags gewollt haben.

2. OLG. **16** 25 (KG.). Die Abhängigmachung der Genehmigung von einer Bedingung ist gesetzlich nicht unzulässig. Sie enthält die Verweigerung der Genehmigung für den Fall der Nichterfüllung der Bedingung und die Erteilung der Genehmigung für den Fall ihres Eintritts.

II. Fälle des § 1822. 1. Ziff. 2. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 18 ff., 41 ff. Verträge über Höhe und Anweisung des Pflichtteils (§ 852 ZPO., § 2311 Abs. 2 BGB.) sind zwar regelmäßig keine Erbteilungsverträge. Wird die Bestätigung eines Erbteilungsvertrags im Prozeßweg erstritten, so kommt die obervormundschaftliche Genehmigung nicht in Frage. Vgl. zu ZPO. §§ 256, 894 und FGG. § 91.

2. Ziff. 3. Erwerb und Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts. **a)** *Haidlen 393 ff. Die Beteiligung als stiller Gesellschafter, Kommanditist, der Erwerb von Aktien usw. fällt nicht unter Ziff. 3; wohl aber ist hier die Genehmigung vom Gesichtspunkt einer Abweichung von der mündelsicheren Anlegung gemäß § 1811 erforderlich. **b)** KGJ. **34** A 89 (KG.). Die entgeltliche Abtretung eines Geschäftsanteils an einer Gesellschaft mit beschr. Haftung (§ 15 Abs. 3 GmbHG.) ist keine die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (oder des Nachlaßgerichts BGB. § 1962) bedürfende Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts, da es sich nicht um das eigene Vermögen des Mündels, sondern um die Summe aller aus der Mitgliedschaft zu der Gesellschaft sich ergebenden Rechte auf Mitverwaltung, Gewinnbezug und das Liquidationsguthaben handelt (Staub-Hachenburg, GmbHG. § 14 Anm. 1, Liebmann desgl.). **c)** **RG.** R. **07** 1537. Nicht ausschlaggebend ist für die Anwendung des § 1822 Ziff. 3, ob die Firma mitübertragen wird oder ob die Außenstände und die Passiva auf den Erwerber übergehen; von Bedeutung allein ist, daß zur Fortsetzung des Geschäfts wesentliche Bestandteile und daß zugleich das H.Geschäft in seiner Gesamtheit — in seinen durch den Geschäftsbetrieb geschaffenen Verkehrsbeziehungen, in seinen Aussichten für den weiteren Geschäftsbetrieb — den Gegenstand des Übertragungsakts bilden. Diese Voraussetzungen können auch vorliegen, wenn für den Vertrag die Form des Verkaufs der einzelnen zu dem Erwerbsgeschäfte gehörenden Gegenstände gewählt worden ist.

3. Ziff. 5. *Haidlen, Familienrecht 393 ff. Auf unbestimmte Zeit geschlossene Verträge fallen nicht unter Ziff. 5, auch dann nicht, wenn die Kündi-

gungsfrist mehr als 1 Jahr beträgt, wohl aber Abzahlungsverträge. — Bei endgültigem Fehlen der Genehmigung ist der ganze Vertrag, nicht etwa nur der über das 22. Lebensjahr des Mündels hinausreichende Teil, unwirksam.

4. Ziff. 12. Vergleich. a) v. Amelunxen, ElsLothNotZ. **07** 6, erörtert die Frage, wie die sog. Pflichtteilsberechnung und Pflichtteils„belieferung" (Auszahlung des Pflichtteils) zu behandeln sei, wenn an diesem Vertrage bevormundete Personen beteiligt seien, insbes. in welchen Fällen es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (z. B. aus dem Gesichtspunkte des Vergleichs) bedarf. b) Vgl. Ziff. 2 zu § 1812.

5. Ziff. 13. Vgl. unten Ziff. 2 c zu § 1913.

§ 1828. 1. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 25. Diese Genehmigung hat nicht den Charakter eines Rechtsgeschäfts (vgl. o. Ziff. 1 zu § 108 u. Ziff. I 1 zu § 182), sondern einer gerichtlichen Entscheidung (eines Urteils), unterliegt also nicht der Anfechtung gemäß §§ 116 ff. BGB. Die obervormundschaftliche Behörde hebt durch ihre Genehmigung lediglich das gesetzliche Verbot (§ 136 BGB.) des Rechtsgeschäfts für den Bevormundeten auf.

2. *Haidlen, Familienrecht 388. Bevollmächtigt der Vormund den anderen Vertragsteil zur Entgegennahme der im § 1828 bezeichneten Genehmigungserklärung und teilt das Vormundschaftsgericht diesem die Genehmigung mit, so ist, wenn es sich um eine nachträgliche Genehmigung handelt, mit dem Zugehen dieser Erklärung der Vertrag wirksam; einer weiteren Tätigkeit des Vormundes bedarf es nicht, da er hier im voraus auf die ihm obliegende Mitteilung und die hierdurch gegebene Möglichkeit, den genehmigten Vertrag nicht zur Ausführung zu bringen, verzichtet hat Ein solcher Verzicht ist nicht unzulässig. — Gegen die Verweigerung der Genehmigung hat der Vormund, nicht auch der andere Vertragsteil, das Beschwerderecht nach FGG. § 20.

3. KGJ. **34** A 49 (KG.). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu einem Vertrage kann nur dem Vormunde (Gewalthaber) gegenüber erklärt werden. Ob der Vormund (Gewalthaber) von der ihm gegenüber erklärten Genehmigung dem anderen Teile Mitteilung machen und damit der Genehmigung und dem Vertrage Wirksamkeit verschaffen will, steht in seiner Hand. Wird die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einem Dritten, nicht zur Entgegennahme von dem Vormunde (Gewalthaber) Bevollmächtigten gegenüber erklärt und diesem der mit dem Genehmigungsvermerke versehene Vertrag ausgehändigt, so steht dem Vormunde (Gewalthaber) die Beschwerde dagegen zu mit dem Ziele, die Aufhebung der Genehmigung herbeizuführen (FGG. § 20).

§ 1829. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 31. Die Mitteilung seitens des Vormundes enthält eine neue rechtsgeschäftliche Willenserklärung, die Wirkung des Rechtsgeschäfts auf Grund der obervormundschaftlichen Gestattung (vgl. o. zu § 108 Ziff. 1, § 1812 Ziff. 3 und § 1828 Ziff. 1) eintreten zu lassen.

§§ 1829—1832. 1. Zu dem Pleonasmus „nachträgliche Genehmigung" vgl. *Weyl o. Ziff. 1 zu §§ 182 ff.

2. Verhältnis des § 109 BGB. zu den §§ 1829 ff. a) OLG. **16** 26 (Celle). Der § 1829 hat nur den Fall im Auge, daß der Vormund selbst den Vertrag schließt. Deshalb kann, wer mit einem seiner Meinung nach voll Geschäftsfähigen, in Wahrheit aber beschränkt Geschäftsfähigen kontrahiert, bis zur Genehmigung durch einfachen Widerruf loskommen (§ 109 Abs. 1 BGB.), während er bei Anwendung des § 1829 an den Vertrag schlechthin gebunden wäre und nur auf einem dem § 108 Abs. 2 entsprechenden Wege zu einer Beseitigung der Ungewißheit gelangen könnte. Bedarf der Vertrag der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, so wird er erst wirksam, wenn der Vormund gemäß § 1831 dem anderen Teile die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts mitteilt.

Hat der andere Teil schon vorher den Vertrag widerrufen, so wird der Vertrag durch die nachträgliche Genehmigung des später voll geschäftsfähig gewordenen Mündels nicht wieder wirksam. **b)** *Meyer (Celle), GruchotsBeitr. **52** 1 ff. ➠ entgegen der herrschenden Meinung, vgl. Planck (3) Anm. 10, Staudinger, Anm. 4, v. Blume, Anm. 1 zu § 1829. ⟵ Der Fall, daß jemand mit einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person ohne Kenntnis von diesem Mangel (vgl. § 109 BGB.) einen auch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfenden Vertrag schließt, ist im § 1829 nicht geregelt. Die Genehmigung des Vormundes zu einem solchen Vertrag ist ein einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 1831. Tritt sie zu dem gedachten Vertrag ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hinzu, so ist sie unwirksam (§ 1831 Satz 1). Erfolgt sie mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gegenüber der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person, so behält der andere Teil das Widerrufsrecht analog § 1830. Wird sie dem anderen Teile erklärt, so gilt § 1831 Satz 2. Der andere Teil hat daher in allen Fällen das Widerrufsrecht in der Regel bis zur Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Entsprechendes gilt für die Genehmigung des Gegenvormundes. **c)** Dagegen Predari aaO. 17 ff. Es ist nicht angängig, neben den Vertrag, den der Mündel geschlossen hat, also neben das zweiseitige Rechtsgeschäft die Zustimmung des Vormundes als ein selbständiges, nach der Sondernorm des § 1831 zu beurteilendes einseitiges Rechtsgeschäft zu stellen und zu sagen, daß das Gericht dieses genehmige. Genehmigt wird der Vertrag; losgelöst von ihm ist die Zustimmung des Vormundes rechtlich bedeutungslos. Aus der Entstehungsgeschichte des § 1830 ist nichts dafür zu entnehmen, daß das Gesetz in den §§ 1829—1831 nur die vom Vormunde selbst (nicht auch die vom Mündel) vollzogenen Geschäfte im Auge gehabt habe. Deshalb ist der Schluß nicht zwingend, daß, weil bei einer Täuschung über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der andere Teil bis zur Mitteilung dieser Genehmigung nach § 1830 widerrufen könne, das gleiche bei dem Vertragsschlusse mit einem unerkannten Minderjährigen auch nach der Zustimmung des Vormundes gelten müsse. Diese Zustimmung beseitigt das Widerrufsrecht aus § 109 Abs. 1 BGB., läßt aber das Widerrufsrecht aus § 1830 unberührt.

§ 1832. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 40 f. Die Genehmigung des Gegenvormundes ist rechtlich wie diejenige des Vormundschaftsgerichts zu beurteilen. Anfechtung wegen Irrtums? Vgl. o. Ziff. 1 zu § 108 und § 1828.

§ 1833. **RG.** R. **07** 1071. Der Schadensersatzanspruch des Mündels gegen Vormund und Gegenvormund aus Verletzung der ihnen in dieser Eigenschaft obliegenden Pflichten unterliegt nicht der dreijährigen Verjährung aus § 852 BGB., da eine unerlaubte Handlung im Sinne dieser Bestimmung nicht in Frage steht.

§ 1835. *Haidlen, Familienrecht 397. Ersatz für Zeitversäumnis kann der Vormund nicht beanspruchen, soweit nicht durch positive Vorschrift, z. B. die Architektentaxe, eine solche nach § 1835 Abs. 2 ersetzbar ist. Den Ersatz für Zeitversäumnis muß der Vormund in der ihm etwa nach § 1836 bewilligten Vergütung suchen.

§ 1836. **a)** OLG. **14** 264 (Hamburg). Bei Bemessung der Höhe der Vergütung entspricht es nicht dem Gesetze, die Höhe des Nachlasses in erster Linie für maßgebend zu erachten, es ist aber nicht zu beanstanden, wenn neben anderen Momenten, besonders dem Umfange der aufgewendeten Bemühungen, auch die Höhe des Nachlasses und der durch die Tätigkeit des Vormundes (im Falle des § 1960 des Nachlaßpflegers) erhaltenen Nachlaßwerte mitberücksichtigt wird. **b)** OLG. **16** 30 (KG.). Die Vorschrift des § 1836 Abs. 1 Satz 4 besagt nur, daß das Vormundschaftsgericht eine im voraus ausgesprochene Honorarbewilligung jederzeit von Amts wegen insoweit ändern oder aufheben kann, als es sich um die Ver-

gütung für die Zukunft handelt. Im Wege der Beschwerde kann dagegen die Honorarfestsetzung auch für die Vergangenheit stets angefochten werden (§§ 20, 57 Ziff. 7 FGG.). Bei der Entscheidung, ob und in welcher Höhe dem Vormund eine Vergütung zu bewilligen sei, sind allein die im § 1836 vorgesehenen Umstände zu berücksichtigen. Rechtsgeschäftliche Abmachungen unter den Beteiligten müssen daher bei der Festsetzung des Vormundschaftsgerichts außer Betracht bleiben, sind vielmehr erforderlichenfalls im Prozeßwege geltend zu machen. Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts hat nicht die Natur eines vollstreckbaren Titels, sondern stellt lediglich fest, daß und in welcher Höhe dem Vormund eine Vergütung zusteht. c) OLG. **16** 30 (KG.). Dem Zwecke des § 1836 Abs. 2 ist dadurch genügt, daß das Vormundschaftsgericht dem Vormunde zur Äußerung Gelegenheit gegeben hat. Eine erneute Anhörung in jeder weiteren Instanz ist nicht vorgeschrieben. Die Worte „Änderung oder Entziehung" im Abs. 2 zielen auf den Schlußsatz des Abs. 1 hin, wonach die Vergütung jederzeit für die Zukunft geändert oder entzogen werden kann, und treten der Ansicht entgegen, als ob der Vormund durch die Zubilligung des Honorars für die Zukunft ein festes wohlerworbenes, auch im Prozeßwege verfolgbares Recht erlangt habe (Mot. IV 1183).

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

§ 1837. 1. Selbständigkeit des Vormundes und Aufsichtsrecht, Entlassung des Vormundes. OLG. **16** 32 (KG.). Wenn auch in Zweckmäßigkeitsfragen ausschließlich die Entscheidung des Vormundes maßgebend ist, so folgt doch aus der Pflicht des Vormundschaftsgerichts zur Aufsichtsführung, daß es diesen Fragen nicht, als ob sie es gar nichts angingen, gegenüberstehen darf, sofern nur eine Pflichtwidrigkeit des Vormundes nicht vorliege, vielmehr kann es mit dem Vormunde wegen der von ihm beabsichtigten Maßregeln in Verhandlungen treten und auf Unzweckmäßigkeiten in belehrender und ermahnender Weise hinweisen. Ergibt sich hierbei, daß der Vormund aus Unverstand oder Starrköpfigkeit bei seiner Ansicht verharrt und dadurch die Interessen des Mündels schädigt oder gefährdet, ohne daß ihm gerade eine Pflichtwidrigkeit vorgeworfen werden kann, so ist gemäß § 1886 BGB. zu seiner Entlassung zu schreiten, um für die Bestellung eines neuen Vormundes Raum zu schaffen, welcher die Angelegenheiten des Mündels mit besserem Verständnisse besorgt. Voraussetzung der Entlassung ist nicht bloß ein pflichtwidriges Verhalten des Vormundes, sondern es reicht eine objektive Gefährdung des Mündels aus. Allerdings wird in solchen Fällen mit besonderer Vorsicht zu verfahren sein.

2. Vollstreckung der Ordnungsstrafen. Zuständigkeit. DJZ. **07** 540, R. **07** 769 (KG.). Die Vollstreckung der vom Vormundschaftsrichter gemäß § 1837 verhängten Ordnungsstrafen ist reichsgesetzlich nicht geregelt, die Regelung ist vielmehr landesgesetzlich (in Preußen durch Art. 16 Abs. 2 PrFGG.) dahin geschehen, daß die zwangsweise Einziehung einer Ordnungsstrafe im Verwaltungszwangsverfahren erfolgt. Das vollstreckende Gericht wird hiernach als Justizverwaltungsbehörde tätig. § 160 GVG. u. § 87 PrAG. dazu sind daher nicht anwendbar; über die Rechtmäßigkeit der Weigerung des ersuchten Amtsgerichts, die Vollstreckung auszuführen, hat demgemäß die ihm vorgesetzte Dienstbehörde zu entscheiden.

§ 1838. 1. Frese, R. **07** 547 ff. § 1838 regelt nicht die alleinige Frage, wann der Mutter die Sorge für die Person des Kindes beschränkt oder entzogen werden kann, sondern den besonderen Fall, daß das Vormundschaftsgericht gegen den Willen des Vormundes die Zwangserziehung anordnen will.

2. BayObLG. 8 225, R. **07** 769. (BayObLG.) Das Vormundschaftsgericht kann ohne Mitwirkung des Vormundes die Unterbringung des Mündels anordnen.

§ 1843. 1. *Haidlen, Familienrecht 403. Ablegung des Offenbarungseids hinsichtlich der periodischen Rechnungen, deren Legung lediglich auf öffentlich-rechtlicher Pflicht beruht, kann auch vom Mündel nicht verlangt werden.

2. Vgl. auch die Ziff. 3b zu § 1892 mitgeteilte Abhandlung von Josef, ZBlFG. 7 861.

§ 1844. *Haidlen, Familienrecht 401. Die Sicherheitsleistung kann das Vormundschaftsgericht durch Ordnungsstrafen erzwingen; die Erzwingung durch einen zu diesem Zwecke aufgestellten Pfleger im Wege der Prozeßklage ist unzulässig.

§ 1846. R. **07** 381, SeuffBl. **07** 397, BayRpflZ. **07** 175 (BayObLG.). Dem Dritten, dessen Interesse das Vormundschaftsgericht entgegentritt, steht das Beschwerderecht, wenn das Vormundschaftsgericht, statt gemäß § 1909 BGB. einen Pfleger zu bestellen, in Gemäßheit des § 1846 selbst für den Mündel handelt, ebensowenig zu, wie wenn es nach Bestellung eines Pflegers die im Interesse des Dritten ungünstige Stellungnahme des Pflegers billigt oder veranlaßt (BayObLG. **7** 97, **RG. 56** 124, RJA. **5** 14). Bestreitet der Dritte seine Verpflichtung, so ist die Ansicht des Vormundschaftsgerichts für die Entscheidung des Streites nicht maßgebend. Das Vormundschaftsgericht kann den Dritten, auch wenn er zugleich Vormund ist, nicht durch Ordnungsstrafen zur Erfüllung der streitigen Verpflichtung anhalten (BayObLG. **3** 797). — Der Streit zwischen dem Vormundschaftsgericht und dem Vormund über die Höhe der diesem für die Erziehung und den Unterhalt des Mündels zu gewährenden Vergütung ist auch dann im Rechtsweg auszutragen, wenn die bisherige Vergütung durch Vereinbarung zwischen Vormund und Vormundschaftsgericht ohne Bestellung eines Pflegers für den Mündel festgesetzt worden ist. Dem Mündel ist zu diesem Zwecke gegebenenfalls ein Pfleger zu bestellen.

§ 1847. OLG. **14** 261, R. **07** 130, ElsLothJZ. **07** 97 (Colmar). Bei der Prüfung des Vormundschaftsgerichts, ob es die Entlassung des Mündels aus dem Staatsverband genehmige, ist zu erwägen, ob die Maßnahme zum Besten des Mündels dient (Mot. IV 1139).

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats.

Literatur: Ziegler, Was muß der Gemeindewaisenrat vom Vormundschaftsrecht usw. wissen? Karlsruhe 1906. Vgl. auch die vor §§ 1773 ff. angeführten Schriftsteller.

§§ 1849 ff. 1. Ermel, DJZ. **07** 1198, befürwortet das Zusammenwirken des Vormundschaftsgerichts mit dem Gemeindewaisenrat in den gemeinsamen Waisenratssitzungen insbes. bei der Ermittelung gebrechlicher oder tuberkulöser Kinder.

2. Über das Beschwerderecht des Gemeindewaisenrats s. zu § 57 FGG.

V. Befreite Vormundschaft.

§ 1852. OLG. **14** 265 (Cassel). Der Vater kann die Mutter seiner Kinder von dem Erfordernisse der Einholung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zur Veräußerung eines Nachlaßgrundstücks durch letztwillige Anordnung nicht befreien.

VI. Familienrat.

Hier fehlt es an bemerkenswertem Berichtsstoff.

VII. Beendigung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Hervorzuheben sind die bei § 1892 mitgeteilten Äußerungen der Rechtslehre und Rechtsprechung über die Bedeutung der Entlastungserklärung und der Schlußrechnung, sowie über die Frage, ob die Legung der Schlußrechnung durch Ordnungsstrafen erzwungen werden kann.

§ 1884. *Haidlen, Familienrecht 422. Bei Verschollenheit des Mündels endigt die Vormundschaft, abgesehen von dem Falle der Todeserklärung, niemals kraft Gesetzes, sondern stets nur durch Aufhebung. Das Vormundschaftsgericht darf hier die Vormundschaft nur aufheben, wenn der Mündel volljährig geworden ist; es hat die Vormundschaft aufzuheben, wenn ihm der Tod des Mündels bekannt wird.

§ 1886. 1. Die Entsch. JDR. **5** Ziff. 2 zu § 1886 auch DJZ. **07** 73.

2. Vgl. auch oben Ziff. 1 zu § 1837.

§ 1892. 1. Bedeutung der Entlastungserklärung. **a)** Die Entsch. des OLG. Cassel — JDR. **4** u. **5** Ziff. 2 b zu § 1892 — auch ZBlFG. **7** 728. **b)** *Höniger, DNotV. **07** 665. Die Entlastung ist ein Vertrag zwischen Rechnungsführer und Gläubiger (BGB. § 397). Bei der üblichen Entlastung des Vormundschaftsgerichts fehlt es an dem Schuldner, der die Entlastung und Verzichtsofferte des Mündels annimmt. Einen Entlastungsvertrag mit dem Vormundschaftsgericht als Behörde gibt es nicht, er würde auch der obrigkeitlichen Funktion dieser Behörde widersprechen. Dem Vormunde gegenüber ist das Anerkenntnis der Richtigkeit einer Rechnung nur die Quittung über ordnungsmäßige Rechnungslegung, welche nur die Wirkung hat, daß sie die Beweislast umkehrt. Mit dem Schuldanerkenntnisse nach § 781 BGB. hat das Anerkenntnis der Richtigkeit einer Rechnung nichts gemein. Eine Entlastung des Vormundes ist im BGB. nicht erwähnt, die Beurkundung einer Entlastungserklärung durch das Vormundschaftsgericht daher unzulässig. SeuffA. **59** 411, **61** 20 (Cassel), vgl. JDR. **5** Ziff. 2 (Kiel). Die Entlastung kann daher nach den §§ 812, 814 BGB. kondiziert werden, wenn der mündig Gewordene irrtümlich angenommen hat, daß er zur Abgabe der Erklärung verpflichtet gewesen sei, und der Vormundschaftsrichter kann haftbar gemacht werden, wenn sich später eine Pflichtwidrigkeit des Vormundes herausstellt. Bei unrichtiger, unvollständiger oder irreführender Schlußrechnung des Vormundes wird selbst durch die Entlastung solchen Schadensersatzansprüchen des Mündels in keiner Weise präjudiziert, die auf Tatsachen gestützt werden, welche aus der Schlußrechnung nicht ersichtlich sind.

2. Formelle und materielle Bedeutung der Schlußrechnung. OLG. **14** 268, KGJ. **33** A 54, RheinARV. **25** 20 (KG.). Rechnung im Sinne der §§ 1890—1892 ist eine gehörige Rechnungslegung, die den im Gesetz enthaltenen Anforderungen entspricht und eine weitere Grundlage für das Abwickelungsverfahren des Vormundschaftsgerichts bildet. Für die Stellung des Vormundschaftsgerichts zur Schlußrechnung ist zu unterscheiden zwischen formellen Anforderungen, welche einen Sachbericht des Vormundes erst zu einer formell ordnungsmäßigen Schlußrechnung machen, und den materiellen Erfordernissen, durch welche eine Schlußrechnung zu einer sachlich richtigen Schlußrechnung wird, die allen privatrechtlichen Ansprüchen der Beteiligten gerecht wird. Entspricht die Schlußrechnung den formellen Anforderungen nicht, so liegt in Wirklichkeit eine Schlußrechnung nicht vor, und das Vormundschaftsgericht darf an Stelle einer solchen nur scheinbaren eine wirkliche Schlußrechnung beanspruchen. Ist dagegen eine formell ordnungsmäßige Schlußrechnung eingereicht, so darf das Vormundschaftsgericht ihre sachliche Richtigkeit vom Vormunde nicht erzwingen. Zu einer formell ordnungsmäßigen Schlußrechnung gehört u. a. die Angabe der Beteiligten nach Person und Wohnung, ohne daß jedoch dem Vormunde besondere Ermittelungen zugemutet werden können, und ferner eine die ganze Vermögensverwaltung umfassende Rechnung (Nachtragsrechnung reicht nicht aus). Auch bei Bezugnahme auf ältere Rechnungen (§ 1890 Satz 2) müssen bestimmte Rechnungen oder Teile von diesen bezeichnet und so gewissermaßen zum Bestandteile der Schlußrechnung gemacht werden. — Vorstehende Grundsätze gelten auch

für die Nachlaßpflegschaft (§ 1960), mit welcher im besonderen obige Entscheidung sich befaßt.

3. Kann die Legung der Schlußrechnung durch Ordnungsstrafen erzwungen werden? a) Die Entsch. KGJ. **32** A 53 — JDR. **5** Ziff. 1 a zu § 1892 — auch OLG. **16** 31. b) Dagegen Josef, ZBlFG. **7** 861. Während nach § 1843 das Vormundschaftsgericht die jährlichen Rechnungen des Vormundes nicht bloß zu prüfen, sondern auch ihre „Berichtigung und Ergänzung herbeizuführen" hat, liegt ihm betreffs der Schlußrechnung nach § 1892 zwar gleichfalls die Prüfung, daneben aber nur ob, „ihre Abnahme durch Verhandlung mit den Beteiligten zu vermitteln", d. h. auf eine gütliche Einigung hinzuwirken. Das Gericht kann also bei Unvollständigkeit der tatsächlich eingereichten Schlußrechnung die Beseitigung der Mängel nicht erzwingen; folglich könnte der Vormund die Anordnung des Gerichts zur Einreichung der Schlußrechnung durch Einreichung jedes unvollständigen Schriftstücks erfüllen, auch selbst dieses ablehnen durch die bloße Behauptung, es sei ihm die Schlußrechnung vom früheren Mündel erlassen. Danach ist nicht anzunehmen, daß nach der Absicht des Gesetzes dem Gericht ein Zwang gegen den Vormund auch nur zur Einreichung der Schlußrechnung zustehen soll; es hat die Einreichung zwar anzuordnen, kann sie aber nicht erzwingen. c) *Haidlen, Familienrecht 419. Da das Amt des Vormundes bereits beendigt ist, kann die Einreichung der Schlußrechnung wie die Rechenschaftsablegung überhaupt und die Herausgabe des Mündelvermögens von dem Vormundschaftsgerichte nicht durch Ordnungsstrafen erzwungen werden, sondern es bleibt nur der gewöhnliche Prozeßweg für den volljährig gewordenen Mündel, bzw. für den neuen Vormund. — Der Vormund kann seinerseits gegen den Mündel auf Abnahme der Rechnung und auf Quittung (§ 368) klagen, außerdem auf Aufhebung einer nach § 1844 angeordneten Sicherheit. Einen Anspruch auf Anerkennung der Schlußrechnung durch oder für den Mündel, Entlastung, hat der Vormund nicht.

4. OLG. **14** 266 (KG.). Das Vormundschaftsgericht (und im Falle des § 1960 das Nachlaßgericht) ist nicht befugt, dem Vormunde (Pfleger) aufzugeben, einem mit der Vermittelung der Auseinandersetzung beauftragten Notar Rechnung zu legen. Die aus dem Amte des Vormundes (Nachlaßpflegers) entspringende öffentlichrechtliche Pflicht zur Rechnungslegung (im Gegensatze zu der privatrechtlichen Rechenschaftspflicht gegenüber dem Erben) besteht nur dem Vormundschafts-(Nachlaß-)Gerichte gegenüber, und dieses kann sich auch der ihm vermöge seiner allgemeinen Aufsichtspflicht obliegenden Aufgabe, die Rechnung rechnungsmäßig und sachlich zu prüfen, nicht in der Weise entledigen, daß es die Prüfung einem Notar überläßt.

§ 1893. *Haidlen, Familienrecht 420. Die Rückgabe der Bestallung kann das Vormundschaftsgericht nicht durch Ordnungsstrafen erzwingen, da die Vormundschaft beendigt ist.

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

Literatur: Winter, Der Rechtsgrund für die Unterbringung in die Irrenanstalt, HessRspr. 8 86.

§ 1903. *Haidlen, Familienrecht 425. Der Ausschluß der Befreiungen des Abs. 1 bei Zutreffen des Abs. 2 wie deren Eintritt erfolgt kraft Gesetzes; eine Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts, etwa entsprechend der Bestimmung des Abs. 1 Satz 3, kommt nicht in Frage.

§ 1905. OLG. **14** 272 (KG.). Auf die vorläufige Vormundschaft finden, wenn dies im BGB. auch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, die §§ 1896 bis 1905 Anwendung. Deshalb ist es in Anwendung des § 1901 zulässig, daß der Vormund eines Volljährigen, dessen Entmündigung wegen Verschwendung be-

antragt ist, den Mündel zum Zwecke der Heilung oder auch zur Vorbeugung einer zu befürchtenden geistigen Erkrankung in eine geeignete Anstalt unterbringt und Zwangsmaßregeln zur Durchführung der Unterbringung anwendet, zu denen ihn das Vormundschaftsgericht ermächtigt. Um eine Unterbringung wegen bereits vorhandener Geisteskrankheit handelt es sich nicht, sondern nur zur Verhütung drohender Geisteskrankheit. Ihr steht der § 356 ZPO. nicht entgegen, der nur von der Beobachtung des Geisteszustandes handelt.

§ 1906. 1. Voraussetzungen des § 1906. **a)** R. **07** 452, 769, Bay. ObLG. 8 84, BayRpflZ. **07** 239, SeuffBl. **07** 444, OLG. **16** 34. (BayObLG.) Zur Einleitung der vorläufigen Vormundschaft bedarf es nicht des Nachweises eines Entmündigungsgrundes; dies schließt aber nicht aus, daß sich das Gericht mit der Frage nach dem Vorhandensein eines solchen Grundes befaßt und hiernach das Vorhandensein einer erheblichen Gefährdung verneint, weil es voraussichtlich zu einer Entmündigung nicht kommen werde (vgl. Planck, Anm. 1 b zu § 1906). **b)** BayObLG. 8 145, R. **07** 701. (BayObLG.) Zur Stellung eines Volljährigen, dessen Entmündigung beantragt ist, unter vorläufige Vormundschaft genügt das Bestehen eines hohen Grades von Wahrscheinlichkeit, daß seinem Vermögen ernste Gefahr droht, wenn ihm die Möglichkeit gelassen wird, sein bisheriges wirtschaftliches und sittliches Verhalten fortzusetzen. **c)** BayObLG. 8 183. Es genügt, daß Grund zu der Besorgnis besteht, für den zu Entmündigenden werde ein erheblicher Nachteil erwachsen, wenn er bis zur Beendigung des Entmündigungsverfahrens sich selbst überlassen wird.

2. R. **07** 1140 (BayObLG.). Die Tochter ist zur Stellung des Antrags auf Entmündigung ihres Vaters wegen Verschwendung und Trunksucht und darum auch zur Stellung des Antrags auf Stellung unter vorläufige Vormundschaft namentlich dann berechtigt, wenn sie mit ihm in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebt. Zur Stellung unter vorläufige Vormundschaft genügt die Glaubhaftmachung der Entmündigungstatsachen.

3. R. **07** 66 (KG.) über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Stellung unter vorläufige Vormundschaft s. zu § 52 FGG.

§ 1908. OLG. **16** 35 (KG.). Ist jemand mit Rücksicht auf den gegen ihn gestellten Entmündigungsantrag unter vorläufige Vormundschaft gestellt, der Entmündigungsantrag aber (wenn auch nur wegen örtlicher Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts) rechtskräftig abgewiesen worden, so ist damit die Vormundschaft auch ohne Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht beendigt und die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem unter vorläufige Vormundschaft Gestellten kann nicht mehr auf Grund der angeordneten Vormundschaft in Frage gestellt werden (§ 115 Abs. 2 BGB.).

Dritter Titel. Pflegschaft.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung hat namentlich zu den §§ 1909, 1913 Gelegenheit gehabt, die Voraussetzungen der Anordnung einer Pflegschaft zu erörtern, insbes. im Falle der Anordnung einer Nacherbschaft. Die Zulässigkeit der Bestellung eines Pflegers für juristische Personen (Aktiengesellschaften) wird vom KG. verneint. Das Reichsgericht hat zu § 1920 einen Antrag des Gebrechlichen, die Pflegschaft aufzuheben, dann für unbeachtlich erklärt, wenn dessen Willenserklärung nach § 105 Abs. 1 oder 2 BGB. nichtig ist. Der Begriff des Sammelvermögens und der öffentlichen Sammlung (§ 1914) ist Gegenstand mehrerer wissenschaftlicher Abhandlungen gewesen.

§ 1909. I. Voraussetzung der Pflegschaft. 1. *Haidlen, Familienrecht 430 ff. Die Anordnung einer Pflegschaft setzt eine präsente An=

gelegenheit oder eine präsente Verhinderung oder ein konkretes Fürsorgebedürfnis voraus. Eine etwaige künftige Verhinderung bei einer künftigen Angelegenheit oder einem Kreise von solchen genügt nicht. Es genügt also z. B. zur Anordnung einer Pflegschaft noch nicht, daß einem unter elterlicher Gewalt stehenden Kinde Vermögen von einem Dritten angefallen ist, das in der Verwaltung des Gewalthabers steht, und bezüglich dessen später Rechtsgeschäfte zwischen dem Gewalthaber und dem Kinde vorkommen können. — Keine Verhinderung liegt vor und die Bestellung eines Pflegers ist unzulässig, wenn der Gegenvormund oder der Beistand an der Erteilung der ihnen zustehenden Genehmigung verhindert ist, da hier nach §§ 1690 Abs. 2, 1812 Abs. 2 deren Genehmigung durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt wird.

2. OLG. **14** 275 (KG.). Das Vormundschaftsgericht hat lediglich zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 1909 vorliegen, nicht auch, ob die Besorgung der Angelegenheit für den Mündel zu einem günstigen oder ungünstigen Ergebnisse führen wird.

II. Einzelne Fälle. 1. OLG. **16** 36 (KG.). Ist die Bestimmung eines Testaments, daß die Vermächtnisse bis zur Volljährigkeit der Vermächtnisnehmer durch einen Pfleger verwaltet werden sollen, dahin zu verstehen, daß sie der Verwaltung der als Erbin eingesetzten Mutter entzogen sein sollen, so erstreckt sich das Verwaltungsrecht der Mutter nach §§ 1638, 1686 BGB. nicht auf dieses Vermögen, und es ist den Kindern ein Pfleger zu dessen Verwaltung zu bestellen. — Stehen die Interessen der Kinder als Nacherben zu dem Interesse der Mutter als Vorerbin in einem erheblichen Gegensatze, so kann Veranlassung vorliegen, auf Grund der §§ 1630 Abs. 2 Satz 2, 1686, 1796 der Mutter die Vertretung zu entziehen und den Kindern sodann einen Pfleger zu bestellen, insbes., wenn der Verdacht eines unwirtschaftlichen Verhaltens der Mutter besteht.

2. SächsRpflA. **07** 259 (LG. Dresden). Der Verzicht des Inhabers der elterlichen Gewalt auf die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes (BGB. § 1662) rechtfertigt nicht die Bestellung eines Pflegers für das Kind, da dadurch weder das Verwaltungs- noch das Vertretungsrecht des Vaters berührt wird.

3. KGJ. **34** A 53 (KG.). Die Fälle, in denen eine Pflegschaft auf Grund des § 1909 zugelassen ist, dürfen im Wege der Analogie nicht ausgedehnt, deshalb kann auch § 1909, der sich offensichtlich nur auf physische Personen bezieht, auf juristische Personen, namentlich Aktiengesellschaften, nicht analog angewendet werden, falls deren Vertreter an der Besorgung ihrer Angelegenheiten verhindert ist. Einen Ersatz bietet § 29 BGB., der auch für die juristischen Personen des Handelsrechts, insbes. auch die Aktiengesellschaft zur subsidiären Anwendung kommt, KGJ. **23** A 105, RJA. **3** 25, OLG. **4** 256, DJZ. **02** 53. (KG.)

4. Über die Vertretung mehrerer minderjähriger Kinder bei der Erbauseinandersetzung s. Weegmann, WürttZ. **07** 97 oben bei § 181 Ziff. I und die Entsch. des BayObLG. u. des **RG.** oben Ziff. 1 zu § 1795.

III. *Schultheis, ZBlFG. 8 173, erörtert die Prüfungspflicht des Vormundschaftsgerichts bei Pflegerbestellung für einen Rechtsstreit und zwar getrennt a) für Rechtsstreite gegen den Mündel und b) für Aktivprozesse des Mündels. a) Aus prozeß- und materiell-rechtlichen Vorschriften läßt sich der Grundsatz herleiten, daß eine prozessuale Verfolgung eines Rechtsanspruchs gegen ein Rechtssubjekt niemals dadurch vereitelt werden kann, daß der Gegner der geordneten Vertretung entbehrt. Der § 57 ZPO. ist bestimmt und geeignet, als letztes und umfassendes Hilfsmittel zur Bestellung eines Prozeßvertreters bei Gefahr im Verzuge zu dienen. Die Beschränkung auf diesen Fall beruht offenbar auf der Annahme, daß das bürgerliche Recht regelmäßig dem

Kläger die Möglichkeit gewährt, die ordnungsmäßige Bestellung eines Vertreters herbeizuführen. Dem gleichen Zwecke wie § 57 ZPO. dient § 29 BGB., der die Bestellung von Vorstandsmitgliedern eines rechtsfähigen Vereins in dringenden Fällen auf Antrag eines Beteiligten durch das Amtsgericht des Sitzes vorsieht, während für die Regel die Vorschrift des § 26 BGB. ausreicht. Wenn Vater oder Vormund gegen das Kind einen Anspruch erheben wollen oder die sonstigen im § 1795 aufgeführten Fälle zutreffen, fehlt aber eine Prozeßvertretung des Minderjährigen, es kann nicht einmal die Klage zugestellt werden. Deshalb ist ohne weiteres Pflegschaftsbedürfnis gegeben; das Vormundschaftsgericht hat unbedingt die Pflegschaft anzuordnen, ohne zu prüfen, ob der Rechtsstreit aussichtslos ist. Eine geordnete Vertretung liegt auch grundsätzlich im Mündelinteresse, da andernfalls ein Aufschub des Prozesses bis zur Volljährigkeit oder unter Umständen Bestellung eines von der obervormundschaftlichen Aufsicht unabhängigen Vertreters nach § 57 ZPO. eintreten würde. b) Bei der Pflegschaft für Aktivprozesse kommt es darauf an, ob eine maßgebende Entschließung darüber, daß der Prozeß geführt werden soll, bereits vorliegt oder nicht. α. Wenn der an der Vertretung im Prozesse verhinderte Vater oder Vormund den Antrag auf Pflegschaftsanordnung zur Führung eines Rechtsstreits stellt, so ist dem Antrag ohne Prüfung der Begründetheit des Anspruchs stattzugeben, es müßte denn in dem Antrag eine Pflichtwidrigkeit des Vaters oder Vormundes liegen. β. Wird die Frage der Geltendmachung eines Anspruchs von dritter Seite angeregt oder vom Vormundschaftsgerichte von Amts wegen zur Erörterung gezogen, so ist der Vater oder Vormund als der zunächst zur Entschließung Berufene zu hören. Erklärt er sich für die Prozeßführung, so ist der Fall zu α gegeben. Lehnt er ab, so hat das Gericht zu entscheiden, αα. ob es bei der Entschließung sein Bewenden haben soll oder ββ. ob die Entschließung des Vaters oder Vormundes als pflichtwidriges Verhalten zu betrachten ist und die Prozeßführung (durch den zu bestellenden Pfleger) angeordnet werden soll oder γγ. ob dem Vater (Vormund) wegen erheblichen Interessengegensatzes die Vertretung betreffs der Entschließung entzogen und einem Pfleger übertragen werden soll. Für diese Entscheidung ist es von wesentlicher Bedeutung, ob das Vormundschaftsgericht den Anspruch als wirklich bestehend oder doch als wahrscheinlich oder aber die Rechtsverfolgung als aussichtslos ansieht; es können aber auch Zweckmäßigkeitsgründe die Unterlassung der Pflegerbestellung rechtfertigen.

§ 1910. 1. Die Entsch. des BayObLG. JDR. **5** Ziff. 4 d zu § 1910 — auch BayObLG. **7** 508, ZBlFG. **8** 151, BayRpflZ. **07** 151.

2. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **5** Ziff. 4 a zu § 1910 — auch RJA. **8** 1, SeuffA. **62** 25.

3. OLG. **16** 37 (KG.). Der Umstand, daß über das Vermögen des Pflegebedürftigen der Konkurs eröffnet ist, schließt die Bestellung eines Pflegers für ihn nicht aus, da dem Gemeinschuldner im Konkursverfahren eine Reihe wichtiger Rechte zusteht, die der Verwalter nicht wahrnehmen kann, so namentlich das Recht, angemeldete Forderungen selbständig zu bestreiten und zur Verhinderung gewisser Maßnahmen des Verwalters das Eingreifen des Konkursgerichts zu veranlassen.

4. *Haidlen, Familienrecht 432 f. Die im Abs. 3 bezeichnete Einwilligung ist eine Willenserklärung, die in Ermangelung besonderer Vorschriften zu ihrer Wirksamkeit volle Geschäftsfähigkeit des Gebrechlichen voraussetzt. Die Einwilligung ist daher nicht einzuholen bei nicht voller Geschäftsfähigkeit und ferner, wenn wegen körperlicher Gebrechen, z. B. Taubstummheit, die Verständigung mit dem Gebrechlichen nicht möglich ist.

§ 1912. RG. JW. **07** 240, SeuffBl. **07** 474, HansGZ. **07** Beibl. 137, RheinARV. **07** 53. Noch unerzeugten Nachkommen wird vom BGB. die fingierte Rechtspersönlichkeit zwar nicht an sich verliehen, wohl aber dann, wenn sie als Dritte

in einem Vertrag oder als Nacherben oder Vermächtnisnehmer in einer letztwilligen Verfügung bedacht worden sind (BGB. §§ 331, 2101, 2162, 2178).

§ 1913. 1. Deszendenzpflegschaft. OLG. **16** 38 (KG.). Durch eine nach § 1913 für die künftige Deszendenz eingeleitete Pflegschaft wird ein Recht der Eltern, das sie nach § 20 FGG. zur Beschwerde berechtigte, nicht beeinträchtigt; denn § 1913 hat die Fürsorge nicht dem Vater oder der Mutter übertragen, sondern ihnen nur die Wahrung der künftigen Rechte einer Leibesfrucht gegeben, wenn das Kind, falls es bereits geboren wäre, unter elterlicher Gewalt stehen würde (§ 1912). Die nach § 1913 angeordnete Pflegschaft beschränkt sich auf die Angelegenheiten noch nicht erzeugter und deshalb unbestimmter Personen und erstreckt sich von vornherein nicht auf die künftigen Rechte einer Leibesfrucht, mag diese auch erst nach Anordnung der Pflegschaft empfangen sein. Einen dem Vater oder der Mutter etwa bestellten Nießbrauch läßt die Pflegschaft völlig unberührt.

2. Pflegschaft für Nacherben. a) R. **07** 61, ZBlFG. **7** 827, SeuffBl. **07** 311 (Dresden). Der nach § 1913 Satz 2 den ihrer Persönlichkeit nach unbestimmten Nacherben bestellte Pfleger vertritt die künftigen Nacherben samt und sonders und so insbes. auch diejenigen bekannten Personen, die in erster Reihe zu Nacherben benannt sind, deren endgültige Berufung zur Nacherbschaft aber davon abhängt, daß sie den Tod des Vorerben überleben. b) OLG. **14** 298 (KG.). Die durch den Pfleger der minderjährigen Nacherben zur Löschung einer auf dem Nachlaßgrundstück eingetragenen Hypothek erklärte Zustimmung bedarf nach den §§ 1915, 1812 BGB. mangels des Vorhandenseins eines Mit- oder Gegenpflegers der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Denn die künftige Eigentümerhypothek oder -Grundschuld, über welche durch die Zustimmung verfügt wird, ist, da sie im Versteigerungsverfahren Anspruch auf den Erlös gibt, ein Recht im Sinne des § 1812, kraft dessen eine Leistung erlangt werden kann. c) OLG. **14** 297 (KG.). Die Zustimmung des Nacherben zur Aufhebung einer Grundschuld ist allerdings, soweit die Verfügung des Vorerben entgeltlich ist (BGB. §§ 2113, 2114), keine Verfügung über die Grundschuld, da sie unter dieser Voraussetzung materielle Bedeutung nicht hat. Wenn aber die Löschungsbewilligung des Vorerben unentgeltlich ist und deshalb beim Eintritte der Nacherbfolge unwirksam werden würde, so enthält die Zustimmung des Nacherben nach § 185 BGB. eine materielle Voraussetzung für das Erlöschen der Grundschuld, ist deshalb auch selbst als Verfügung über sie anzusehen und bedarf, soweit sie von einem Pfleger ausgeht, nach §§ 1915, 1822 Ziff. 13 der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Anders würde die Sache liegen, wenn der Grundbuchrichter sich an Stelle der Zustimmung der Nacherben mit ihrem Zugeständnisse begnügte, daß die Verfügung des Vorerben entgeltlich sei. In solchem Zugeständnisse liegt kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 1822 Ziff. 13. Es bedarf deshalb keiner Genehmigung durch den Gegenvormund oder das Vormundschaftsgericht.

§ 1914. Literatur: Fischbach, Das Sammelvermögen. Straßburg 1907. (Heft 1 der zivilrechtlichen und prozeßrechtlichen Sammlungen von Kisch.) Besprochen von Bondi, ZBlFG. 8 514. — König, Die öffentliche Sammlung von Vermögen für einen vorübergehenden Zweck. Halle a. S. 1907. — Storck, Die Öffentlichen Sammlungen zu vorübergehenden Zwecken. Berlin 1907. — Zöllner, Zum Begriffe der Sammlung in straf- und zivilrechtlicher Hinsicht, SeuffBl. **07** 717—723.

1. Zöllner, SeuffBl. **07** 717, erörtert im Hinblick auf BGB. § 1914, PreßG. §§ 16, 18 Abs. 1 Ziff. 2, PrStGB. Artt. 52, 53 den Begriff der Sammlung, ferner deren Gegenstand, Zweck und Umfang (öffentliche und private), die Frage, wer als Eigentümer des Sammelvermögens anzusehen sei und die Rechtsverhältnisse im Falle des Konkurses des Sammlers oder des Spenders. Für den Regel-

fall wird ein Gesamthandsverhältnis unter den Spendern und fiduziarisches Eigentum des Sammlers angenommen. Wird die Sammlung von einem Komitee veranstaltet, so bildet das Komitee eine Gesellschaft gemäß §§ 705 ff. BGB.; der Sammelfonds ist Gesellschaftsvermögen.

2. *König. (Vgl. o. Ziff. I 3 zu § 157 und zu § 714). Nur die öffentliche Sammlung läßt eine einheitliche Regelung zu, während die private je nach den Umständen verschieden zu beurteilen ist. Für die Konstruktion des Spendungsgeschäfts kommt lediglich das Verhältnis zwischen Sammler und Spender in Betracht, nicht auch die Stellung des Sammlers dem Empfänger oder auch den Verwaltungsbehörden gegenüber. Das Spendungsgeschäft ist eine Eigentumsübertragung der Spenden auf den Sammler mit fiduziarischer Zweckbestimmung, die nach der Vertragsauslegung einen Haupt- und einen Nebenvertrag enthält. Der Hauptvertrag ist ein selbständiger Garantievertrag über die zweckgemäße Verwendung der Spenden, auf den gewisse Auftragsvorschriften Anwendung finden. Durch den Nebenvertrag wird den Spendern nach Wegfall des Zweckes ein Rückforderungsanspruch gegeben, bei vertretbaren Spenden ein obligatorischer, bei nicht vertretbaren ein dinglicher Anspruch. Jedoch kann der Sammler einen Überschuß des Vermögens nach einer öffentlichen, an die Spender gerichteten Aufforderung zum Verzicht auf ihre Ansprüche einem ähnlichen Zwecke zuführen.

3. *Storck. Auf die Willenserklärungen der Spender als „formlose Zwecksatzungen" finden die Vorschriften über den nicht rechtsfähigen Verein Anwendung (37). Das Sammelunternehmen kann als Grundstückseigentümer eingetragen werden (42). — Zur Befriedigung für ihre Forderungen genügt den Gläubigern ein gegen das Unternehmen ergangenes Urteil. Die Spender können nicht über die von ihnen hingegebene Spende oder den gezeichneten Betrag hinaus für Schulden des Unternehmens in Anspruch genommen werden. Die persönliche Haftung der Sammler ist als ausgeschlossen anzusehen, auch wenn der Verzicht nicht ausdrücklich ausgemacht ist (44, 45, 46). — Ein Pfleger ist auch zu bestellen, wenn die Sammler sich grober Pflichtverletzung schuldig machen, und durch gerichtliche Entscheidung die Entziehung der Befugnis zur Verwaltung des Sammelvermögens ausgesprochen ist (48). — Die Sammler sind im Namen der Spendergemeinschaft klageberechtigt (52). Im Falle der Unmöglichkeit des Zweckes greift § 87 BGB. analog Platz (53). — Den Destinatären steht kein Recht auf das Sammelvermögen zu (54). — Das durch letztwillige Verfügung Zugewandte ist dem Sammelzwecke dinglich gesichert (58 ff.). — Die Pflegschaft des § 1914 ist eine Personalpflegschaft (62), und es finden auf sie die allgemeinen Vorschriften über Pflegschaft Anwendung (63).

4. HansGZ. **07** Beibl. 61 (Hamburg). Zu dem hier erwähnten Zweckvermögen gehören nicht die Überschüsse aus Beiträgen einer sog. Kaffeeküche, die von den Arbeitern einer Fabrik zur Erlangung billigen Kaffees geschaffen und von dem jeweiligen Arbeiterbestande, wenn auch ohne feste Organisation, verwaltet wird.

§ 1915. 1. OLG. **14** 276, KGJ. **33** A 65 (KG.). Die Anordnung einer (Vormundschaft oder) Pflegschaft hat grundsätzlich von Amts wegen zu geschehen, gleichviel ob ein Antrag gestellt ist oder nicht (KGJ. **28** A 12). Daher keine Ablehnung der Bestellung eines Pflegers, weil die Anregung dazu von einer dazu nicht legitimierten Person ausgegangen sei.

2. **RG.** R. **07** 180. Der Pfleger hat bei Anfechtung von Rechtshandlungen vollständig selbständig zu handeln, ohne auf Anweisungen des Vormundschaftsgerichts zu warten.

§ 1920. **RG. 65** 199, JW. **07** 198, RJA. **8** 77, BayRpflZ. **07** 171, SeuffBl. **07** 387, PosMSchr. **07** 71; Dissens zwischen RJA. **7** 79 (KG.) u. BayObLG. **8** 35, SeuffBl. **07** 256, vgl. R. **07** 237, 253, 452, 453. Daß der Aufhebungsantrag nicht zu beachten ist, wenn eine Verständigung mit dem Pflegebefohlenen nicht möglich

ist, bestimmt § 1920 nicht. Einer solchen Bestimmung bedurfte es nicht; im § 1910 war die Ausnahmebestimmung erforderlich, weil eine Willenserklärung des Gebrechlichen für die Anordnung der Pflegschaft verlangt ist, im § 1920 war sie entbehrlich, weil die Pflegschaft bestehen bleibt, wenn kein wirksamer Antrag gestellt ist. Bei Anwendung des § 1920 kommt es daher nur darauf an, ob dem von dem Gebrechlichen erklärten Willen, es möge die Pflegschaft aufgehoben werden, rechtliche Bedeutung zukommt. Ist die Willenserklärung des Gebrechlichen nach § 105 Abs. 1 oder 2 nichtig, so kann sie keine Beachtung finden. Die dagegen im RJA. **4** 196 u. **7** 81 erhobenen Einwendungen sind nicht zutreffend. Die Bestimmung des § 664 ZPO. ist eine Ausnahmebestimmung.

Fünftes Buch. Erbrecht.

Literatur: Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung nach den vom 1. Januar 1900 an geltenden Reichs- und Landesgesetzen, mit besonderer Berücksichtigung des Geltungsgebiets des ALR. (2) I. — Herzfelder, Erbrecht (3, 4) Bd. V des v. Staudingerschen Kommentars. Lieferung 1. — Marcus, Das deutsche Testament, insbes. das Privat- und Nottestament (3). — Derselbe, Die gerichtliche Erbteilung nach deutschem Rechte, an Beispielen dargestellt (2. Aufl. von: Das Verfahren des Nachlaßgerichts bei Erbauseinandersetzungen nach deutschem Rechte). — Rieth, Kasuistik des Erbrechts und Pflichtteilsrechts. — Stölzle, Güter- und Erbrechtsverhältnisse im Allgäu. Auf Grund der Bestimmungen des Bay Übergangs G. v. 9. Juni 1899 u. des BGB. dargestellt. — Schäffer, Grundriß des bürgerlichen Rechtes unter Berücksichtigung des römischen und gemeinen Rechtes V. — Strohal, Erbrecht (3), Bd. V des Planckschen Kommentars, Lief. 1, 2. — Auszug aus den Erl. des württ. JM. v. 10. Mai 1907 über die Tätigkeit der ordentlichen Vormundschaftsgerichte und der ordentlichen Nachlaßgerichte, WürttZ. **07** 330.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

§§ 1922 ff. Bamberger, Vom Rechte der lachenden Erben, DJZ. **07** 632 empfiehlt, ein Intestatrecht nur dem Ehegatten des Erblassers und denjenigen seiner Verwandten zuzubilligen, welche nach geltendem Rechte einen Pflichtteilsanspruch haben. — ➵ Vgl. desselben Verf. Erbrechtsreform, ein sozialpolitischer Vorschlag zur Befestigung der Reichsfinanzen. Berlin 1908. Red. ➴

§ 1922. 1. *Meyer, GruchotsBeitr. **51** 785, 787. Das geltende Recht kennt den Begriff des Vermögens als eines einheitlichen Rechtsobjekts (universitas iuris) nicht mehr. Denn zwischen Sachen und Rechten als Rechtsobjekten ist eine gleiche und einheitliche Beziehung zum Rechtssubjekte nach BGB. unmöglich. Die Einheit des Vermögens besteht lediglich in der Konzentration der einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten in einem Rechtssubjekte. (Hiermit stimmt auch die Regelung des § 2374 überein.) (787.)

2. HansGZ. **07** Beibl. 47 (Hamburg). Der Erbanspruch, d. h. der Anspruch eines Erben aus einem Erbschaftsanfalle, kann rechtsgültig abgetreten werden. Mit der Abtretung erlangt der Zessionar das selbständig nicht abtretbare Recht des Erben auf Auskunft und Rechnungslegung gemäß §§ 2027, 2215 BGB.

§ 1923. 1. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Die Fiktion des Abs. 2 erzeugt nur Rechtswirkungen, ändert aber den wirklichen Tatbestand nicht; es wird nicht „juristische Wahrheit", daß ein Kind, das erst später geboren ist, auf Grund der Fiktion früher geboren ist — vgl. BGB. § 1593 —, auch wird das Kind Erbe erst mit der Geburt. § 1923 Abs. 2 enthält eine beschränkte Fiktion.

2. Hönninger, BadNotZ. **07** 34 ff. Ist ein Erbe nach dem Tode des Erblassers für tot erklärt und der Zeitpunkt seines Todes im Ausschlußverfahren auf einen vor dem Erbfalle liegenden Tag festgesetzt worden (§ 18 BGB.), so ist

der für tot Erklärte als vor dem Erblasser verstorben anzusehen und von der Erbfolge ausgeschlossen.

§ 1925. Then, BayRpflZ. **07** 189 f. Die Einkindschaftung nach fränkischem Landrechte hat keinerlei Einfluß auf die erbrechtliche Stellung der eingekindschafteten Kinder gegenüber den Stiefgeschwistern. Es erben vielmehr in solchen Fällen die rechten Geschwister doppelt: nämlich in jedem auf ihre mit dem verstorbenen Geschwister gemeinsamen Eltern treffenden Anteile, welcher die Eltern treffen würde, falls sie noch am Leben wären; hingegen erben die Stiefgeschwister nur an dem Anteile mit, welcher auf den ihnen mit ihren eingekindschafteten Stiefgeschwistern gemeinsamen Elternteil treffen würde, falls dieser noch leben würde.

§ 1932. KGBl. **07** 35, R. **07** 701 (KG.). Hochszeitsgeschenke stehen im Miteigentume der Ehegatten, falls sie nicht von den Schenkern ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen als nur dem einen Ehegatten geschenkt bezeichnet sind.

Zu §§ 1936 ff. Erbrecht des Fiskus. Vgl. *Weyl in der Kieler Festausgabe für Hänel (oben Ziff. 1 b zu § 89) 88 ff. (118 ff.); zum Vorbehalte des EGBGB. Art. 138 ebenda 100 ff. — Betreffs der sämtlichen Urheberrechte aber ist die Sukzession des Fiskus zu leugnen (91 f.). — Die praktische Bedeutung und die Erträgnisse des fiskalischen Erbrechts werden gering sein (121); über einen vereinzelten Fall der Sukzession des Reichs 121 Anm. 7.

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung hat sich im Berichtsjahre hauptsächlich mit der Bedeutung und Wirksamkeit der Ausschlagungserklärung (vgl. zu den §§ 1945, 1947 u. 1948) und mit der Nachlaßpflegschaft in den Fällen der §§ 1960, 1961 befaßt, auch die Bedeutung der Festsetzung der Vergütung des Nachlaßpflegers und die Zulässigkeit der gegen die Festsetzung der Vergütung erhobenen Beschwerde eingehend erörtert. — Mit Auslegung des dunklen § 1951 Abs. 2 hat Hans Hellwig, AcivPr. **102** 416, sich ausführlich beschäftigt.

Literatur: Pfeiffer, Annahme und Ausschlagung der Erbschaft, Gesetz u. Recht **8** 221. — v. Hugo, Die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts.

§ 1943. 1. OLG. **16** 40 (KG.). Die Annahme der Erbschaft kann sowohl durch eine ausdrückliche Willenserklärung, als auch durch konkludente Handlungen erfolgen. Wann letztere vorliegen, ist im Gesetz absichtlich nicht bestimmt, es ist dies von Fall zu Fall zu prüfen. Entscheidend ist nicht der objektive Charakter der Handlung, sondern allein, ob der Wille, Erbe zu sein, der Handlung nach der Sachlage zu entnehmen ist (Mot. V 497). Dies wird regelmäßig der Fall sein, wenn ein Verhalten des Erben vorliegt, welches den Schluß auf den Willen, die Erbschaft nicht bloß einstweilen zu verwalten, sondern anzunehmen und zu behalten, unabweisbar macht oder doch diesen Willen deutlich ersehen läßt. (Wird im vorliegenden Falle aus Verhandlungen des Antragstellers mit der Versicherungsgesellschaft gefolgert). Ebenso SeuffA. **62** 110 (Hamburg).

2. In welcher verschiedenen Weise heute die Annahme einer Erbschaft möglich ist, darüber vgl. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 237 ff., 257 ff. Der Erbe, der durch Veräußerung oder Verbrauch sich des Nachlasses bemächtigt, nimmt eine pro herede gestio als sog. Willensgeschäft vor. Bei der Auslegung solches Verhaltens sind alle Umstände als Indizien für den wahren Willen des Delaten in Betracht zu ziehen. Die §§ 116 ff., insbesondere § 119, sind hier nicht anwendbar. Die pro herede gestio kann aber auch als echte stillschweigende Willenserklärung vorkommen dort, wo sie einem Interessenten gegenüber mit Kundgebungszweck vorgenommen wird.

§ 1944. RJA. 8 181, OLG. 14 318, DJZ. 07 970, KGJ. 34 A 79, WürttZ. 07 342 (KG.). Befindet sich der Erbe infolge eines Rechtsirrtums in Unkenntnis von seiner Berufung, so fehlt ihm die Kenntnis von dem an ihn geschehenen Erbanfalle. Da jedoch Gesetzesunkenntnis nicht vermutet werden kann, darf die Kenntnis des Erben so lange vorausgesetzt werden, bis er den Nachweis der Unkenntnis des Erbfalls an ihn erbringt. Für den nasciturus beginnt die Ausschlagungsfrist frühestens mit der Vollendung seiner Geburt.

§ 1945. 1. Bedeutung der Ausschlagungserklärung. OLG. 14 280 (Braunschweig). Die Ausschlagung besteht begrifflich in der Erklärung, die Erbschaft nicht annehmen zu wollen; dies ist nicht der Fall, wenn jemand glaubt, er könne die Erbschaft aus einem Testamente, weil ihm der Berufungsgrund nicht bekannt gewesen sei, nicht annehmen.

2. Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte. a) RheinA. 103 I 199 (Düsseldorf). Die Erklärung der Ausschlagung einer Erbschaft gegenüber einem unzuständigen Amtsgericht ist unwirksam; § 7 FGG. betrifft nur gerichtliche Handlungen. b) Keßler, BayRpflZ. 07 186 ff. Die einem örtlich unzuständigen Gerichte gegenüber abgegebene Ausschlagungserklärung ist unwirksam. — Auch für die zu Protokoll eines ersuchten Gerichts erklärte Ausschlagung gilt die Regel, daß sie dem Nachlaßgericht erst zugeht, ihm gegenüber erst erklärt ist, wenn das sie enthaltende Protokoll in den Einlauf des Nachlaßgerichts kommt. Die Beurkundung durch das ersuchte Gericht hat einzig und allein die Bedeutung, daß sie die Form der Ausschlagungserklärung wahrt. c) Herzfelder, BayRpflZ. 07 232 f. Ein anderes Gericht als das Nachlaßgericht oder das von ihm ersuchte Gericht ist zur öffentlichen Beglaubigung und wirksamen Entgegennahme der Ausschlagungserklärung im Sinne des § 1945 BGB. nicht zuständig und fähig. Da aber das ersuchte Gericht keineswegs „wirklicher Vertreter" des ersuchenden Gerichts ist, sondern nur dessen Beistand, Vermittler ist und bleibt, so muß zur Wirksamkeit der vor dem ersuchten Gericht abgegebenen Erklärung gegenüber dem ersuchenden Gerichte noch die Übermittelung dieser Erklärung an das letztere erfordert werden. Die vor dem ersuchten Gericht abgegebene Erklärung gilt als gegenüber dem ersuchenden Gerichte nur unter der Voraussetzung abgegeben und ist in ihrer Wirksamkeit davon abhängig, daß sie dem ersuchenden Gericht übermittelt wird, zu seiner Kenntnis gelangt. Für die „Kenntnis" des ersuchenden Gerichts wird der Einlauf des Aktenstücks beim Gericht als genügend erachtet werden müssen, da er ohne weiteres die Möglichkeit der Kenntnisnahme seitens des Gerichts gewährt.

3. Zuständigkeit zur öffentlichen Beglaubigung. HessRspr. 7 151 (MinBeschl. v. 8. August 1906). In Hessen ist dem Erfordernisse der öffentlichen Beglaubigung genügt, wenn die Erklärung unterschrieben und vom Gerichtsschreiber in der vorgeschriebenen Form beglaubigt ist (§ 65 AGFGG.); dagegen genügt nicht eine Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers (§ 11 FGG.).

4. Eine Zusammenstellung der Fälle, in denen sonst noch Erklärungen gegenüber dem Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Form abzugeben sind, s. bei v. Hugo, Die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts 4 ff.

§ 1947. SächsOLG. 28 152, SeuffBl. 07 499, 500 (Dresden). Hat ein durch Testament berufener Erbe seiner Ausschlagserklärung die weitere Erklärung, daß er die Erbschaft als gesetzlicher Erbe annehme, hinzugefügt, so kann darin eine bedingte Ausschlagserklärung, nämlich abhängig gemacht von der Bedingung, daß ihm das gesetzliche Erbrecht auch wirklich zugebilligt werde, verstanden werden, so daß die Ausschlagungserklärung der Wirksamkeit entbehrt, wenn die Bedingung nicht eingetroffen ist, vielmehr infolge der Ausschlagungserklärung ein im Testamente berufener Ersatzerbe eintreten würde. Vgl. auch zu § 1948.

§ 1948. SächsOLG. **28** 152, SeuffBl. **07** 499 (Dresden). Die Bedeutung des § 1948 ist die, daß dem gesetzlichen Erben, der den ihm letztwillig hinterlassenen Erbteil ausschlägt, die zufolge der Ausschlagung *etwa* eintretende gesetzliche Erbfolge offen bleibt; dies ist nicht der Fall, wenn der Erblasser dem Ausschlagenden *Nacherben* eingesetzt hat, welche für den Fall seines Wegfalls als Ersatzerben anzusehen sind. Ein Wahlrecht zwischen dem hinterlassenen und dem gesetzlichen Erbteile hat dem als Erben eingesetzten gesetzlichen Erben durch § 1948 nicht eingeräumt werden sollen.

§ 1951. 1. *Riese*, ABürgR. **30** 197 ff. Bei der gesetzlichen Erbfolge auf Grund verschiedener Tatbestände, an welche das Gesetz die Berufung zur Erbfolge knüpft, so auf Grund mehrfacher Verwandschaft und Ehe, liegt nur ein Berufungsgrund vor.

2. *Hellwig, Hans*, ACivPr. **102** 416. Die gesetzliche Berufung *zu mehreren Erbteilen* (§§ 1927 Satz 2, 1934 Satz 2) beruht auf „*demselben Grunde*" im Sinne des § 1951 Abs. 2 Satz 1. Deshalb gilt die Annahme oder Ausschlagung eines solchen Erbteils auch für die anderen, selbst wenn sie erst später anfallen.

§ 1953. DJZ. **07** 973 (PrOVG.). Die Schlußworte im § 1953 Abs. 2 haben nur die Bedeutung, daß derjenige, der die Erbschaft infolge der Ausschlagung seitens eines vor ihm Berufenen erwirbt, mit dem Augenblicke der Ausschlagung seitens des letzteren die Stellung als Erbe mit Rückwirkung bis zum Erbfall erwirbt. Dagegen fällt ihm die Erbschaft mit dieser Rückwirkung erst im Augenblicke der Ausschlagung des vor ihm Berufenen an, während er bis zum Erbanfall an ihn nur eine Anwartschaft auf die Erbschaft hatte. Deshalb beginnt auch die Steuerpflicht des an zweiter Stelle Berufenen nach § 57PrEinkStG. u. § 38 ErgänzStG. erst von dem Beginne des auf den Anfall der Erbschaft an ihn folgenden Monats.

§ 1954. Über die Frage, wann die Anfechtbarkeit der Annahme und Ausschlagung gegeben ist, vgl. **Manigk*, Willenserklärung und Willensgeschäft 259 ff.

§ 1956. WürttJ. **18** 304, R. **07** 312 (Stuttgart). Auch nach der nach § 1956 erklärten Anfechtung genügt Irrtum im Beweggrunde nicht.

§ 1960. *Literatur:* v. *Hugo*, Die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts 18 ff.

1. *Voraussetzung der Nachlaßpflegschaft.* RJA. **8** 95, KGJ. **33** A 84 (KG.). Hat der im Testament eingesetzte Erbe die Erbschaft *angenommen* und macht ihm ein anderer das Erbrecht im Prozeßwege *streitig*, kommt aber eine dritte Person als etwaiger Erbe *nicht* in Betracht, so ist der Erbe *nicht* „*unbekannt*" im Sinne des § 1960, auch liegt dann kein Bedürfnis einer amtlichen Fürsorge vor, da die Erbprätendenten ihr Recht selbst wahrnehmen können, namentlich mit den in der ZPO. gegebenen Rechtsbehelfen. Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 1960 und die Analogie des § 1913 BGB.

2. *Amtsbefugnisse des Nachlaßgerichts.* SeuffBl. **07** 162 (BayObLG.). Zur *Verfügung* über die im Nachlasse befindlichen Sachen ist das Nachlaßgericht nicht befugt, die Befriedigung der gegen die Erben als solche gerichteten Ansprüche liegt außerhalb seiner Aufgabe.

3. *Rechtsstellung des Nachlaßpflegers.* a) *Kurlbaum*, LeipzZ. **07** 698 ff. Der Nachlaßpfleger ist ein Vertreter *des Erben*, nicht etwa *des Nachlasses*; aber es ist selbstverständlich, daß die Sicherung des Nachlasses um des Erben oder um der Gläubiger willen erfolgt. Mit der Vorschrift, daß das Nachlaßgericht für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen habe, ist dem Nachlaßrichter eine Amtspflicht gegenüber Dritten auferlegt; unterläßt er die Sicherung, so macht er sich gemäß § 839 BGB. verantwortlich. — Mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses ist der Nachlaßrichter der Pflicht, für Sicherung des Nachlasses Sorge

zu tragen, nicht enthoben; die Fürsorge für den Nachlaß geht mit der Konkurseröffnung nicht auf das Konkursgericht über. War vor der Konkurseröffnung ein Nachlaßpfleger bestellt, so wird er durch den Konkurs nicht entbehrlich. Auch während des Nachlaßkonkurses ist die Bestellung eines Nachlaßpflegers zulässig und für den Erben von Bedeutung, wenn auch andererseits diese Bestellung nicht Voraussetzung der Eröffnung des Nachlaßkonkurses ist. Dies folgt aus § 216 KO., dessen Bestimmung für den Fall des Konkurses die Vorschrift des § 1961 BGB. ersetzt. Sollte die Einleitung der Nachlaßpflegschaft nicht allen Interessen des Erben gerecht werden, so kann ihm gemäß § 1913 BGB. ein Pfleger bestellt werden. **b**) SchlHolstAnz. **07** 262 (Kiel). Der Aufgabe des Nachlaßpflegers, für die Erhaltung des Nachlasses zu sorgen, dient die Anfechtung von Schenkungen, welche entgegen dem Willen des Erblassers gemacht sind. Zur Anfechtung solcher Schenkungen ist daher der einem einzelnen Erben bestellte Nachlaßpfleger berechtigt, wenn die Schenkungen an andere von ihm nicht vertretene Erben gemacht sind.

4. Wirksamkeit der Rechtshandlungen des Nachlaßpflegers. SchlHolstAnz. **07** 345 (Kiel). Die Rechtswirksamkeit der vom Nachlaßpfleger getroffenen Verfügungen kann, selbst wenn die Anordnung der Pflegschaft ungerechtfertigt gewesen wäre, bis zur Aufhebung der Pflegschaft nicht in Frage gestellt werden (§ 32 FGG.). Der Nachlaßpfleger ist daher auch befugt, als gesetzlicher Vertreter der Erben einen zur Sicherung des Nachlasses erhobenen Prozeß bis zur Beendigung seines Amtes weiterzuführen.

5. Festsetzung der Vergütung des Nachlaßpflegers. **a**) OLG. **16** 28 (KG.). Die Festsetzung der Vergütung des Nachlaßpflegers erfolgt nach den §§ 1915, 1835 BGB. durch das Nachlaßgericht; erst durch diese Festsetzung entsteht der Anspruch des Nachlaßpflegers auf die Vergütung und kann ohne sie im Prozeßwege nicht geltend gemacht werden. Der Anspruch auf Erstattung seiner Auslagen, zu denen auch solche Dienste gehören, die zu seinem Gewerbe oder Beruf gehören, richtet sich gemäß §§ 1915, 1836 BGB. nach den für den Auftrag geltenden §§ 669, 670 BGB. und entsteht unabhängig von jeder Festsetzung des Nachlaßgerichts (KGJ. **27** A 180, OLG. **4** 415). Dieser verschiedene Charakter der beiden Ansprüche des Pflegers verbietet die Festsetzung beider in einer Pauschalsumme, bei der nicht zu unterscheiden ist, in welcher Höhe die Vergütung festgesetzt wird und zu welchem Betrage die Auslagen als richtig anerkannt werden sollen. Die Anerkennung der Richtigkeit der Auslagen wirkt nicht anspruchserzeugend, sondern ist lediglich ein Akt der Vermittelung der Rechnungsabnahme im Sinne des § 1892 Abs. 3 und im Falle eines Rechtsstreits über die Erstattungsfähigkeit oder die Höhe der Auslagen für die Entscheidung des Prozeßgerichts nicht bindend, hat vielmehr nur die Bedeutung einer gutachtlichen Äußerung. **b**) R. **07** 892 (BayObLG.). Dem Nachlaßpfleger kann die Gewährung einer Vergütung für die Führung der Pflegschaft nicht deshalb verweigert werden, weil die Pflegschaft ohne gesetzlichen Grund eingeleitet sei. **c**) Vgl. oben Ziff. 2 zu § 1892.

6. Beschwerde gegen die Festsetzung der Vergütung. **a**) KGJ. **33** A 312, ZBlFG. **7** 769, RJA. **8** 24 (Hamburg). Einem Nachlaßgläubiger steht gegen die Verfügung des Nachlaßgerichts, durch welche das Nachlaßgericht dem Nachlaßpfleger eine Vergütung bewilligt hat, das Beschwerderecht auch dann zu, wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet ist (§ 20 FGG.). **b**) Dagegen Josef, BayRpflZ. **07** 493. Das Beschwerderecht steht nur dem Konkursverwalter zu, auf den das Verwaltungsrecht des (vergütungspflichtigen und darum beschwerdeberechtigten) Erben übergegangen ist, nicht aber den Konkursgläubigern, die nur ein wirtschaftliches Interesse, aber kein Recht auf eine sachgemäße Entscheidung haben.

§ 1961. RJA. 8 24, KGJ. **33** A 90, ZBlFG. **7** 770, WürttZ. **07** 242, DNotV. **07** 341 (KG.). Die auf Grund des § 1961 einzuleitende Pflegschaft unterscheidet

sich ihrem Wesen nach in nichts von der des § 1960. Der § 1961 hat nur die Bedeutung, daß er dem Gläubiger ein Recht gibt, die Einleitung der Pflegschaft zu verlangen. Sein Antrag ist, wie in einem unabgedruckten Beschlusse des KG. v. 16. Dezember 1901 (1. Y. 979/01) ausgesprochen ist, nur eine Anregung zu einer vom Nachlaßgerichte von Amts wegen vorzunehmenden Tätigkeit, und es fallen deshalb dem Antragsteller nach § 1 PrGKG. weder bei Bestellung eines Nachlaßpflegers noch bei Ablehnung seines Antrags Kosten zur Last. In der Literatur wird überwiegend die Ansicht vertreten, daß der Antragsteller aus § 1961 die Richtigkeit seiner Angaben nachzuweisen (Josef, Anm. I zu § 12 FGG.) oder die Voraussetzungen der Anordnung glaubhaft zu machen (Planck Anm. 2 zu § 1961) oder wenigstens seinen Anspruch glaubhaft zu machen hat (Wellstein, Anm. 2a Abs. 4 zu § 12 FGG.). Diese Bemerkung in den Vorarbeiten (Mot. V 547) läßt sich dahin auslegen, daß die Bestellung des Pflegers ohne glaubhafte Feststellung des Anspruchs nicht zulässig und diese Feststellung regelmäßig nicht möglich ist, wenn der Antragsteller Angaben über die Entstehung des Anspruchs unterläßt. Aber auch dann wird gemäß § 12 FGG. durch Vernehmung des Antragstellers auf die Beschaffung der Angaben hinzuwirken sein.

§ 1962. OLG. **14** 268 (KG.). Sind die unmittelbaren Erben des Erblassers ermittelt und haben sie die Erbschaft angenommen, so hört damit die Sorge des Nachlaßgerichts für die Sicherung des Nachlasses grundsätzlich auf und die hierfür eingeleitete Nachlaßpflegschaft ist aufzuheben (RJA. 7 31). Dieser Fall kann auch mit der Erteilung eines Erbscheins eintreten (§ 2357). — Wegen des Rechtes und der Pflicht des Nachlaßgerichts, den Pfleger auch nach Beendigung der Pflegschaft zur Legung einer ordnungsmäßigen Schlußrechnung anzuhalten, s. oben Ziff. 2 zu § 1892.

Zweiter Titel. Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Vorbemerkung: In allen fünf Untertiteln des vorliegenden zweiten Titels haben Rechtslehre und Rechtsprechung an der Erörterung wichtiger Fragen teilgenommen. Bei dem Untertitel Nachlaßverbindlichkeiten bekämpft Eccius die vom RG. ausgesprochene Ansicht, daß auch ein „in Betätigung“ der Verwaltung des Nachlasses vorgenommenes Rechtsgeschäft des Erben eine Nachlaßverbindlichkeit begründen könne; dagegen vertritt eine Entsch. des OLG. Dresden den Standpunkt des RG. Über die Wirkung des nach dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger ergehenden Ausschlußurteils hat Schenk eine beachtenswerte Doktordissertation veröffentlicht. Zu dem Unterabschnitte: Beschränkung der Haftung der Erben sind hervorzuheben die Erörterungen über die Einwirkung der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses auf die Rechtswirksamkeit der vor ihrer Anordnung (Eröffnung) vorgenommenen Verfügungen des Erben, über die Voraussetzungen der Anordnung der Nachlaßverwaltung und über die Rechtsstellung des Nachlaßverwalters, die vom RG. als der des Konkursverwalters entsprechend angesehen wird; sowie ferner die an die §§ 1990—1992 sich knüpfenden interessanten Erörterungen, insbesondere über die prozessuale Behandlung der hiernach gegebenen Einrede und über die Frage ihrer materiell-rechtlichen Bedeutung (Abweisung der Klage im Falle des Fehlens jeglichen Nachlasses). Zur Frage der Inventarerrichtung (Unterabschn. IV) sind zahlreiche Entscheidungen über einzelne Punkte ergangen, während Niese bei Erörterung der Bedeutung und Tragweite des § 2007 das gesamte Inventarrecht in den Kreis seiner Betrachtung gezogen hat. Im Rahmen des letzten Abschnitts endlich wird im Schrifttum die Frage weiter verfolgt, ob trotz Geltendmachung der aufschiebenden Einreden aus §§ 2014 ff. ein Schuldnerverzug des Erben gegeben sein kann; hier bekämpft insbes. v. Winterfeld die diese Frage bejahende, neuerdings noch von Strohal und Eccius verteidigte Ansicht.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1967. 1. Eccius, GruchotsBeitr. **51** 564, bekämpft die Entsch. des **RG.** **62** 38 — JDR. **5** Ziff. 2 zu § 1967 —, wonach ein verpflichtendes Rechtsgeschäft, das der Erbe „in Betätigung" der Verwaltung des Nachlasses vornehme, als im Namen und für Rechnung des Nachlasses kontrahiert zu gelten habe und eine Nachlaßverbindlichkeit begründe. Demgegenüber führt er aus: Die Verwaltungshandlung des Erben bleibe Handeln in eigener Sache, auch wenn sie darauf abziele, die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit zu ermöglichen. Der Erbe könne, soweit er seine Vertragsschlüsse verantworten könne, nur einen Verwendungsanspruch oder einen Anspruch auf Befreiung von den Erben geltend machen, wobei er auch dem Nachlaßkonkurse gegenüber Befriedigung als Massegläubiger verlangen könne. Zur Begründung eines auf § 225 Abs. 2 KO. gestützten Anspruchs müsse er darlegen, daß das Bezahlte eine Nachlaßverbindlichkeit gewesen sei. Auch durch die Eingehung der Verpflichtung zur Verfügung über eine Nachlaßsache oder ein Nachlaßrecht oder durch Vermietung oder Verpachtung einer Nachlaßsache werde niemals eine Nachlaßverbindlichkeit begründet. Dasselbe gelte, wenn der Erbe von einem vom Erblasser geschlossenen Vertrag in vertragsmäßig zulässiger Weise zurücktrete oder Wandelung verlange, oder wenn Rücktritt oder Wandelungsverlangen ihm gegenüber auf Grund des mit dem Erblasser geschlossenen Vertrags mit Recht erklärt werde, oder wenn der Erbe über eine angebliche Nachlaßverbindlichkeit einen Vergleich geschlossen habe, der zu einer Verfügung über Nachlaßbestandteile geführt habe. Anzuerkennen sei nur, daß das gegen den Erben rechtskräftig oder vollstreckbar ergangene Urteil, durch welches ein auf der Grundlage einer Schuld des Erblassers erhobener Anspruch festgestellt werde, in den Nachlaß vollstreckbar sei, und daß ebenso im Falle des Nachlaßkonkurses eine gegen den Erben rechtskräftig festgestellte Forderung gerade so zu behandeln sei, wie eine gegen den Erblasser festgestellte Forderung. Dies sei nur eine Folge der zivilprozessualen Vorschriften (vgl. ZPO. §§ 241, 784) und beruhe auf Zweckmäßigkeitserwägungen oder nicht ausreichender Beachtung der Konsequenzen der materiellen Rechtsregelung.

2. SächsOLG. **28** 402. Als „Nachlaßverbindlichkeiten" können auch Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des Erben angesehen werden, die in unmittelbarem Zusammenhange mit der Verwaltung des Nachlasses stehen, sofern kein Grund zu der Annahme vorliegt, daß der Erbe von vornherein das Risiko, sich persönlich zu verpflichten, habe eingehen wollen. So kann, wenn der Erbe zunächst den Betrieb eines vom Erblasser geführten Handelsgeschäfts fortsetzt, ein in diesem Betriebe geschlossener Vertrag die Erbschaftssondermasse allein belasten, wenn erkennbar der Vertrag für das Handelsgeschäft, insbes. ohne jede Bezugnahme auf die Person des Erben, etwa nur unter der Firma des Erblassers geschlossen ist. Hierfür spricht auch die Regelung, die für ähnliche Fälle im § 27 u. § 139 Abs. 4 HGB. getroffen ist.

§ 1968. 1. OLG. **14** 247, SeuffA. **62** 151, FrankfRundsch. **40** 150 (Frankfurt) (bereits JDR. **5** Ziff. 1 zu § 1968 kurz mitgeteilt). Nach § 1968 mit §§ 1615 Abs. 2, 1608 hat der Erbe die Kosten der standesgemäßen Beerdigung zu tragen. Hieraus folgt nicht ohne weiteres sein Bestimmungsrecht über den Ort und die Art der Beerdigung und über die zu wählende Grabinschrift. Hierüber hat vielmehr in erster Linie der Ehemann einer verstorbenen Ehefrau zu bestimmen (OLG. **2** 426). Zulässig ist ein (formloser) Vertrag, wonach die Eltern der Verstorbenen übernehmen, die Tochter im Erbbegräbnisse der Familie, aus der sie herstammt, zu beerdigen. Ein solcher Vertrag ist selbst dann nicht als Schenkung anzusehen, wenn die Eltern die Beerdigungskosten übernommen haben; denn die Gegenleistung des Ehemanns besteht in der Gestattung jener Beisetzung, also in dem Verzicht auf sein Bestimmungsrecht über den Ort und die Art der Bestattung.

2. OLG. **14** 290 (KG.). Ob die Kosten der Trauerkleidung zu den Kosten der standesgemäßen Beerdigung gehören, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden. Die Lebensstellung des Erblassers, Sitte und festes Herkommen am Beerdigungsorte sind dabei zu berücksichtigen. Dies ist unbedenklich von den Kosten der Trauerkleidung der Witwe anzunehmen (Frommhold, Anm. 3 zu § 1968), unter Umständen auch von den Kosten für die Trauerkleidung der Dienstboten (Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs 77) und der Stieftochter des Erblassers, wenn sie jahrelang in dem Haushalte des Erblassers gelebt hat.

3. RheinARV. **25** 159 (Cöln). Zu den Beerdigungskosten gehören auch die Kosten solcher Handlungen, die nach herrschenden Gebräuchen die Beisetzung würdig und feierlich gestalten sollen, z. B. Neuinstandsetzung eines schon vorhandenen Grabdenkmals aus Anlaß der Bestattung, Traueranzeigen, nicht aber Trauerkleidung und Nachlaßverzeichnis.

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

Literatur: Schenk, Die Wirkung des nach Aufgebot der Nachlaßgläubiger ergangenen Ausschlußurteils. Berlin 1907.

§ 1970. BadNotZ. **07** 33. (Aufsatz). Forderungen gegen einen Nachlaß sind nicht beim Nachlaßgericht einzureichen, sondern beim Erben. Die Anmeldung beim Nachlaßgerichte hat nur die Bedeutung, daß durch die Benachrichtigung des Nachlaßgerichts der Erbe von dem möglichen Bestehen der Forderung Kenntnis erhält und gegenüber dem Gläubiger sich nicht mehr auf seine Unkenntnis der Forderung berufen kann.

§ 1973. *Schenk aaO. Das Ausschlußurteil gibt dem Erben das Recht und dient damit als Bedingung für die Ausübung dieses Rechtes, die beschränkbare Erbenhaftung in eine beschränkte zu verwandeln. Der Erbe hat unmittelbar mit dem Erlasse des Ausschlußurteils das Recht zur Haftungsbeschränkung erhalten (Recht zur Rechtsänderung); dieses Recht ist in Form einer Einrede gegeben. Befriedigung im technischen Sinne kann der Gläubiger nur auf gerichtlichem Wege erhalten: durch Zwangsvollstreckung. Zwischen der Verurteilung und der Zwangsvollstreckung besteht sachliche Verschiedenheit. Die Verurteilung geht auf die ursprüngliche Forderung vorbehaltlich der Beschränkung auf den Nachlaß. Der Vorbehalt im Urteile hat die Bedeutung der Wahrung des Beschränkungsrechts. Herausgabe im Wege der Zwangsvollstreckung ist gleichbedeutend mit Duldung der Zwangsvollstreckung. Die Zwangsvollstreckung bezieht sich auf einen beschränkten Vermögenskomplex, der Erbe braucht die Zwangsvollstreckung nur in den Nachlaß zu dulden. Das Auslösungsrecht des Erben ist entsprechend seiner Wirkung als Liberations-Gestaltungsrecht zu bezeichnen.

§ 1974. Riese, ABürgR. **30** 197 ff. (214). Ohne Rücksicht darauf, ob die Nachlaßgläubiger sich in Ansehung eines Erbteils bereits an sein eigenes Vermögen halten können, kann der Erbe sich bezüglich einer ihm neu anfallenden Erbquote auf das gerichtliche Aufgebot der Nachlaßgläubiger und die Versäumung der fünfjährigen Frist berufen.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

Literatur: Frantz, Zur Auslegung des § 1990 BGB., BadRpr. **07** 160. — Rudorff, Beschränkte Haftung von Erben, Abkömmlingen, Vermächtnisnehmern und Ehegatten, GruchotsBeitr. **51** 574. — v. Seuffert, Wiederkaufsrecht und Wiederverkaufsrecht während des Konkurses, LeipzZ. **07** 20.

§§ 1975 ff. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Bei Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung hat der Erbe nur den Erfolg herzustellen, der bei

einer Verbindlichkeit zwischen dem Erblasser und einem Dritten eingetreten wäre; eine Leistung des Erben an sich selbst, wie sie nach der Theorie der juristischen Wahrheit anzunehmen wäre, ist eine juristische Unmöglichkeit (vgl. hierzu § 1991 Abs. 2).

§ 1978. 1. Wirksamkeit von Verfügungen des Erben. a) Nach Anordnung der Nachlaßverwaltung. SächsOLG. **28** 229. Der Nachlaß, d. i. das vom Erblasser hinterlassene Vermögen, wird von der Nachlaßverwaltung nicht in dem Zustand ergriffen, in dem dieses sich zur Zeit des Erbanfalls befand, sondern in der Gestalt, die es in der Hand des Erben vom Erbanfall an bis zur Anordnung der Nachlaßverwaltung erhalten hat. Hieraus ergibt sich, daß Verfügungen des Erben über einzelne zum Nachlasse gehörige Rechte (BGB. § 1978) der Anordnung einer Nachlaßverwaltung nicht hinderlich sind, solange wenigstens eine Scheidung des Nachlasses von dem sonstigen Vermögen des Erben möglich ist. Zum Nachlasse gehören ferner auch die Nutzungen, die der Erbe aus dem Nachlasse gezogen hat, und die Erwerbungen des Erben aus den Mitteln des Nachlasses, z. B. die Mietzinsen aus den von dem Erben über Nachlaßgegenstände abgeschlossenen Mietverträgen. Deshalb kann auch nach § 784 Abs. 2 ZPO. der Nachlaßverwalter die Aufhebung der durch Pfändung der Mietzinsen getroffenen Vollstreckungsmaßregeln von dem persönlichen Gläubiger des Erben verlangen. Zu einer Anfechtung der Anordnung der Nachlaßverwaltung ist ein solcher Gläubiger nicht befugt, weder gegenüber dem Nachlaßgerichte, noch außerhalb des Verfahrens vor dem Nachlaßgerichte. Die Anordnung der Zwangsverwaltung über das Nachlaßgrundstück entzieht dem Nachlaßverwalter nicht das Recht, Aufhebung der Pfändung der Mietzinsen zu verlangen, vielmehr ist er nur verpflichtet, die Mietzinsen dem Gläubiger zu überlassen, für den die Zwangsverwaltung eingeleitet ist. Erst wenn nach der zwangsweisen Versteigerung des Grundstücks die Mietzinsen dem Ersteher gebühren (ZVG. § 56, BGB. § 573), entfällt die Klageberechtigung des Nachlaßverwalters. Ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB. steht dem Gläubiger dem Nachlaßverwalter gegenüber nicht zu, da die Aufhebung der Pfändung keine dem Gläubiger angesonnene Leistung bildet. — Vgl. auch zu § 2032 Abs. 2. b) Nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses. v. Seuffert, LeipzZ. **07** 20 ff. Die durch Verkauf eines Nachlaßgegenstandes von dem Erben erworbene Forderung geht erst durch Abtretung auf den Konkursverwalter über. Der Erbe ist auch Subjekt der Verbindlichkeiten, die sich aus dem von ihm abgeschlossenen Verkauf eines Nachlaßgegenstandes ergeben; daran wird durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nichts geändert. Selbst wenn der Erbe seine Ansprüche aus dem Verkaufe dem Konkursverwalter abgetreten hat, bleibt er dem Käufer gegenüber zur Erfüllung der Verbindlichkeiten verpflichtet, die sich aus dem Verkaufe ergeben.

2. Abs. 3. Ersatz von Aufwendungen. v. Seuffert aaO. Die Verbindlichkeit zum Ersatz ist eine Masseschuld (KO. § 224 Ziff. 1). — Als Aufwendung, deren Ersatz verlangt werden kann, erscheint auch die Eingehung der Verbindlichkeiten, die für den Verkäufer-Erben aus dem Verkauf eines Nachlaßgegenstandes entstanden sind.

§ 1981. 1. Voraussetzungen der Anordnung der Nachlaßverwaltung. a) Im allgemeinen. **RG.** R. **07** 1324, LeipzZ. **07** 839. Die Anordnung einer Nachlaßverwaltung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Erbe die Bestandteile des Nachlasses mit seinem eigenen Vermögen vermischt hat und daß er weder ein Aufgebotsverfahren beantragt noch ein Inventar — sofern ihm nicht hierzu eine Frist gestellt war — eingereicht hat. Denn durch diese Umstände wird eine unbeschränkte Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht begründet. Dahingestellt wird gelassen, ob ein Nachlaßgläubiger

im Prozesse die Ungültigkeit einer vom Nachlaßgericht angeordneten Nachlaßverwaltung geltend machen kann. **b)** Auf Antrag eines Nachlaßgläubigers. RJA. 8 179, OLG. **14** 290, KGJ. **34** A 87 (KG.). Die Nachlaßverwaltung und das Recht der Gläubiger, sie zu beantragen, haben nicht den Zweck, die Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu beschleunigen, sondern sie zu sichern. Eine Gefährdung der Befriedigung aus dem Nachlasse liegt nur dann vor, wenn es im Interesse der Gläubiger an sicherer Befriedigung liegt, daß der Nachlaß von dem sonstigen Vermögen des Erben abgesondert und der Verwaltung des Erben entzogen wird. Einer selbst vorsätzlichen Säumigkeit des Erben in der Befriedigung der Nachlaßgläubiger ist mit den Mitteln des Zivilprozesses entgegenzutreten. Nur in Verbindung mit anderen Umständen, z. B. bedrängter Vermögenslage des Erben oder unwirtschaftlichem Verhalten desselben, kann die Verzögerung der Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten das Recht der Nachlaßgläubiger, die Nachlaßverwaltung zu beantragen, begründen.

2. Förmlichkeiten der Anordnung. RJA. 8 29 (KG.). Die Anordnung der Nachlaßverwaltung kann auch dadurch getroffen werden, daß ein Nachlaßverwalter ernannt wird, da eine Bestimmung, daß der Verwalter erst nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung und ihrer Zustellung ernannt werden dürfe, im Gesetze nicht enthalten ist. Eine Unterlassung der Veröffentlichung gemäß § 1983 kann zur Aufhebung der Anordnung selbst nicht führen; das gleiche gilt von der Unterlassung der Zustellung der Anordnung an den Erben. Dieser Umstand hat nur insofern Bedeutung, als damit die der Anordnung nach § 1984 zukommende Wirkung gemäß § 16 FGG. zunächst nicht eingetreten und die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde nach § 22 FGG. vorläufig nicht in Lauf gesetzt worden ist. Zulässig ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung auch bei Überschuldung des Nachlasses, nur hat dann der Nachlaßverwalter die Pflicht, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen (§ 1985 Abs. 2 u. § 1980); nach § 1988 endigt dann die Nachlaßverwaltung mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses.

3. Beschwerde gegen die Anordnung. **a)** RJA. **9** 9 (KG.). Die Beschwerde gegen die Anordnung der Nachlaßverwaltung kann nur darauf gestützt werden, daß zur Zeit der Anordnung die Voraussetzungen des § 1981 Abs. 2 BGB. nicht gegeben waren, während, wenn später Umstände eingetreten sind, welche die Beendigung der an sich gerechtfertigt gewesenen Verwaltung erheischen, nur die Aufhebung der Nachlaßverwaltung in Frage kommen kann. **b)** SeuffBl. **07** 1060 (Dresden). Der Testamentsvollstrecker hat kein Recht zur Beschwerde gegen die auf Antrag des Erben erfolgende Anordnung der Nachlaßverwaltung, ebensowenig einen Anspruch darauf, selbst zum Verwalter bestellt zu werden.

§ 1984. Abs. 2. **RG.** R. **07** 1412. Der Nachlaßverwalter kann die Aufhebung auch derjenigen Zwangsvollstreckungsmaßregeln verlangen, die zugunsten eines Nichtnachlaßgläubigers vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung erfolgt sind (§ 784 Abs. 2 ZPO.).

§ 1985. Rechtsstellung des Nachlaßverwalters. **RG. 65** 287, JW. **07** 262, R. **07** 1261. Die Nachlaßverwaltung ist analog der Konkursverwaltung gestaltet und die Stellung des Nachlaßverwalters deshalb auch eine der des Konkursverwalters entsprechende. Der Konkursverwalter aber ist nach ständiger Rechtsprechung des **RG.** (**29** 29, **35** 31, **47** 373) weder als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners noch der Gläubiger oder der Konkursmasse anzusehen, sondern es ist ihm als Organ für die Durchführung der Zwecke des Konkursverfahrens eigene Parteistellung zugesprochen. Diese nimmt auch der Nachlaßverwalter ein und in dieser Parteistellung hat er, wie bereits JW. **01** 248 Ziff. 1 ausgesprochen, keinen Anspruch auf das Armenrecht als Vertreter armer

physischer Personen. Es liegt auch das für den gemäß § 1960 BGB. bestellten Nachlaßpfleger in **RG. 50** 394 anerkannte Bedürfnis der Armenrechtsbewilligung nicht vor. Denn nach § 1988 Abs. 2 kann die Nachlaßverwaltung aufgehoben werden, wenn eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden ist. Geschieht dies, so können die Erben selbst als Partei auftreten, und für die Bewilligung des Armenrechts sind ihre Vermögensverhältnisse dann entscheidend.

§§ 1990—1992. 1. Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 1990. **a)** R. **07** 832, KGBl. **07** 70 (KG.). Zur Anwendung des § 1990 ist nicht erforderlich, daß ein Antrag auf Konkurseröffnung gestellt und wegen Unzulänglichkeit der Masse abgelehnt sei; es genügt, wenn der Eröffnungsantrag mangels einer den Kosten entsprechenden Masse gemäß § 107 Abs. 1 KO. abzuweisen gewesen wäre. Bei der Befriedigung der Gläubiger ist der Erbe zur Beobachtung irgendeiner Reihenfolge nicht verpflichtet. Der Erbe, der sich auf § 1990 stützen kann, braucht diese Beschränkung seiner Haftung noch nicht im Prozeß über die Nachlaßforderung durchzuführen, sondern sichert sich diese Beschränkung für die Zwangsvollstreckung bereits dadurch, daß er die Aufnahme eines solchen oder ähnlichen Vorbehalts, wie ihn § 780 ZPO. vorschreibt, in die Urteilsformel erwirkt. Andererseits braucht er aber sich mit der Geltendmachung seiner Rechte aus § 1990 nicht auf die Zwangsvollstreckungsinstanz verweisen zu lassen. Durch Vorbringung seiner Rechte aus § 1990 nötigt er den Gläubiger, seine Klage statt schlechthin auf Zahlung nunmehr nur noch auf Befriedigung aus den vorhandenen Nachlaßstücken im Wege der Zwangsvollstreckung zu richten. **b)** OLG. **14** 282 (Hamburg). Der § 1990 ist mit Dernburg V § 170 dahin aufzufassen, daß der Nachlaßgläubiger die Vollstreckung in den in den Besitz des Erben übergegangenen Nachlaß betreiben darf. Er ist zwar von vornherein nach § 781 ZPO. an die Beschränkung auf den Nachlaß nicht gebunden, setzt sich aber, wenn er Gegenstände pfändet, die Eigentum des Erben sind, den von letzterem nach §§ 785, 767 ZPO. zu erhebenden Einwendungen aus. Zu diesen liegt aber kein Anlaß vor, solange der Gläubiger die Vollstreckung nicht über den Nachlaß hinaus ausdehnt. Die Vorlage eines Verzeichnisses des Nachlasses und die Beeidigung des Verzeichnisses kann der Nachlaßgläubiger nach § 807 ZPO. vom Erben beanspruchen. **c) RG.** R. **07** 701. Den Erben steht nach der Teilung der Rechtsbehelf des § 1990, wenn überhaupt, so jedenfalls nur dann zu, wenn schon bei der Teilung es sich um einen den Kosten des Konkursverfahrens nicht entsprechenden Nachlaß gehandelt hat, nicht aber auch dann, wenn der Nachlaß damals ein wertvoller gewesen ist und die Voraussetzungen des § 1990 damals nicht vorgelegen haben.

2. Prozessuale Behandlung der Einrede. Frantz, BadRpr. **07** 160 f. Macht der Erbe seine beschränkte Haftung geltend, so ist er kraft Gesetzes gezwungen, — als gesetzliche Bedingung der Geltendmachung dieser beschränkten Haftung — den Nachlaß herauszugeben. Dieses wesentliche Erfordernis hat der Richter von Amts wegen zu prüfen und nicht abzuwarten, ob der Gläubiger eine Widerklage auf diese Herausgabe erhebt. Der Erbe hat dem Richter, wenn er mit seinem Anspruch auf beschränkte Haftung (Haftung cum viribus heriditatis) durchdringen will, nachzuweisen, daß er dieser gesetzlichen Verpflichtung, den Nachlaß herauszugeben, nachgekommen ist. Das Verlangen der Erhebung einer Widerklage, um die Herausgabe des Nachlasses zu erwirken, ist unberechtigt.

3. Materiell-rechtliche Bedeutung der Einrede. **a)** Rudorff, GruchotsBeitr. **51** 574, billigt die Ausführungen von Eccius aaO. **43** 617 über den materiell-rechtlichen Charakter des auf die §§ 1990—1992 BGB. gestützten Einwandes. Eine Verurteilung mit Vorbehalt nach §§ 780—786

ZPO. setzt voraus, daß der Beklagte nicht jede Haftung bestreite, daß die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung in den Nachlaß gegeben sei. Diese Möglichkeit fällt aber weg, wenn Nachlaß entweder von vornherein nicht vorhanden war oder aber nicht übrig geblieben ist. Dann kann keine Verurteilung, weder mit noch ohne Vorbehalt erfolgen, sondern muß die Klage abgewiesen werden. Deshalb muß bei einer Behauptung des Beklagten in dem Verfahren bis zum Urteile, daß er aus dem Nachlaß als Erbe, als Vermächtnisnehmer überhaupt nichts habe oder erhalten habe, vor dem Urteile Beweis erhoben werden. Ebenso OLG. Hamburg v. 25. Oktober 1906 u. (für das frühere preußische Recht) **RG. 34** 277. Wird in einem solchen Falle die Klage abgewiesen, so trägt der abgewiesene Gläubiger die Kosten. Diese Grundsätze finden auf Gesamtgutsverbindlichkeiten (BGB. § 1480) entsprechende Anwendung. **b)** R. **07** 637, BayObLG. 8 122, SeuffBl. **07** 661, Bay. RpflZ. **07** 300, SeuffA. **62** 337. (BayObLG.) Mit der Einrede der Erschöpfung oder der Unzulänglichkeit des Nachlasses kann der Erbe je nach der Sachlage nicht nur die Verurteilung unter dem Vorbehalte der Beschränkung seiner Haftung, sondern auch die Abweisung der Klage erwirken; diese dann, wenn Nachlaßgegenstände überhaupt nicht vorhanden oder die vorhanden gewesenen zur Befriedigung von Nachlaßgläubigern verwendet sind oder wenn der Nachlaßgläubiger auf Befriedigung aus dem dürftigen Nachlasse verzichtet hat. In seiner Erklärung, daß ihm mit der Herausgabe geringwertiger Nachlaßgegenstände nicht gedient sei, liegt nicht notwendig ein solcher Verzicht. Auch im Falle des § 1990 geht der Anspruch des Nachlaßgläubigers nur auf Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten, nicht auf Herausgabe der Nachlaßgegenstände. **c)** SeuffBl. **07** 309 (Nürnberg). Bei gänzlichem Mangel eines Nachlasses zur Befriedigung eines Nachlaßgläubigers kann von einem Anspruche gegen die Erben auf Zahlung aus Mitteln des Nachlasses keine Rede sein und brauchen sich die Erben eine kostenpflichtige Verurteilung unter Beschränkung der Haftung nicht gefallen zu lassen.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

Literatur: v. Hugo, Die Obliegenheiten des Nachlaßgerichts S. 28 ff. — Riese, Bedeutung und Tragweite des § 2007 BGB., ABürgR. **30** 197—223.

§ 1994. 1. SeuffBl. **07** 948, R. **07** 892, BayObLG. 8 261. (BayObLG.) Auch derjenige, für welchen ein dem Werte des Pflichtteils gleichkommendes, vom Pflichtteilsberechtigten nicht ausgeschlagenes Vermächtnis (§§ 2307, 2317) gepfändet worden ist, ist zu dem Antrage berechtigt, dem Erben ein Inventar zu bestimmen.

2. R. **07** 513, RJA. 8 185, KGJ. **34** A 92, 95 (KG.). Hat ein Erbe in vorschriftsmäßiger Form (§§ 2002, 2003) ein Nachlaßinventar errichtet, so ist es unzulässig, ihm, seinen Miterben oder den Ehemännern der als Erben beteiligten Ehefrauen (vgl. § 2063) zur Errichtung eines solchen nochmals eine Frist zu bestimmen, es müßten denn die Voraussetzungen des § 2005 Abs. 2 vorliegen

3. Riese, ABürgR. **30** 197 ff. (206). Der Verlust der beschränkten Haftung tritt für alle Erbteile ein, die dem Erben zur Zeit der Fristsetzung angefallen und von ihm angenommen waren. War einer der Erbteile bei der Bestimmung der Frist dem Erben zwar angefallen, aber von ihm noch nicht angenommen, so läuft die Frist für diesen Erbteil erst von der Annahme ab; der Bestimmung einer neuen Inventarfrist für diesen Erbteil bedarf es nicht. — Dem Erben, welchem erst nach der Bestimmung der Inventarfrist ein weiterer Erbteil anfällt, muß wegen dieses Teiles eine neue Inventarfrist gesetzt werden. Hat der Erbe bezüglich des ihm zuerst angefallenen Erbteils bereits rechtzeitig ein Inventar errichtet, so haftet er mit einem ihm später angefallenen Erbteile stets beschränkt.

§ 2002. 1. R. **07** 513, RJA. 8 185, KGJ. **34** A 92, 94 (KG.). Für das gemäß § 2002 errichtete Inventar bestehen Vorschriften, wie sie § 2003 Abs. 3 für die dort

geregelte Inventaraufnahme gibt, nicht; es ist nicht erforderlich, daß die Einreichung von dem Erben selbst und unmittelbar an das Nachlaßgericht erfolgt.

2. KGJ. **34** A 92, RJA. **8** 185, R. **07** 513 (KG.). Der Erbe kann bei der Errichtung eines Nachlaßinventars gemäß § 2002 jedes Amtsgericht, nicht nur das Nachlaßgericht zuziehen. — Vgl. auch oben Ziff. 2 zu § 1994.

3. **RG.** R. **07** 833. In Preußen ist (nach § 74 Abs. 3 AGGVG., Art. 38 PrFGG., § 102 GeschAnwfdGvz.) nicht ein Gerichtsvollzieher schlechthin, sondern nur der vom Gerichte beauftragte Gerichtsvollzieher ein zuständiger Beamter im Sinne des § 2002, auch wenn der Gerichtsvollzieher im Auftrage des Gerichts hat handeln wollen. Ein deshalb unwirksames Inventar wird dadurch nicht wirksam, daß es das Nachlaßgericht als ein dem Gesetz entsprechendes ansieht oder die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers nachträglich genehmigt.

§ 2003. 1. PosMSchr. **07** 30, DNotV. **07** 345, OLG. **14** 293, RJA. **8** 100, KGJ. **33** A 92 (KG.). § 2003 steht in innerem Zusammenhange mit den §§ 1993, 1994 BGB. Wenn nach diesen Bestimmungen ein einzelner Miterbe zur Einreichung eines Inventars berechtigt ist oder einem einzelnen Miterben auf Antrag eines Gläubigers eine Frist zur Inventarerrichtung bestimmt werden kann, dann muß der einzelne Miterbe auch das Antragsrecht aus § 2003 haben, da es nur eine Ergänzung des Rechtes zur Inventarerrichtung ist. Die entgegengesetzte gelegentliche Bemerkung KGJ. **23** A 200 wird nicht aufrechterhalten und ist bereits in OLG. **5** 342 (KG.) u. **10** 296 (KG.) verlassen.

2. Abs. 2. RJA. **8** 100, 102, OLG. **14** 293, 295 (KG.). Die Errichtung und Einreichung des in den §§ 1993 ff. behandelten Nachlaßinventars ist nicht erzwingbar (Mot. V 616), die Rechtsfolgen des Unterlassens der Einreichung oder des Einreichens eines unvollständigen Inventars sind im Gegenteil im § 2005 erschöpfend geregelt.

§ 2004. KGJ. **34** A 91, 96, RJA. **8** 185 (KG.). Das Inventar, von dem § 2004 spricht, ist ein solches, das nicht von dem Erben, sondern von einem anderen errichtet war. Dies ergibt unzweideutig die dort dem Erben freigestellte Erklärung, daß das Inventar als von ihm eingereicht gelten solle. Eine solche Erklärung kann er nicht hinsichtlich eines Inventars abgeben, das er selbst errichtet hat.

§ 2005. Riese, ABürgR. **30** 197 ff. (208 f.). Für den Zeitpunkt des Eintritts der unbeschränkten Haftung ist die Herbeiführung der Unrichtigkeit des Inventars entscheidend. Hat der Erbe auf Grund des § 2005 die beschränkte Haftung verloren, so werden hiervon nur diejenigen Erbteile betroffen, die ihm zu der Zeit bereits angefallen und von ihm angenommen waren, als die den Verlust begründende Tatsache eintrat. Ob in der zu dieser Zeit erfolgten Inventarerrichtung zugleich eine stillschweigende Annahme sämtlicher dem Erben angefallenen Erbteile zu erblicken ist, ist Tatfrage; verneinen wird man dies jedenfalls dann müssen, wenn dem Erben zur Zeit der Einreichung des Inventars der Anfall eines weiteren Erbteils noch unbekannt war.

§ 2006. Riese, ABürgR. **30** 197 ff. (211). Der Verlust der beschränkten Haftung tritt, wenn der Erbe mehrere Erbteile in seiner Hand vereinigt, nur für diejenigen Erbteile ein, welche ihm zur Zeit der Verweigerung des Offenbarungseids bereits angefallen und von ihm angenommen waren. Verzichtet der Erbe gegenüber einem Nachlaßgläubiger auf die beschränkte Haftung, so erstreckt sich dieser Verzicht nur auf diejenigen Erbteile, deren Anfall ihm zu der Zeit bereits bekannt war. Hat der Erbe bezüglich des einen Erbteils den Offenbarungseid geleistet, so braucht er bezüglich des ihm später angefallenen Erbteils den Eid nicht noch einmal zu leisten.

§ 2007. 1. Riese, ABürgR. **30** 197, erörtert die Bedeutung einer Tragweite des § 2007. Der innere Grund für die Aufnahme des § 2007 ist der, den Erben,

dem nach dem Verluste der beschränkten Haftung bezüglich eines Erbteils ein weiterer Erbteil auf Grund desselben Berufungsgrundes zugefallen ist (§ 1951 Abs. 2), gegen die ihn aus der Erstreckung der Annahme möglicherweise treffenden Nachteile anderweitig zu schützen, wenngleich seinem Wortlaute nach der § 2007 auch Anwendung findet, wenn die Berufung des Erben auf verschiedenen Gründen (§ 1951 Abs. 1) beruht. Eine Berufung zu mehreren Erbteilen kann auch vorliegen, wenn nur ein Berufungsgrund vorliegt, sofern nur mehrere Berufungstatbestände, z. B. bei der gesetzlichen Erbfolge solche auf Grund der §§ 1927, 1934 nebeneinander wirksam werden. Im Sinne des § 2007 liegt aber auch im Falle der §§ 1935 und 2094 eine Vereinigung mehrerer besonderer Erbteile in einer Hand vor. Weiter wird (205) die Ansicht verworfen, daß § 2007 nur für die Wirkungen der Einhaltung oder Versäumung der Inventarfrist in Betracht komme, und im Anschlusse daran erörtert, welche Wirkungen im einzelnen der Verlust der beschränkten Haftung für einen erst nachträglich angefallenen Erbteil hat und durch welche Mittel die Beschränkung der Haftung durchzuführen ist. Endlich wird dargestellt, in welcher Weise die Haftung des mehrfach berufenen Erben sich gestaltet, je nachdem er Alleinerbe oder Mitglied einer Erbengemeinschaft ist. Der Alleinerbe haftet wie ein Miterbe vor der Nachlaßteilung.

2. Satz 2. Planck-Strohal (3) Anm. 3 zu § 2007 nimmt einen Redaktionsfehler an und will den Satz 2 des § 2007 dahin deuten: „In den Fällen der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils und der Anwachsung gilt dies nicht, sondern bewendet es bei den Vorschriften der §§ 1935, 2095“. Dagegen Riese, ABürgR. **30** 222, unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des § 2007, aber unter Anerkennung, daß ein innerer Grund für die unterschiedliche Behandlung, je nachdem die Erbteile verschieden oder gleichmäßig belastet sind, nicht vorhanden sei.

§ 2008. R. **07** 513, RJA. 8 185 (KG.). Die Frage, ob die einer Ehefrau als Erbin gestellte Inventarfrist versäumt ist oder ob die Fristbestimmung unwirksam war, weil sie nicht ihrem Ehemanne gegenüber erfolgte, unterliegt nicht der Prüfung des Nachlaßgerichts, sondern der des Prozeßgerichts. Der Ehemann einer Erbin hat kein selbständiges Inventarrecht; hat seine Ehefrau bereits ein formgerechtes Nachlaßinventar errichtet oder kommt ihr gemäß § 2063 die Errichtung eines solchen durch einen Miterben zustatten, so ist ein Antrag auf Fristsetzung gegen den Ehemann zwecklos, also unbegründet.

§ 2009. BayObLG. 8 122, R. **07** 637. (BayObLG.) Die Vorschrift des § 2009 hindert den Nachlaßgläubiger nicht, durch jedes gesetzlich zulässige Mittel die Vervollständigung des Nachlasses herbeizuführen [Endemann (7) III 447 § 101, Cosack (2) II 716 § 382 Ziff. IV 3].

§ 2013. Riese, ABürgR. **30** 197 ff. (212 ff.). Beantragt der Erbe, der nach dem Eintritte der relativ unbeschränkten Haftung noch einen weiteren Erbteil erworben hat, die Nachlaßverwaltung, so haftet er bezüglich des ersten Erbteils den Gläubigern gegenüber zum Teil beschränkt, zum Teil unbeschränkt, bezüglich des zweiten Erbteils tritt dagegen allen Gläubigern gegenüber die beschränkte Haftung ein. Die gleiche Wirkung hat die Eröffnung des Nachlaßkonkurses. Erwirbt der Erbe nach der Einleitung der Nachlaßverwaltung oder der Eröffnung des Nachlaßkonkurses noch einen weiteren Erbteil, so tritt bezüglich dieses die Wirkung des § 1975 ohne weiteres ein.

V. Aufschiebende Einreden.

Literatur: v. Winterfeld, Die aufschiebenden Einreden des Erben und der Leistungsverzug. Berlin 1907.

§§ 2014, 2015. 1. a) Strohal, in Plancks Kommentar (3), spricht sich im Gegensatze zu Planck (2) dahin aus, daß die hier geregelten unter der Über-

schrift „aufschiebende Einreden“ zusammengefaßten Weigerungsrechte des Erben die Annahme eintretender Fälligkeit der Nachlaßverbindlichkeiten und von Verzug des Erben mit allen Verzugsfolgen nicht ausschließen und gemäß § 782 ZPO. nur das Verlangen begründen, daß die Zwangsvollstreckung auf solche Maßregeln beschränkt werde, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind. Zustimmend Eccius, GruchotsBeitr. **51** 213: § 305 ZPO. nimmt den §§ 2014, 2015 ausdrücklich die Bedeutung, daß der Anspruch, weil ein zeitweiliges Weigerungsrecht bestehe, nicht schon jetzt eingefordert und durch Klage verfolgt werden könne. Und wenn danach der Klage im Prozeß eine wirksame Einrede nicht entgegensteht, so ist nach § 291 BGB. auch klar, daß der auf eine Geldschuld in Anspruch genommene Erbe auch in Prozeßzinsen seit der Rechtshängigkeit zu verurteilen ist. Die in der Zwangsvollstreckungsinstanz geltend zu machende Einrede schiebt nicht die Rechtsverfolgung, sondern nur das Recht auf Fortsetzung der Zwangsvollstreckung zum Zwecke der Schuldberichtigung hinaus. **b**) Dagegen *v. Winterfeld aaO. Die neuere Auffassung (Eccius, Herzfelder, Strohal), die aufschiebenden Einreden des Erben trügen mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 782 ZPO. lediglich prozessualen Charakter und könnten mithin den Leistungsverzug des Erben nicht hindern, kann nicht aufrechterhalten werden. Auch bei eingehendster Untersuchung der Materialien zum BGB. ergibt sich, daß die Absicht des Gesetzgebers dahin ging, den Einreden verzughemmende Wirkung beizulegen (3 ff.). Die Einreden tragen ausgesprochen materiell-rechtlichen Charakter (16 ff.), sie schieben die Fälligkeit der Forderung nicht hinaus, die hieraus gezogene Schlußfolgerung, sie könnten auch den Verzug nicht hemmen, ist unrichtig (40 ff.); auch die aufschiebenden Einreden des nicht erfüllten Vertrags, des Zurückbehaltungsrechts, der mangelnden Sicherheitsleistung schieben die Fälligkeit einer Forderung, der sie entgegenstehen, nicht hinaus und hemmen doch den Verzug. Der Ausschluß des Verzugs hat in der Praxis nicht die von Eccius befürchteten unhaltbaren Konsequenzen zur Folge; auch während der Dauer der Fristen laufen vertragsmäßige Zinsen weiter, die Verzinsung einer fälligen unverzinslichen Schuld kann durch Klagerhebung herbeigeführt werden; von einem Fixvertrage kann der Nachlaßgläubiger sofort, von einem gegenseitigen Vertrag unter Festsetzung einer Frist im Urteile zurücktreten (29 ff.). Die Einreden der §§ 2014/2015 sind die logisch notwendige Folge des vom Gesetzgeber im § 1978 eingenommenen Standpunkts; ohne ihre verzughemmende Wirkung wäre die Verantwortung des Erben den Nachlaßgläubigern gegenüber unerträglich (43 ff.). Die im BGB. in den §§ 2014/2015 getroffene Regelung erscheint praktischer als die Beantwortung der gleichen Frage im gemeinen Rechte, im bayerischen Landrecht, im preuß. ALR., im Code civil und im neuesten Teilentwurfe (1906) des Schweizer Zivilgesetzbuchs (79 ff.).

2. Riese, ABürgR. **30** 197 ff. (212). Erwirbt der Erbe erst nach dem Verluste der beschränkten Haftung in Ansehung eines Erbteils einen weiteren Erbteil, so kann er bezüglich dieses Teiles die Befriedigung der Nachlaßgläubiger innerhalb der Fristen der §§ 2014, 2015 verweigern.

§ 2014. Die Entsch. des OLG. Hamburg — JDR. **5** Ziff. 1 zu § 2014 — auch SeuffA. **62** 110.

§ 2016. OLG. **14** 284 (KG.). Zu den Gläubigern, welche nach § 1971 von dem Aufgebote der Nachlaßgläubiger nicht betroffen werden, gehören auch solche, die gemäß § 804 ZPO. durch Pfändung vor dem Eintritte des Erbfalls ein Pfandrecht erlangt haben. Staudinger, Anm. 4 Ziff. 1 zu § 1971, Anm. 2 b zu § 2016.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§ 2018. SeuffBl. **07** 599, BayObLG. **8** 226, BayRpflZ. **07** 299. (BayObLG.) Erbschaftsbesitzer sind auch Miterben, wenn sie sich unbefugt in den Besitz des ganzen Nachlasses gesetzt haben und sich weigern, die Anteile ihrer Miterben am Nachlasse diesen herauszugeben; denn sie besitzen in Ansehung der im Auseinandersetzungsverfahren erst zu ermittelnden Anteile ihrer Miterben etwas, das sie „auf Grund eines ihnen in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts aus der Erbschaft erlangt" haben. Daher ist auch § 27 Abs. 1 ZPO. anzuwenden.

§ 2019. *Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen. Die Fiktion des § 2019 Abs. 1 verweist lediglich auf den Inhalt des § 2018 BGB. und bildet insofern eine beschränkte, als sie nur in bezug auf den Erbschaftsanspruch in Frage kommt. Vgl. Planck zu § 2019 Abs. 2.

§ 2027. Abs. 2. 1. R. **07** 312, PosMSchr. **07** 32 (Marienwerder). Zur Auskunft über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände ist nur derjenige verpflichtet, welcher vor der tatsächlichen Besitzergreifung durch den Erben eine körperliche Sache in Besitz genommen hat, also z. B. nicht der, welcher eine zum Nachlasse gehörige Forderung eingezogen hat. Hat er aber auch nur einzelne Sachen an sich genommen, so muß er dem Erben Auskunft über den ganzen Nachlaß erteilen.

2. SchlHolstAnz. **07** 233, OLG. **16** 42 (Kiel). Ein Anspruch auf Ergänzung der erteilten Auskunft oder auf Erteilung einer neuen vollständigen Auskunft wird lediglich durch die Behauptung der Unvollständigkeit nicht begründet.

§ 2028. R. **07** 574 (Stuttgart). Wie im gemeinen Rechte (**RG. 8** 165) sind nach § 2028 unter „Hausgenossen" Personen zu verstehen, welche in einem solchen dauernden Verhältnisse zu dem Erblasser und seinem Vermögen gestanden haben (z. B. durch Wohnen in demselben Hause, wenn auch in einem anderen Stockwerke), daß ihnen leicht Gelegenheit gegeben war, Nachlaßgegenstände zu beseitigen.

§ 2029. *Siber, Passivlegitimation 227 f., vgl. 156. Da die Einzelansprüche nicht mehr, wie nach röm. Rechte, nur kraft Einrede, sondern ipso jure den Grundsätzen des Erbschaftsanspruchs unterliegen, besteht zwischen diesem und den Einzelansprüchen nicht mehr das Verhältnis der Konkurrenz, sondern nur noch das des Ganzen zu den Teilen.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel finden sich eingehende Erörterungen über das Wesen der Erbengemeinschaft, die Bedeutung der Verfügung des Miterben über seinen Anteil an dem Nachlaß und an einzelnen Nachlaßgegenständen (dingliche und obligatorische Verfügung) und über die Wirkung der dinglichen Verfügung, insbes. ob sie die Auflassung erübrigt. Viele Einzelfragen der Erbauseinandersetzung werden in gerichtlichen Entscheidungen behandelt; hervorzuheben ist zu § 2039 die Frage der Rechtsstellung eines Miterben, wenn er Schuldner des Nachlasses ist, und zu § 2044 die Beschränkung von Anordnungen des Erblassers über die Fortsetzung der Erbengemeinschaft unter Übertragung unbeschränkter Verwaltungs- und Veräußerungsbefugnis auf einen Miterben. Das Vorkaufsrecht der Miterben gemäß §§ 2034 ff. ist von Meyer, GruchotsBeitr. **51** 785, näher untersucht worden.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

§ 2032. 1. Wesen der Erbengemeinschaft. *Meyer, GruchotsBeitr. **51** 785, 788. Das Wesen der Rechtsgemeinschaft der gesamten Hand besteht darin, daß mehrere Personen ein einheitliches Recht an einem oder mehreren Rechtsobjekten haben, dergestalt, daß ihnen gemeinsam das Rechtsobjekt als Ganzes

zusteht, ohne daß in den Beziehungen zu dem Rechtsobjekte das Rechtsverhältnis der Personen zueinander zum Ausdrucke kommt.

2. Erbauseinandersetzung. a) SächsOLG. **28** 229, 234. Die im § 2033 BGB. behandelte Übertragung eines Anteils am Nachlasse liegt außerhalb der Auseinandersetzung der Erben. Obwohl Auseinandersetzung mit Teilung nicht gleichbedeutend ist, so gehört doch jedenfalls die Teilung mit zur Auseinandersetzung der Erben untereinander. Im Falle des § 2033 BGB. muß daher die Teilung mit dem Erwerber des Erbteils erfolgen, und sind nur zwei Erben vorhanden, von denen der eine den Erbteil des anderen erworben hat, so ist zu einer Auseinandersetzung oder Teilung überhaupt kein Raum. Jedenfalls steht der Erwerb eines solchen Erbteils der Einleitung der Nachlaßverwaltung nicht entgegen. Vgl. auch zu §§ 1975 ff. **b) RG.** R. **07** 1406. Sind nur zwei Erben vorhanden und verkauft der eine Miterbe seinen Erbteil an den anderen Miterben, so erlangt dieser dadurch die Stellung eines Alleinerben und es verbleibt für eine Nachlaßteilung kein Raum. **c)** DIZ. **07** 300 (KG.). Einer Zuziehung der Nacherben zur Erbauseinandersetzung bedarf es nicht, da die Teilung der Erbengemeinschaft unter den Miterben allein stattfindet und der Vorerbe bis zum Eintritte des Substitutionsfalls ausschließlicher Erbe ist. Nur soweit ein Recht an einem Grundstücke dem Vorerben bei der Erbteilung zugewiesen wird, ist gemäß § 52 GBO. zugleich auch das Recht der Nacherben im Grundbuche zu vermerken.

3. Teilweise Auseinandersetzung. a) *v. Amelunxen, ElsLothJZ. **32** 379 ff. Von der Teilung ausgeschlossene Gegenstände der Teilungsmasse bleiben in der Gesamthand verfangen. Der § 2032 hat also die dinglichrechtliche und materiell erschöpfende Auseinandersetzung im Auge (vgl. § 86 FGG.). Somit gehört die „Auflassung" begrifflich zur Auseinandersetzung. **b)** *v. Amelunxen, DNotV. **07** 15 f. Durch eine nicht vollständige Auseinandersetzung im gerichtlichen Verfahren (§§ 86 ff. FGG.) wird der Eröffnungsbeschluß des § 86 nicht erledigt. Im Falle von sachlichen Auslassungen ist also das Auseinandersetzungsverfahren fortzusetzen und bei Bestreitung gemäß § 93 FGG. zu verfahren. Vgl. zu § 749 BGB. u. § 93 FGG.

§ 2033. 1. Bedeutung der Verfügung des Miterben über seinen Anteil an dem Nachlasse. *Meyer, GruchotsBeitr. **51** 785, 788, 789. a) Das Verfügungsrecht des Miterben über seinen Anteil ist ein Sonderrecht in der Erbengemeinschaft und ihm gewährt als Entschädigung dafür, daß ihm ein Recht der Verfügung über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen nicht zusteht. b) Der Anteilserwerb ist eine Sondernachfolge, keine Universalsukzession. — Die Konsequenz der Auffassung des Erbanteils als eines besonderen Rechtsobjekts, das in sich die sämtlichen Beziehungen des ausscheidenden Miterben zu den einzelnen Nachlaßgegenständen einbegreift, ist die, daß mit der Übertragung des Anteils zugleich die Übertragung dieser Beziehungen vollzogen ist; der Anteilserwerber wird also Miteigentümer der Grundstücke ohne Auflassung und Eintragung.

2. Dingliche und obligatorische Verfügung. **RG.** R. **07** 1407. Das BGB. hat den Unterschied zwischen der dinglichen Verfügung und der bloß obligatorischen Bindung streng durchgeführt. Es ist begrifflich etwas anderes, wenn der gemäß § 2033 verfügende Miterbe durch einen Rechtsakt auf einen anderen die volle Erbenstellung überträgt, als wenn er die obligatorische Verpflichtung eingeht, die bei der Erbauseinandersetzung ihm zufallenden Erbschaftsgegenstände dem anderen zu übertragen. Es müssen deshalb besondere Willenserklärungen eben dieses obligatorischen Inhalts vorliegen, wenn der Miterbe bei Nichtigkeit des dinglichen Verfügungsakts obligatorisch gebunden sein soll.

3. Wirkung der dinglichen Verfügung. a) *Brinck, ZBlFG. **8** 231 ff. Sowohl nach PrALR. wie nach BGB. können Miterben ihre Erbanteile

mit dinglicher Wirkung auf Dritte (Miterben oder Fremde) übertragen, was zur Vermeidung von Weitläufigkeiten und Kosten zweckmäßig in einer Verhandlung geschehen kann. ➛ Nur soweit der Nachlaß in Forderungen und Schulden besteht, tritt jener Erfolg nicht ein: Der Umstand, daß der Erbanteil nun einmal durch die Hand des veräußernden Miterben ging, läßt sich insoweit nicht mehr ungeschehen machen. Der Miterbe bleibt — neben dem Übernehmer — Schuldner der Nachlaßgläubiger, bis diese ihn aus der Schuldverbindlichkeit entlassen. Die Einwendungen, welche den Nachlaßschuldnern bis zur Übertragung des Erbanteils gegen den veräußernden Miterben zustanden, können sie auch dem Erwerber des Erbanteils entgegensetzen (§ 308 I. 16 ALR., § 404 BGB.). Um den Eintritt dieser Rechtsfolgen zu verhüten, bedarf es allerdings besonderer vor der Teilung des Nachlasses zu treffender Maßnahmen. Im übrigen werden aber mit der dinglichen Übertragung des Erbanteils alle Beziehungen des Miterben zum Nachlasse gelöst. ⟵ Bekannt ist, daß eine ganze Erbschaft im Gegensatze zu einem Erbanteil nach BGB. nicht dinglich übertragbar ist. b) KGJ. **33** A 207, DJZ. **07** 300 (KG.) (vgl. auch DJZ. **07** 362). Sind mehrere Miterben in ungeteilter Erbengemeinschaft als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen und überträgt ein Miterbe an die anderen Miterben seinen Erbschaftsanteil durch notariellen Vertrag, so kann auf Grund dieses Vertrags ohne Auflassung die Eigentumseintragung in der Weise berichtigt werden, daß der Name des veräußernden Miterben gelöscht wird.

4. Verfügung des Nacherben. **RG.** PosMSchr. **07** 107, 108, Bay. RpflZ. **07** 388. Dem § 2033 Abs. 1 ist der Fall zu unterstellen, daß jemand über einen Erbanteil verfügt, der ihm erst anfällt, nachdem der zunächst eingesetzte Erbe denselben — ihm angefallenen — Erbanteil ausgeschlagen haben wird, denn die genannte Gesetzesstelle setzt nicht voraus, daß die Erbschaft dem Miterben, der über seinen Anteil verfügen will, bereits angefallen ist. Auch der Nacherbe kann schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge über seinen Anteil verfügen, wenn auch dieser und sein Umfang durch das Eintreffen künftiger Ereignisse bedingt ist. § 312 Abs. 1 BGB. setzt voraus, daß der Erbfall noch nicht eingetreten ist. — S. auch unten zu § 2139.

5. Verpfändung eines Erbschaftsanteils. KGJ. **33** A 226, RheinNotZ. **07** 57 (KG). Zur Verpfändung des Erbschaftsanteils eines Miterben bedarf es außer einem gerichtlich oder notariell beurkundeten Verpfändungsvertrage nicht noch der Anzeige der Verpfändung an die Miterben, da das Anteilsrecht ein ideeller Bruchteil des der Gesamtheit der Miterben zustehenden Eigentums an einem Inbegriffe von Rechten und Pflichten, nicht aber eine Forderung auf eine Leistung gegen die übrigen Miterben ist. Nach § 1274 BGB. genügt daher ein Verpfändungsvertrag in der Form des § 2033, vgl. Mothes, ZBlFG. **2** 866, Grohmann, das. **3** 822, Conrades, DJZ. **03** 311, Hamburger, GruchotsBeitr. **48** 58; aM. Scherer, ZBlFG. **3** 219. Der Miterbe wird durch Verpfändung seines Anteils an dem ungeteilten Nachlaß auch in der in Gemeinschaft mit den anderen Miterben vorzunehmenden Verfügung über die einzelnen Nachlaßbestandteile zugunsten des Pfandgläubigers beschränkt (BGB. § 1276).

6. Teilung von Geschäftsanteilen einer Gesellschaft mbH. Hachenburg, LeipzZ. **07** 705. Überträgt ein Miterbe seinem Miterben seinen Erbteil als Ganzes, so bedarf dies stets der Form des § 2033 Abs. 1; von der Anwendung der Form des § 15 Abs. 3 GmbHG. ist keine Rede, da es sich nicht um eine Veräußerung im Sinne der §§ 15, 16 GmbHG. handelt. Anders, wenn die Auseinandersetzung sich auf die einzelnen Stücke bezieht und eine regelrechte Erbteilung vor sich geht. In diesem Falle ist sowohl für das Übereinkommen, als auch für dessen Vollzug die Beobachtung des § 15 Abs. 3 u. 4 GmbHG. zu verlangen.

7. Anteil des Miterben an einzelnen Nachlaßgegenständen. a) *Meyer, GruchotsBeitr. **51** 785, 788. Der Anteil des Miterben erstreckt sich auch auf den einzelnen Gegenstand, kommt jedoch weder als Anteilsherrschaft über das einzelne Rechtsobjekt noch als ideelle Quote desselben zum Ausdruck; er ist vielmehr in bezug auf die einzelnen Gegenstände lediglich eine Qualität des an dem Gegenstande bestehenden Kollektivrechts. b) R. **07** 1538 (BayObLG.). Auch bei der Erbengemeinschaft haben die Beteiligten Anteile an den das gemeinschaftliche Vermögen bildenden einzelnen Gegenständen, nur ihre Verfügungsmacht ist während der Dauer der Gemeinschaft beschränkt. c) **RG.** R. **07** 513, SächsRpflA. **07** 340, SeuffA. **62** 286. Bei ungeteilter Erbengemeinschaft kann der einzelne Miterbe über einzelne Nachlaßgegenstände oder über seinen Anteil hieran obligatorisch verfügen; er ist dann im Falle der Veräußerung verpflichtet, dem Erwerber den verkauften Gegenstand oder Anteil zu verschaffen oder ihm das Interesse zu leisten.

§§ 2034 ff. 1. OLG. **14** 285, HansGZ. **07** Beibl. 58 (Hamburg). Ein Vorkaufsrecht der Miterben ist nur begründet, wenn ein gültiger Kaufvertrag vorliegt; dies ist nicht der Fall, wenn der Vertrag keine Angabe über den Kaufpreis, nämlich die Höhe der von dem Erwerber zu gewährenden Gegenleistung enthält. Daß ein Kaufvertrag außerhalb der notariellen Urkunde vereinbart wurde, kann nicht genügen, und es kann Strohal II § 64 (zwischen Note 16 u. 18) nicht zugestimmt werden, daß in analoger Anwendung des § 313 BGB. der ohne Beobachtung der Form des § 2371 geschlossene Kaufvertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig werde, wenn der Veräußerer über seinen Anteil am Nachlasse gemäß § 2033 verfügt hat (Planck, Anm. 2 zu § 2371, Binder II 97, Matthiaß II 589).

2. *Meyer (Landsberg a. W.), GruchotsBeitr. **51** 785, 791 ff. I. Wesen des Vorkaufsrechts. a) Das Vorkaufsrecht der Miterben ist ein dem Miterben gegenüber dem jeweiligen Inhaber des Erbschaftsanteils zustehendes Recht auf entgeltliche Übertragung des Anteils im Falle des Verkaufs durch einen Miterben. b) Es entspricht dem alten Retraktrechte: Die Miterben haben das Recht, im Falle des Anteilsverkaufs an einen Dritten dem Erwerbe des Käufers entgegenzutreten, den erworbenen Anteil ihm und seinen Rechtsnachfolgern (§ 2035) zu entreißen unter Übernahme der Verpflichtungen des Käufers. Es ist im Systeme des BGB. ein persönliches und kein dingliches Recht. II. Der Zweck des Vorkaufsrechts ist, Verfügungen der einzelnen Miterben vorzubeugen, die den übrigen schädlich oder unbequem sein können. III. Grenzen des Vorkaufsrechts. Das Vorkaufsrecht besteht nur: a) bei einer Veräußerung im Wege des Kaufes, nicht des Tausches oder der Schenkung, b) bei der Veräußerung an einen Dritten, nicht an einen anderen Miterben. — Vorkaufsberechtigt ist nur: a) wer als Miterbe berufen und b) noch im Besitze des Erbanteils ist, nicht vorkaufsberechtigt ist demnach der Dritte, der seinerseits vorher den Anteil eines anderen Miterben erworben hat, nicht vorkaufsberechtigt auch der Miterbe, der seinen Anteil schon früher veräußert hat. — Vorkaufsgegner ist a) der veräußernde Miterbe, b) nach der Übertragung des Anteils auf den Käufer dieser (§ 2035) und so fort jeder Nacherwerber (§ 2037). So ergibt sich die Person des Verpflichteten aus der jeweiligen Berechtigung am Erbschaftsanteile. Gleichgültig ist hierbei, ob der Anteil auf den späteren Erwerber auf Grund eines Kaufvertrags oder eines anderen Rechtsgeschäfts übertragen worden ist. IV. Ausübung des Vorkaufsrechts. 1. Neben den Vorschriften der §§ 2034—2037 finden die Bestimmungen über das obligatorische Vorkaufsrecht ergänzende Anwendung, soweit sich bei der Ausübung des Miterbenvorkaufsrechts die Tatbestände ergeben, die den Bestimmungen der §§ 504 ff. zugrunde liegen. 2. Die Ausübung

des Vorkaufsrechts erfolgt durch formlose Erklärung gegenüber dem Verpflichteten. Doch kommt ein Kaufvertrag im eigentlichen Sinne zwischen dem Ausübenden und dem Verpflichteten nicht zustande. Die Anwendung des § 505 Abs. 2 besagt nur, daß zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten durch die Ausübung ein Schuldverhältnis geschaffen wird, das den letzteren verpflichtet, den Anteil dem Miterben herauszugeben, während dieser die von dem Anteilskäufer übernommenen Verbindlichkeiten zu erfüllen hat. Die wechselseitigen Rechte und Pflichten regeln sich nach den Vorschriften des Kaufvertrags. 3. Mehrheit von vorkaufsberechtigten Miterben. a) Wenn von mehreren Miterben einer sein Vorkaufsrecht nicht ausüben will, so sind die anderen auch ohne ihn dazu berechtigt. Dies folgt zwar nicht ohne weiteres aus § 513 BGB. § 513 hat nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten zum Gegenstande, d. h. das Rechtsverhältnis einer Gläubigermehrheit zu ihrem Schuldner und nicht das Innenverhältnis der Gläubigerschaft. — Doch folgt die Zulässigkeit der Anwendung des § 513 aus der Art der Vorkaufsgemeinschaft als einer Sondergemeinschaft innerhalb der Erbengemeinschaft, die unter die Bestimmungen der §§ 741 ff. fällt. b) Die Teilhaber können das Vorkaufsrecht nur gemeinschaftlich ausüben. Gleichzeitigkeit ist hierzu nicht erforderlich, auch nicht vorherige Verständigung, es genügt, wenn aus der Erklärung des einzelnen der Wille hervorgeht, daß er das Vorkaufsrecht als ein Recht ausübt, das ihm als Mitglied der Gemeinschaft und nicht ausschließlich zusteht. Die Erklärung des einzelnen wird jedoch vollwirksam nur in Verbindung mit den Erklärungen der übrigen. — Die einmal abgegebene Erklärung bleibt wirksam, auch wenn sich die Zahl der Mitglieder der Vorkaufsgemeinschaft hinterher verringert; denn die Erklärung ist von vornherein auf den Erwerb des ganzen Anteils gerichtet. c) In welchem Verhältnisse steht mehreren vorkaufsberechtigten Miterben der Anteil zu, nachdem sie ihn erlangt haben? Entgegen der herrschenden Meinung ist anzunehmen, daß der erkaufte Anteil auf die einzelnen zu gleichen Teilen übergeht, unabhängig von der Größe der einzelnen Erbteile, und nicht im Verhältnis, in dem dieser Anteil den Miterben zuwächst. Die von Planck (Anm. 2 zu § 2034) herangezogene Analogie der §§ 1935, 2094 BGB. trifft nicht zu, denn die Anwendung des Anwachsungsprinzips auf die Tatbestände der §§ 2094 und 1935 führt zu ganz verschiedenen Ergebnissen. Dagegen folgt die Gleichstellung der einzelnen vorkaufsberechtigten Miterben in Ansehung des Vorkaufsrechts aus § 742 BGB. Auch spricht der Umstand dafür, daß sie für den Kaufpreis als Gesamtschuldner haften, und es ist billig, daß dem gleichen Maße der Pflichten auch das gleiche Maß der Rechte gewährt wird.

§ 2035. *Meyer, GruchotsBeitr. **51** 785, 797 ff. Die Wirkungen der Ausübung des Vorkaufsrechts. 1. Die Abgabe der Ausübungserklärung hat nicht schon den dinglichen Übergang des Anteils zur Folge, sie verpflichtet nur den Gegner, den Anteil in der vorgeschriebenen Form den Miterben zu übertragen. So auch Strohal 102, Wilke, BGB. 100, Neumann, BGB. (2, 3) 487 zu § 2035, u. a. m., OLG. **9** 387 (in GruchotsBeitr. als Vertreter des Gegenteils angeführt infolge Druckfehlers). AA. Planck V 185 zu § 2035, Staudinger V 280 Note 6, Dernburg V 497 u. a. 2. Der Verkaufsgegner ist nur verpflichtet, den Anteil Zug um Zug zu übertragen gegen Zahlung bzw. Erstattung des Kaufpreises und der sonstigen Leistungen, die der Verkäufer zu verlangen hat. 3. Die Klage des Miterben auf Übertragung des Anteils ist die Kaufklage (actio emti utilis). 4. Belastungen des Anteils durch den Inhaber zwischen der Ausübung des Vorkaufsrechts und der Übertragung sind wirksam. Der Miterbe hat nur die Gewährleistungsansprüche wegen Mängel im Rechte (§§ 440, 320—327 BGB.). Ebenso ist eine Weiterübertragung in der Zwischenzeit wirksam (aa. Stro-

hal 103 Anm. 26). Gegenüber dem Nacherben muß daher das Vorkaufsrecht von neuem ausgeübt werden. Doch ist die zweimonatige Ausschlußfrist, wenn die Ausübung einmal fristgerecht erfolgt ist, gewahrt. Auf die Veräußerung des Anteils während der Zwischenzeit findet aber § 2035 Abs. 1 Satz 2 keine Anwendung, der Vorkaufsgegner wird also von seiner Verpflichtung zur Übertragung des Anteils nach Empfang der Ausübungserklärung nicht durch nachträgliche Veräußerung befreit. Im Konkurse des Vorkaufsverpflichteten hat der Miterbe nur eine Konkursforderung auf Grund seiner Ausübungserklärung. 5. Mit der Übertragung des Anteils auf den vorkaufsberechtigten Miterben hört der Anteil als solcher auf, zu bestehen. Doch ist die Bestimmung des § 2007 in Ansehung der Erbenhaftung analog anzuwenden.

§ 2038. **RG. 65** 5, R. **07** 61. Die Kündigung einer Nachlaßforderung gehört nicht zu den notwendigen Maßregeln, die der § 2038 jedem Miterben gestattet, sie ist eine Verfügung im Sinne des § 2040 Abs. 1 und kann nach dem Grundsatze der gesamten Hand nur durch die Erben gemeinschaftlich erfolgen.

§ 2039. 1. Der Miterbe als Schuldner. a) SächsOLG. **28** 81, SächsRpflA. **07** 564 (Dresden). Die Vorschrift des § 2039 gilt auch dann, wenn der Schuldner des Anspruchs einer der Miterben ist (SächsOLG. **26** 519). b) OLG. **14** 286 (Braunschweig). Die Vorschrift des § 2039 ist nicht auf den Fall beschränkt, daß ein Dritter dem Nachlaß etwas schuldet, sondern findet auch Anwendung, wenn der Miterbe der Schuldner einer zum Nachlasse gehörigen Forderung ist. Hiernach ist ein Anspruch, daß der Beklagte die gegen ihn bestehende Nachlaßschuld an alle Erben leiste, an sich zulässig, und es wäre event. zu entscheiden, ob Umstände vorliegen, die einem Verlangen, gemäß Satz 2 des § 2039 zu verfahren, entgegenständen (Planck IV zu § 2039, Strohal II § 64 I 7, GruchotsBeitr. **49** 57—163, R. **07** 62). Unstatthaft ist aber das Verlangen der Klägerin nach Zahlung eines ihrem Erbanteil entsprechenden Betrags an sie. Wollte man selbst in Abweichung von OLG. **4** 432 Ziff. 102 e mit GruchotsBeitr. **49** 63—66 für zulässig erachten, daß jeder Miterbe den seinem Erbanteile gleichen Betrag der Forderungen vom Schuldnererben einzieht, so würde es doch vorliegend an der dort für nötig angesehenen Zustimmung des dritten Erben und an der Behauptung fehlen, daß weder Nachlaßschulden noch Ausgleichungspflichten beständen. c) **RG. 65** 5, DNotV. **07** 348, DJZ. **07** 297, JW. **07** 78, R. **07** 61. Der § 2039 ist auch anwendbar, wenn ein Miterbe der Verpflichtete ist. Das Recht, die Hinterlegung zu verlangen, steht jedem Miterben selbständig zu, mag es sich nun um einen in Natur teilbaren oder nicht teilbaren Anspruch handeln, und ohne daß es auf den Nachweis ankommt, daß das Hinterlegungsverlangen einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses entspricht. Ist daher ein Miterbe Darlehnsschuldner des Nachlasses, so kann an sich auf Grund des § 2039 Satz 2 die Hinterlegung des Darlehnsbetrags als Maßregel der Verwaltung gefordert werden; der Beklagte kann aber einwenden, daß er dadurch unbilligerweise beschwert werde. Die Erbengemeinschaft untersteht wie jedes andere Rechtsverhältnis den Grundsätzen von Treu und Glauben. Wenn daher auch für den Miterben eine genaue Berechnung seines Erbteils erst bei der Teilung selbst möglich ist, so darf ihm doch der Einwand nicht abgeschnitten werden, daß, soweit sein eigener Erbteil reiche, das Verlangen der Hinterlegung unbillig sei und gegen Treu und Glauben verstoße.

2. Satz 2. Rechtsstellung des Verwahrers. OLG. **14** 287 (KG.). Die Stellung des gemäß § 2039 Satz 2 gerichtlich bestellten Verwahrers ist nicht die eines Verwalters und hat daher mit dem Amte des Testamentsvollstreckers und Konkursverwalters keine Ähnlichkeit. Er hat den übereinstimmenden Weisungen der Miterben in bezug auf die verwahrten Gegenstände Folge zu leisten, da die Verwaltung des Nachlasses grundsätzlich bis zur Teilung allen Erben gemeinschaftlich zusteht (§ 2038), und ist daher weder berechtigt noch verpflichtet,

ohne Zustimmung der übrigen Miterben verwahrte Urkunden zur Einsicht vorzulegen.

§ 2040. 1. PosMSchr. **07** 94, R. **07** 1201 (Posen). Die Erbengemeinschaft kann nicht über den Nachlaß im ganzen, wohl aber über einzelne zum Vermögensinbegriffe gehörende Gegenstände dinglich verfügen.

2. **RG.** R. **07** 1468. Der von einem Teile der Erben einem Dritten erteilte Auftrag, die Erbschaft zu regulieren, stellt sich als eine Verfügung über die Nachlaßgegenstände dar, die mangels Beitritts der übrigen Erben rechtsungültig ist. Das ungültige Rechtsgeschäft verpflichtet auch nicht diejenigen Erben, die es abgeschlossen haben; auch handeln diese nicht arglistig, wenn sie das rechtsungültige Abkommen nicht gegen sich gelten lassen wollen.

3. KGJ. **34** A 248, SeuffBl. **07** 605, OLG. **14** 319 (KG.). Daß die gemeinschaftliche Verfügung auch einheitlich, in derselben Verhandlung getroffen werden müsse, ist weder im § 2040 Abs. 1 noch sonst im Gesetze bestimmt.

§ 2042. 1. **RG.** **65** 5, JW. **07** 78. Bei einer Nachlaßforderung der Miterben geht die Teilung in Natur der Einziehung und dem Verkaufe, die Einziehung dem Verkaufe vor (§§ 752—754 BGB.). Vgl. auch Ziff. 1 c zu § 2039 BGB.

2. ElsLothJZ. **07** 552 (Colmar). Eine Rechtsgemeinschaft besteht nicht zwischen Vor- und Nacherben, beiden stehen vielmehr nur getrennte und inhaltlich verschiedene, wenn auch denselben Gegenstand betreffende Rechte an dem Nachlasse zu.

3. Anfechtung einer Erbauseinandersetzung wegen Irrtums. **a)** DJZ. **07** 543 (Stuttgart). Sind bei einer Auseinandersetzung irrigerweise Forderungen, die in Wirklichkeit zum eingebrachten Gute des Erblassers gehört haben, als zum Gesamtgute gehörig behandelt worden und ist deshalb die Höhe des Nachlasses zu gering bemessen worden, so handelt es sich nicht um den Fall eines Irrtums im Sinne des § 119 BGB., sondern den geschädigten Erben steht ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zur Seite, ähnlich wie im Falle der Anerkennung eines Saldos, bei dessen Ziehung ohne Wissen der Parteien ein Posten vergessen worden ist. **b)** OLG. **16** 43 (KG.). Schließt ein Beteiligter einen Erbauseinandersetzungsvertrag in der Annahme ab, das ihm zugrunde liegende Testament sei unanfechtbar, so kann er, wenn die Annahme nicht zutrifft, seine Willenserklärung nicht wegen Irrtums anfechten, da der Irrtum sich nur auf einen Beweggrund gründet, der nach außen hin in keiner Weise zum Ausdrucke gekommen ist.

§ 2044. Anordnung der Fortsetzung der Erbengemeinschaft unter Übertragung der unbeschränkten Verwaltung und Veräußerungsbefugnis auf einen Miterben. ZBlFG. **7** 719, R. **07** 892 (Stuttgart). In einem gemeinschaftlichen Testamente hatten sich die Eheleute gegenseitig neben ihren Abkömmlingen zu Erben eingesetzt und bestimmt, daß die Erbengemeinschaft, abgesehen von dem Falle der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten, ungeteilt fortgesetzt werden und während des Teilungsaufschubs dem überlebenden Ehegatten die unbeschränkte Verwaltung und Veräußerung an dem ganzen Vermögen zustehen solle. Die überlebende Witwe hat darauf ein Nachlaßgrundstück veräußert, zur Umschreibung im Grundbuch ist die Zustimmung der Miterben und (hinsichtlich beteiligter Minderjähriger) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erfordert worden. Die Zulässigkeit einer Anordnung des Erblassers, wodurch die Befugnis des Erben, über ein ererbtes veräußerliches Recht zu verfügen, ausgeschlossen oder beschränkt wird, wird im Hinblick auf § 137 BGB. verneint, zum mindesten, soweit es sich um die Einräumung freier Veräußerungsbefugnis für unentgeltliche Geschäfte handelt oder soweit Minderjährige als Miterben beteiligt sind. — Ähnlich R. **07** 253 (Cassel).

§ 2050. *v. Amelunxen, ElsLothJZ. **07** 389. Ausgleichungspflicht und -anspruch bilden nicht Gegenstand (Aktivposten) der Teilungsmasse, sondern Eigenschaft (Wertminderung oder -erhöhung) des Erbteils. Ihre Nichtberücksichtigung begründet keine Auslassung in der Teilung, sondern deren Anfechtbarkeit. Vgl. zu §§ 86, 91 FGG.

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§ 2058. OLG. **16** 45 (KG.). § 2058 schreibt nur vor, daß die Erben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften; daraus (und aus § 2059) folgt aber nicht, daß sie wegen der Schuld nur in einem Prozesse zu verklagen seien. Ebenso Staudinger, Anm. 1 a zu § 2059 u. Strohal, Erbrecht § 88 Note 2.

Dritter Abschnitt. Testament.

Literatur: Lauck, Das Testament. Was jeder davon wissen soll. Ein juristischer Wegweiser. — Marcus, Das deutsche Testament, insbes. das Privat- und Nottestament (3). — Peiser, Handbuch des Testamentsrechts (2). — Werner, Wie mache ich mein Testament?

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel liegen zahlreiche oberstrichterliche Entscheidungen, namentlich auch des Reichsgerichts, vor. Hervorzuheben ist zu § 2065 die Entsch. des RG. über die Bedeutung der dem Testamentsvollstrecker vom Erblasser eingeräumten Ermächtigung, sein Testament authentisch zu interpretieren, und zu § 2079 über die Anfechtung eines Testaments, wenn der Erblasser nur von der Mutmaßung erfüllt gewesen ist, der Pflichtteilsberechtigte lebe noch.

§ 2064. 1. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 156 ff., 328 ff., 460 ff. Das Testament muß vom Erblasser den Beteiligten zugeführt werden (§ 130): zugängliche Lage genügt hier freilich. Die Auslegung eines Testaments richtet sich ebenfalls nach § 133 (vgl. oben Ziff. I 1 zu § 133). Es gilt hier nicht etwa die sog. Willenstheorie. Nicht der innere, latent gebliebene Wille, sondern der den Beteiligten mit Erklärungszweck zugänglich gemachte Erklärungsinhalt bestimmt den Sinn des Testaments.

2. BayRpflZ. **07** 473 (BayObLG.). Nach § 133 BGB. ist es die Aufgabe der Auslegung, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Hat der Erblasser auf eine bestimmte Vorschrift des früheren Rechtes Bezug genommen, so ist seine Verfügung in dem Sinne zu verstehen, der sich aus der Bezugnahme ergibt. Für den Inhalt der Verfügung ist es ohne Belang, welche Ausdrucksform der Erblasser gewählt hat, ob er dem, was er sagen wollte, unmittelbaren Ausdruck gegeben oder auf eine bestehende Vorschrift verwiesen hat. Aus dem Gebrauch einer solchen Verweisung kann nicht gefolgert werden, daß der Erblasser mit der Möglichkeit einer Änderung des Gesetzes gerechnet und für diesen Fall dasjenige gewollt habe, was das künftige Gesetz bestimmen werde; vgl. OLG. **3** 257 (KG.).

3. **RG.** R. **07** 1527. Ein Testament ist nicht schon dann nichtig, wenn im allgemeinen eine geistige Erkrankung des Erblassers nachgewiesen wird, es kommt vielmehr darauf an, ob durch krankhafte Störung der Geistestätigkeit die freie Willensbestimmung gerade im Zeitpunkte der Erklärung ausgeschlossen war (§§ 104 Ziff. 2, 105 Abs. 1 BGB.).

§ 2065. 1. **RG. 66** 103, JW. **07** 390, DJZ. **07** 826, HansGZ. **07** Beibl. 221, R. **07** 1407. Eine Vertretung des Erblassers im Willen ist rechtsgrundsätzlich ausgeschlossen. Um eine solche handelt es sich, wenn der Erblasser einen anderen ermäch-

tigt, sein Testament authentisch zu interpretieren, also an seiner Stelle und mit der Wirkung, wie wenn er hinterher in eigener Person deswegen verfügt hätte, Bestimmung darüber zu treffen, in welcher Bedeutung der erklärte Wille Geltung haben soll. Eine solche Ermächtigung entfernt sich, wenn man die Möglichkeit berücksichtigt, daß auf solche Weise an die Stelle des vom Erblasser wirklich Gewollten etwas anderes gesetzt werden könnte, nach der positiven Seite von dem Grundsatze der Selbständigkeit des letzten Willens noch weiter, als dies im § 2065 Abs. 1 zum Ausdrucke kommt. Der Richter ist jedoch bei der Auslegung des letzten Willens in keiner Weise behindert, der Meinung eines von dem Erblasser selbst für die Zwecke der Auslegung bezeichneten Vertrauensmanns, sofern er in dessen Vertrautheit mit den Absichten des Erblassers und in seine persönliche Zuverlässigkeit keinen Zweifel setzt, erheblichen Wert beizumessen, besonders, wenn es der ernannte Testamentsvollstrecker ist, auf den in dieser Weise hingewiesen ist. Dahingestellt gelassen wird die Frage, ob ein Testamentsvollstrecker zum Schiedsrichter letztwillig bestellt werden kann. Der Unterschied zwischen authentischer Interpretation und Schiedsspruch besteht darin, daß es sich bei jener um die Feststellung der Bedeutung einer vom Erblasser beabsichtigten, aber nicht mit voller Deutlichkeit erklärten letztwilligen Verordnung, bei diesem um eine Regelung offen gebliebener Fragen handelt, über die der Erblasser eine eigene Bestimmung mit Absicht nicht getroffen hat.

2. **RG.** R. **07** 833. Dem § 2065 widerspricht nicht die Anordnung einer letztwilligen Verfügung, wonach der Erbe aus dem Nachlaß eine bestimmte Summe einem Vermächtnisnehmer auszahlen soll, wenn eine solche Auszahlung mit Rücksicht auf die Zulänglichkeit des Nachlasses und die sonstigen Anordnungen des Erblassers erfolgen könne, daß aber, wenn die Auszahlung mit Rücksicht auf diese Verhältnisse nicht tunlich sein sollte, die Anordnung des Vermächtnisses keine Wirkung haben solle, dem Erben aber anheimgestellt werde, von sich aus Zuwendungen aus dem Nachlasse zu machen, wie er es für gut finde.

§ 2066. **RG.** R. **07** 760. Der Ausdruck „Erben" in einem Testamente wird allerdings regelmäßig die Bedeutung haben, daß darunter alle gesetzlichen Erben verstanden werden. Wird indessen festgestellt, daß der Erblasser das Wort in einem eingeschränkten Sinne verstanden, daß er z. B. nur die Leibeserben, nicht auch den Ehemann darunter begriffen hat, so ist dieser Wille des Erblassers als maßgebend zu erachten (BGB. § 133).

§ 2069. 1. HessRspr. **8** 116 (LG. Mainz). Außer dem Falle des § 2069 treten die Abkömmlinge des eingesetzten Erben nur dann an dessen Stelle, wenn sich die Ersatzberufung als Inhalt des Testaments feststellen läßt; auf außerhalb des Testaments abgegebene Erklärungen des Erblassers kann zur Ergänzung des im Testament erklärten Willens nicht eingegangen werden.

2. OLG. **16** 75 (Darmstadt). Der § 2069 findet auf Stiefkinder keine Anwendung, es kann auch eine sinngemäße Anwendung des § 2069 auf Fälle, in denen Abkömmlinge nicht eingesetzt sind, wenigstens dann nicht in Frage kommen, wenn Wortlaut und Sinn des Testaments zu einer solchen Auslegung keinen Anlaß geben. Beim Wegfalle des einen der eingesetzten Erben greift daher § 2094 Platz.

§ 2078. 1. Josef, ACivPr. **102** 409 (gegen **RG.** BayRpflZ. **06** 15, JDR. **5** Ziff. 3 zu § 2078). Ist der Erblasser durch eine irrige Annahme oder infolge einer Drohung bestimmt worden, an Stelle des gesetzlichen Erben einen Dritten zu berufen, so ist der gesetzliche Erbe zur Anfechtung gegen den eingesetzten Erben berechtigt (BGB. § 2080). Der Erfolg der Anfechtung ist dann nach §§ 2078, 142 die Nichtigkeit der angefochtenen Erbeinsetzung, also das gesetzliche Erbrecht oder Miterbrecht des Anfechtenden, weil die gesetzliche Erbfolge beim Wegfalle der angefochtenen Verfügung eintritt. Um so mehr muß dies gelten, wenn der Erblasser seine gesetz-

lichen Erben allgemein berufen hat, aber durch eine irrige Annahme bestimmt worden ist, einen der gesetzlichen Erben auszuschließen. Hier hat die Anfechtung des ausgeschlossenen Erben die Nichtigkeit, den Wegfall gerade der Ausschließungsklausel zur Folge, so daß die Berufung der gesetzlichen Erben auch dem Ausgeschlossenen zustatten kommt und dieser nun durch das Testament mitberufen ist. Dagegen kann die bloße Unterlassung der Erbeinsetzung niemals ein nicht vorhandenes Erbrecht schaffen; wer nicht der nächste gesetzliche Erbe ist, ist also zur Anfechtung nur legitimiert, wenn er durch ein Testament berufen war, das durch das wegen Irrtums anfechtbare aufgehoben ist.

2. R. **07** 254 (Breslau). Eine Testamentsbestimmung, welche, wie behauptet ist, in ein Testament ohne Kenntnis des Erblassers aufgenommen ist, kann nach § 2078 nur unter der Voraussetzung angefochten werden, daß anzunehmen ist, der Erblasser würde die Bestimmung nicht getroffen haben. Hierbei entscheidet allein des Erblassers subjektive Ansicht.

3. **RG.** R. **07** 769. Ist ein Testament gegenüber dem Nachlaßgerichte nur aus dem Grunde angefochten, weil der Anfechtende als Pflichtteilsberechtigter übergangen sei, so beschränkt sich diese Anfechtung auf den Fall des § 2079. Eine spätere weitere Anfechtung wegen Irrtums aus § 2078 enthält einen besonderen Tatbestand und selbständigen Anwendungsfall.

4. Abs. 2. SächsOLG. **28** 406. Zulässig ist die Anfechtung von Vermächtnissen, weil der Erblasser über die Wirksamkeit eines von der pflichtteilsberechtigten Mutter der Bedachten ihm erklärten Erbverzichts im Irrtume gewesen ist oder sich der irrtümlichen Erwartung hingegeben hat, sie werde ihren Pflichtteil nicht beanspruchen, selbst wenn ihr der Erbverzicht nicht entgegenstehen sollte. Die Rechtsfolge der Anfechtung ist die Nichtigkeit der Vermächtnisse in ihrem vollen Umfange (BGB. § 142 Abs. 1), wenn kein Anhalt dafür vorliegt, daß der Erblasser den Vermächtnisnehmern wenigstens den Unterschied zwischen den ihnen ausgesetzten Vermächtnissen und dem Pflichtteil ihrer Mutter habe zuwenden wollen. Erörterungen dieser Art könnten nur zur Feststellung eines hypothetischen, nicht formrichtig erklärten Willens führen, und einen solchen an die Stelle des wirklich und formgerecht erklärten Willens des Erblassers zu setzen, ist unstatthaft (**RG. 59** 40).

§ 2079. **RG.** JW. **07** 203, PosMSchr. **07** 54, BayRpflZ. **07** 235, SeuffBl. **07** 651, SeuffA. **62** 326, GruchotsBeitr. **51** 1008, R. **07** 381, 773. Dem Nichtbekanntsein eines Pflichtteilsberechtigten steht es gleich, wenn der Erblasser nur von der Mutmaßung erfüllt gewesen ist, der Pflichtteilsberechtigte lebe noch. — Der § 2079 stellt keine Auslegungsregel auf, sondern gibt dem übergangenen Pflichtteilsberechtigten unmittelbar ein Anfechtungsrecht. Der gesetzgeberische Grund ist der, daß angenommen wird, der Erblasser würde wahrscheinlich so nicht verfügt haben, wenn er gewußt hätte, daß der Übergangene noch vorhanden sei, seine Verfügung beruhe daher auf Irrtum.

§ 2080. 1. **RG.** R. **07** 1538. Einer von mehreren Miterben ist für sich allein zwar nicht in jedem Falle zur Anfechtung einer letztwilligen Verfügung befugt. Zur Anfechtung eines allen Erben auferlegten Vermächtnisses ist er aber ohne Mitwirkung der Miterben berechtigt, weil die Aufhebung ihm ebenso wie den anderen Miterben zustatten kommt.

2. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 2078.

§ 2084. 1. BayRpflZ. **07** 374 (Bamberg). Auf klare und unzweideutige Verfügungen sind die nur für den Zweifelsfall gegebenen gesetzlichen Auslegungsregeln nicht anzuwenden, und es geht nicht, unter Zuhilfenahme anderer schriftlicher oder mündlicher Äußerungen des Erblassers oder des Wortlauts eines älteren Testaments, das nach § 2258 Abs. 1 BGB. als aufgehoben anzusehen ist und dessen Aufhebung gerade in Frage steht, ihren an sich klaren und eindeutigen

Inhalt umzudeuten. Gleichgültig ist, ob sich der Erblasser bei Errichtung des späteren Testaments des Widerspruchs mit dem früheren bewußt geworden ist und ob er das frühere Testament trotz der Fassung des späteren aufrechterhalten wollte.

2. OLG. **16** 46 (Hamburg). Die Eingangsworte des Testaments: „Mein letzter Wille, falls ich durch eine Operation am 6. d. Mts. verunglücken sollte, bzw. durch die Folgen derselben sterben müßte", lassen sich im Sinne der Unbedingtheit des Testaments auslegen und dahin verstehen, daß die bevorstehende Operation und deren mögliche Folgen nur den Anlaß zur Errichtung des Testaments gegeben haben.

§ 2085. 1. **RG.** R. **07** 1538. Die Gültigkeit eines formgerecht zustande gekommenen Testamentsnachtrags zu einem wegen Formmangels nichtigen Testament ist nicht zu beanstanden, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser, falls er die Ungültigkeit des Testaments gekannt hätte, das Bestehen des Nachtrags für sich gewollt haben würde. Dagegen ist jede inhaltliche Ergänzung des Nachtrags durch die Bestimmungen des ungültigen Testaments ausgeschlossen.

2. **RG.** SeuffBl. **07** 482, SeuffA. **62** 153 (bereits JDR. **5** Ziff. 3 zu § 2085). Im Sinne des § 2085 sind Zuwendung und Auflage im Verhältnisse zueinander als selbständige Verfügungen von Todes wegen anzusehen. Gegenüber der Zuwendung, mit der die Auflage verknüpft ist, verfolgt die letztere ihre eigentümlichen besonderen Zwecke, und dieses Verhältnis bedingt eine relative Selbständigkeit der beiden Verfügungen gegeneinander (vgl. BGB. § 2195). Der § 2187 spricht sich nicht über das rechtliche Abhängigkeitsverhältnis von Auflage und Zuwendung in obigem Sinne aus, sondern bringt den hiervon verschiedenen Grundsatz zum Ausdrucke, daß gleich dem Erben auch der Vermächtnisnehmer die Erfüllung von Nachlaßverbindlichkeiten insoweit verweigern dürfe, als die Kräfte des Hinterlassenen nicht ausreichen.

3. SächsRpflA. **07** 41 (Dresden). Die Tatsache allein, daß zwei äußerlich geschiedene letztwillige Verfügungen uno actu niedergeschrieben sind, genügt nicht, um sie als eine rechtsgeschäftliche Einheit (BGB. § 139) zu behandeln, besonders wenn bei den auf einen Briefbogen geschriebenen Erklärungen zwischen ihnen eine Briefbogenseite freigelassen ist und der Text jeder der beiden Erklärungen mit den Worten: „Das ist mein letzter Wille" schließt.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§ 2087. 1. Erbeinsetzung eines Haupterben. **RG.** R. **07** 1071. Sind in einem Testamente zwar alle Kinder des Erblassers als Erben bezeichnet, ist aber dabei einzelnen Kindern als den „Haupterben" das Vermögen als Ganzes zugewiesen mit der Verpflichtung, die gesamten Schulden zu übernehmen, und sind den anderen Kindern nur bestimmte Geldbeträge und bestimmte Gegenstände zugewandt, so ist als Wille des Erblassers anzusehen, daß diese anderen Kinder nur als Vermächtnisnehmer zu gelten hätten.

2. Zuwendung an eine öffentliche Sammlung. *König, Öffentliche Sammlung. Wendet jemand durch letztwillige Verfügung einen Bruchteil seines Vermögens einer öffentlichen Sammlung zu, so setzt er den Sammler zum Erben ein als fiduziarischen Eigentümer mit den gleichen Rechten und Pflichten wie bei einer Zuwendung unter Lebenden. Die sich dort für den Spender ergebenden Ansprüche stehen den übrigen Erben des Erblassers zu (vgl. oben Ziff. 2 zu § 1914).

3. Zuwendung des Nießbrauchs. a) OLG. **16** 70 (KG.). In der Zuwendung des Nießbrauchs an dem Vermögen des Erblassers oder einem

Teile kann die Einsetzung des Bedachten als Erben in Verbindung mit der Anordnung einer mit nem Tode des Bedachten eintretenden Nacherbfolge enthalten sein (Strohal I 255, 164[3], Peiser, Testamentsrecht 55[3]). **b)** **RG.** R. **07** 769. Es ist nicht unstatthaft, die letztwillige Zuwendung eines Nießbrauchs im Einzelfalle dahin auszulegen, daß damit die Einsetzung als Erbe mit den Pflichten eines Vorerben gewollt sei.

4. Summenzuwendung. BraunschwZ. **07** 97 (Braunschweig). Wenn auch in der Regel Summenzuwendungen als Vermächtnisse zu erachten sind, so kann sich doch im einzelnen Falle aus dem Zusammenhange der letztwilligen Verfügungen ergeben, daß mit der Summe nur ein Bruchteil des Vermögens bezeichnet werden soll, so daß die mit bestimmten Summen Bedachten als Erben zu gelten haben.

5. Abs. 2. Zuwendung einzelner Gegenstände. **a)** Busch, ZBlFG. **8** 205, stimmt dem OLG. Colmar, ZBlFG. **4** 503 (vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 2087), zu, wonach in der Zuwendung einzelner Gegenstände eine Erbeinsetzung enthalten sein könne, nämlich wenn diese Gegenstände das ganze Vermögen des Erblassers darstellen und der Erblasser durch Verfügung über sie in Wahrheit über sein ganzes Vermögen habe verfügen wollen. Er bekämpft aber die hieraus von dem OLG. gezogene Schlußfolgerung, daß durch eine solche Anordnung das Eigentum an den zugewendeten Grundstücken auf die damit bedachten Erben übergegangen sei und es deshalb keiner Auflassung an sie bedürfe, indem er darauf hinweist, daß durch die Erbeseinsetzung nach § 2032 Abs. 1 BGB. der gesamte Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Erben geworden sei und der Bedachte durch die Teilungsanordnung des Erblassers (§ 2048) nur berechtigt werde, bei der Auseinandersetzung die Überweisung des ihm vom Erblasser zugewendeten Gegenstandes von dem Miterben zu verlangen. **b)** SeuffBl. **07** 1006 (Dresden). Die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn die vom Erblasser angeordneten Zuwendungen und Auflagen den Nachlaß erschöpfen. **c)** OLG. **14** 306 (Karlsruhe). Der Umstand, daß eine letztwillige Verfügung sich hauptsächlich auf minder wertvolle Gegenstände, die den Charakter von „Andenken" haben sollen, bezieht, kann die rechtliche Eigenschaft der Urkunde als Testament nicht ändern.

§ 2089. Würzburger, SeuffBl. **07** 283. Hat jemand unter Ausschluß der gesetzlichen Erben seinen Nachlaß ohne bruchteilmäßige Bestimmung summenmäßig unter seine Testamentserben verteilt, einen Überrest jedoch unverteilt gelassen, so erhalten die Erben diesen Überrest zu gleichen Teilen; es tritt keine verhältnismäßige Erhöhung ihrer Erbteile ein.

§ 2094. Vgl. oben Ziff. 2 zu § 2069.

§ 2096. Hönninger, BadNotZ. **07** 34 ff. Für den Fall, daß ein Ersatzerbe als Erbe wegfällt, ist die Einsetzung eines weiteren Ersatzerben zulässig.

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung: Im Vordergrunde des Interesses steht noch immer die Frage, wieweit und in welcher Weise im Grundbuchverkehre der Nachweis zu führen ist, daß eine Verfügung des Vorerben, insbes. die des befreiten Vorerben, keine unentgeltliche ist. Das Reichsgericht hält gegenüber den dagegen erhobenen Angriffen (vgl. zu § 2136) an seiner früheren Ansicht fest und setzt die Stellung des Vorerben in bewußten Gegensatz zu der des Testamentsvollstreckers, Vaters, Vormundes und gütergemeinschaftlichen Ehemanns. Andererseits verwertet das Reichsgericht (vgl. Ziff. 2 zu § 2113) den Begriff der Offenkundigkeit als Ersatz des Nachweises der Unentgeltlichkeit. Das KG. (Ziff. 1 zu § 2113) sieht in

der zur Wirksamkeit einer Verfügung des Vorerben erforderlichen Zustimmung des Nacherben ein besonderes, nicht unter § 182 BGB. fallendes Rechtsgeschäft, welches einen Verzicht auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit zum Inhalte habe oder ein Zugeständnis, daß die Verfügung nicht unentgeltlich sei, enthalte, und als solches nicht notwendig ein nach § 1822 Nr. 13 BGB. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfendes Rechtsgeschäft enthalte. Um den durch die Auslegung der §§ 2113, 2136 entstandenen Schwierigkeiten aus dem Wege zu gehen, glaubt Burth (Ziff. 3 zu § 2136) kinderlosen Eheleuten, die sich als Alleinerben einsetzen und das gemeinschaftliche Vermögen nach dem Tode des Letztlebenden ihren beiderseitigen Verwandten je zur Hälfte zuwenden wollen, empfehlen zu sollen, den Verwandten des erststerbenden Ehegatten ein Vermächtnis zur Hälfte des Wertes des gemeinschaftlichen Vermögens mit der Bestimmung zuzuwenden, daß es ihnen erst beim Tode des überlebenden Ehegatten zufällt und bis dahin nicht vererblich ist. — Über die Verneinung eines Falles der sog. konstruktiven Nacherbfolge s. die Entsch. des RG. zu § 2104.

§ 2100. SächsRpflA. **07** 52, OLG. **14** 292 (Dresden). In der letztwilligen Bestimmung: „Da mein Schwiegersohn nicht günstig arbeitet, bestimme ich, daß das seiner Frau noch zufallende Erbteil fest und sicher zinstragend für diese und ihre Kinder angelegt werde, event. in deren Nutzen allein die Zinsen zu verwenden seien", ist die Anordnung einer Nacherbschaft für die Kinder nicht zu finden.

§ 2103. Natter, WürttRpflZ. **1** 62 ff. (69). Die Nacherbschaft setzt begrifflich voraus, daß das Vermögen des Erblassers zunächst auf den Vorerben übergeht und von diesem sich als eine gesonderte vom übrigen Vermögen des Vorerben getrennte Vermögensmasse auf den Nacherben weitervererbt. Mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge erwirbt der Nacherbe ipso iure „die Erbschaft", d. h. den Vermögenskomplex, der das Vermögen des Erblassers bildete, in dem Umfange, wie er sich in der Hand des Vorerben nach Maßgabe des dinglichen Surrogationsprinzips gestaltet hat. Dieselben einzelnen Vermögensgegenstände, die beim Tode des Erblassers vorhanden waren, oder, soweit diese nicht mehr vorhanden sind, deren etwa vorhandene Surrogate werden mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge ohne weiteres Vermögen des Nacherben. Die praktische Durchführbarkeit der Nacherbfolge setzt voraus, daß die zur Nacherbschaft gehörigen Gegenstände festgestellt und aus dem übrigen Vermögen des Vorerben ausgesondert werden können. Deshalb kann in der in einem gemeinschaftlichen Testamente getroffenen Bestimmung, der zum Alleinerben eingesetzte überlebende Ehegatte sei mit Fideikommiß oder Nacherbschaft derart belastet, daß eine bestimmte Quote des in seiner Hand vereinigten Vermögens an die Verwandten des erstverstorbenen Gatten fallen solle, die Anordnung einer Nacherbschaft nicht erblickt werden.

§ 2104. **RG.** R. **07** 514, BayRpflZ. **07** 325, SeuffBl. **07** 731, GruchotsBeitr. **52** 130, JW. **07** 259. Die Voraussetzung des § 2104 trifft nicht zu, wenn in dem Testamente lediglich der Wille Ausdruck gefunden hat, daß nach dem Tode der Witwe der Nachlaß auf den Sohn als Erben übergehen soll. Denn die zeitliche Begrenzung der Rechte des eingesetzten Erben und die Nacherbfolge stehen alsdann im umgekehrten Verhältnisse, wie es § 2104 vorsieht: Die Beschränkung folgt aus der testamentarischen Anordnung der Nacherbfolge, nicht die Nacherbfolge als gesetzliche Anordnung aus einer testamentarischen Beschränkung des Erbrechts auf Zeit in Verbindung mit dem Fehlen einer Benennung des Nacherben. Die Benennung des Nacherben aber schließt den Eintritt dieser zweiten und negativen Voraussetzung des § 2104 ohne weiteres aus. Es handelt sich bei § 2104 nur um solche Fälle, in denen der Wille des Erblassers gerade darauf gerichtet war, das Recht des eingesetzten Erben unmittelbar auf einen bestimmten Zeitraum

oder bedingt für den Fall des Eintritts eines bestimmten Ereignisses einzuschränken, und in denen er diesem auf die Beschränkung des Erbrechts gerichteten Willen einen primären Ausdruck gegeben hat. Mit der bloßen Anordnung einer Nacherbfolge wird dieses Erfordernis nicht erfüllt.

§ 2108. **RG.** JW. **07** 259, R. **07** 514. Gemäß § 1923 Abs. 1 BGB. wird, wenn der Nacherbe den Tod des Erblassers nicht erlebt, die Anordnung der Nacherbfolge in gleicher Weise unwirksam, wie wenn der Erblasser den Erben überlebt, und dies hat zur Folge, daß der eingesetzte Erbe nunmehr als Erbe zu vollem Rechte in die Erbfolge eintritt.

§ 2111. **RG.** R. **07** 1407. Dem Vorerben gebühren die Nutzungen (Früchte und Gebrauchsvorteile) nur für eine bestimmte Zeit, nämlich für die Zeit vom Erbfalle bis zur Beendigung des Vorerbenrechts. Es finden deshalb auch die Grundsätze des § 101 BGB. Anwendung zur Begrenzung des Rechtes des Vorerben gegenüber dem Nacherben. Nach § 101 Ziff. 2 BGB. erfolgt hiernach bei regelmäßig wiederkehrenden Erträgen, z. B. von Dividenden, die auf Aktien zur Verteilung kommen, die Verteilung nach Verhältnis der Zeit. Es macht keinen Unterschied, wann die Festsetzung der Dividende durch Generalversammlungsbeschluß stattgefunden hat.

§§ 2112 ff. Rechtsstellung des Vorerben im allgemeinen. 1. *Herold, ZBlFG. **8** 213. Der Vorerbe ist völlig frei verfügungsberechtigt und zwar auch zu den im § 2113 BGB. aufgeführten und so namentlich auch zu unentgeltlichen Verfügungen. Auch die Löschung von Vorerbschaftsrechten kann er rechtsgültig bewilligen. Doch da mit Eintritt des Nacherbfalls der Nacherbe ohne weiteres an die Stelle des Vorerben tritt, muß das Recht des Nacherben, damit es gegen nach § 2113 Abs. 1 u. 2 BGB. dann unwirksame Verfügungen des Vorerben trotz § 2113 Abs. 3 BGB. geschützt sei, gemäß § 892 BGB. im Grundbuche verlautbart werden. Es handelt sich dabei aber nicht um eine Verfügungsbeschränkung im eigentlichen Sinne, sondern eben nur um den Vermerk des bedingten Rechtes des Nacherben zum Schutze gegen die Öffentlichkeit des Grundbuchs. Dem Anspruche des Nacherben auf die Eintragung dienen § 895 BGB., § 52 GBO. und ist bis zu ihr der Nacherbe bei Verfügungen über das Vorerbschaftsrecht als betroffen im Sinne von §§ 19, 40 GBO. anzusehen. Hierdurch verliert der Vorerbe, falls nicht der Nacherbe einwilligt, das Recht auf unmittelbare Eintragungen im Sinne von § 41 GBO.

2. DNotV. **07** 55 (KG.). Nach früherem preußischen Rechte war der Erblasser in der Lage, den Fiduziarerben auch zu Schenkungen zu ermächtigen (**RG.** GruchotsBeitr. **29** 898, 902). Ist in diesem Sinne ein Testament zu deuten, so bedarf der Vorerbe zur Verfügung über den Nachlaß nicht der Zustimmung der Nacherben oder ihrer vorherigen Eintragung im Grundbuche.

§ 2113. Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung des Vorerben. 1. Bedeutung der Zustimmung des Nacherben. a) OLG. **14** 132, KGJ. **33** A 184 (KG.). Die im Falle des § 2113 zur Wirksamkeit der Verfügung des Vorerben erforderliche Zustimmung des Nacherben ist nicht die Zustimmung eines Dritten im Sinne des § 182 BGB., sondern ein dem Schutze des Nacherben dienendes selbständiges Rechtsgeschäft, das einen Verzicht auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit zum Inhalte hat und daher ausschließlich dem Vorerben gegenüber vorzunehmen ist (vgl. KGJ. **28** A 298). Dann kann aber die Vorerbin, Witwe S., nicht namens ihres Sohnes die Zustimmung zu ihrer Quittungsleistung erklären (BGB. § 181), es müßte sich denn ausschließlich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handeln. Dies wäre der Fall, wenn die Quittungsleistung tatsächlich eine entgeltliche Verfügung wäre, dann müßte allerdings gemäß § 2120 BGB.

der Nacherbe seine Zustimmung erteilen. Hierfür bietet die Quittung der Witwe S. für sich allein keinen sicheren Beweis. **b)** KGJ. **33** A 43, OLG. **14** 297 (KG.). Der Inhalt der beizubringenden Erklärung des Nacherben braucht nicht notwendig der der Zustimmung zu der Verfügung des Vorerben zu sein, vielmehr genügt — und zwar im Grundbuchverkehr in der Form des § 29 GBO. — das Zugeständnis des Nacherben, daß die Verfügung des Vorerben entgeltlich sei. Es ist aber Frage der tatsächlichen Würdigung, ob ein solches Zugeständnis die zugestandene Tatsache beweist. Wird dies bejaht, so bedarf das Zugeständnis des Nacherben, sofern der Nacherbe durch einen Pfleger vertreten wird, keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, da es kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 1822 Ziff. 13 enthält.

2. Offenkundigkeit. **RG.** R. **07** 1468. Verpflichtet sich der Vorerbe beim Verkauf eines zur Erbschaft gehörigen Grundstücks, eine auf dem Grundstücke ruhende, zur Eigentümergrundschuld gewordene Hypothek löschen zu lassen, so kann von der Einwilligung des Nacherben hierzu abgesehen werden, wenn es offenkundig ist, daß eine Unentgeltlichkeit im Sinne der §§ 2113 Abs. 2, 2136 ff. nicht in Frage kommt (§ 29 GBO.), insbes. wenn die Löschung sich als eine im Kaufvertrag übernommene Verpflichtung darstellt, der Kaufpreis müßte denn zu niedrig angegeben sein, so daß der Käufer, anstatt die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmen oder einen entsprechenden Mehrbetrag zu zahlen, die Hypothek ohne Entgelt gelöscht erhielte. Die Unentgeltlichkeit würde dann aber nicht in der Löschung, sondern in dem Kaufvertrage liegen, und dagegen ist der Nacherbe bereits durch die Eintragung des Nacherbenrechts geschützt.

§ 2114. OLG. **14** 298 (KG.). Zur Löschung der vom Vorerben bezahlten, auf dem Nachlaßgrundstück eingetragenen Hypothek bedarf es der Zustimmung des Nacherben, weil die Möglichkeit besteht, daß die Hypothek künftig durch Verzicht des (selbst befreiten) Vorerben oder in sonstiger Weise als Eigentümerhypothek oder -grundschuld in den Nachlaß fallen kann, nach den §§ 2114, 2113 aber der Vorerbe eine Nachlaßhypothek nur mit Zustimmung des Nacherben löschen kann (KGJ. **30** A 261). Ein Grund, die Eigentümerhypotheken oder -grundschulden nicht zu den Hypotheken oder Grundschulden im Sinne des § 2114 zu rechnen, besteht nicht.

§ 2115. SächsOLG. **28** 415. Dem Nacherben steht die Widerspruchsklage aus § 773 ZPO. nicht zu, wenn in dem durch die Vorerbin fortgeführten Handelsgeschäfte des Erblassers durch die zwangsweise Versteigerung von Waren Geschäftsschulden gedeckt werden sollen. Das Recht des Nacherben beim Eintritte der Nacherbfolge besteht nicht darin, das Warenlager des Erblassers zu erwerben, soweit es nicht von der Vorerbin kraft ihrer freien Verfügungsmacht veräußert ist, sondern darin, das Geschäft als Ganzes in dem Zustand und Umfange zu übernehmen, in dem es die Vorerbin bis zu ihrem Tode geführt haben wird. Andernfalls würde die Vorerbin, die außer dem Geschäfte nichts besitzt, Schulden auf Schulden häufen können, ohne auf deren Bezahlung mit Erfolg in Anspruch genommen werden zu können. Ja nicht einmal nach ihrem Tode würden die Gläubiger in der Lage sein, sich an die zur Nacherbschaft gehörigen Geschäftsaktiven zu halten. Eine derartige Überspannung des Schutzes der Nacherben kann unmöglich vom Erblasser gewollt sein.

§ 2136. 1. a) Das **RG. 65** 214, RJA. **8** 219, BayNotZ. **07** 71, BayRpflZ. **07** 169, JW. **07** 212, DNotV. **07** 330, BayObLG. **7** 624, SeuffBl. **07** 341 auf Vorlage des BayObLG. **7** 619, SeuffBl. **07** 102 hält die Entsch. **RG. 61** 228 (JDR. **4** Ziff. 4 zu § 2136), auch gegenüber den dagegen erhobenen Angriffen (Jastrow u. Weber, DNotV. **06** 111, 650) insbes. für den Fall der Löschung einer

Nachlaßhypothek aufrecht. Das gleiche gilt nicht von Verfügungen des Testamentsvollstreckers (§ 2205), des Vaters und Vormundes (§§ 1641, 1804), des gütergemeinschaftlichen Ehemanns (§ 1446): bei diesen hat der Grundbuchrichter nur zu prüfen, ob sie innerhalb der Grenzen der den Verfügenden gewährten Verfügungsbefugnis liegen. Es handelt sich hier also für den Grundbuchrichter, wie bei der Verfügung eines Bevollmächtigten, lediglich um eine Frage der Legitimationsprüfung. Den Nacherben aber will das Gesetz offensichtlich gegen benachteiligende Verfügungen des Vorerben besonders geschützt wissen (BGB. § 2136, GBO. § 52). Deshalb ist zur Erreichung dieses beabsichtigten Schutzes für die Befugnis des befreiten Vorerben zur Vornahme grundbuchlicher Verfügungen ein auch gegenüber dem Nacherben zwingender Beweis der Entgeltlichkeit zu fordern. Dieser Beweis kann aber im Grundbuchverfahren nicht anders geführt werden, als daß der Nacherbe selbst die Entgeltlichkeit anerkennt und seine Einwilligung zu der Verfügung gibt. **b)** Dagegen Weber, DNotV. **07** 475. **c)** Über die Bedeutung der unentgeltlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers und den Nachweis der Nicht-Unentgeltlichkeit im Grundbuchverkehre vgl. Ziff. 3 zu § 2205.

2. KGJ. **33** A 178 (KG.). Besteht die Möglichkeit einer unentgeltlichen Verfügung — und diese Möglichkeit kann trotz der entgegenstehenden Erklärungen der Beteiligten in der Verfügungsurkunde als vorhanden angesehen werden —, so ist auch bei befreiter Vorerbschaft im Falle der Verfügung des Vorerben über eine Nachlaßhypothek der Nacherbe in seinem Rechte zu schützen. Ein geeigneter Schutz ist, wenn es sich um Übertragung der Hypothek handelt, das Erfordern, entweder das Nacherbrecht zugleich mit dem Vorerbrechte bei der Hypothek eintragen zu lassen oder die Zustimmung des Nacherben zu der Übertragung beizubringen, während, wenn die Löschung der Hypothek erfolgen soll, die Zustimmung des Nacherben unbedingt zu erfordern ist.

3. *Burth, Vermächtnis statt Nacherbschaft, DNotV. **07** 657. Für die Fälle, wo kinderlose Ehegatten einander als Alleinerben mit möglichst freier Stellung einsetzen, nach dem Tode des Letztsterbenden aber das ganze dann vorhandene Vermögen ihren beiderseitigen Verwandten je zur Hälfte zukommen lassen wollen, wird für die Bedenkung der Verwandten des zuerst sterbenden Gatten die Form des Vermächtnisses empfohlen, das dieser Gatte ihnen in Höhe des hälftigen Wertes des ganzen vom letztsterbenden Gatten hinterlassenen Vermögens zuwendet, das ihnen aber erst beim Tode des Letztsterbenden anfällt und vorher auch nicht vererblich ist. Als Vorteile dieser Form der Bedenkung sind hervorgehoben: einerseits gegenüber der Anwendung der §§ 2269 ff. BGB. größerer Schutz der Verwandten des Erstgestorbenen gegen übermäßige Schenkungen des Überlebenden an seine Verwandte und Vermeidung der Härte des Erbschaftssteuergesetzes, wonach ohne Rücksicht auf die Verwandtschaft zum Erstverstorbenen der höchste Erbschaftssteuersatz zu entrichten wäre, andererseits Wegfall der Inventarpflicht und der Belästigungen infolge **RG. 65** 214 gegenüber der befreiten Vorerbschaft, die zudem — weil nur den wirklichen Nachlaß und dessen Surrogate, nicht aber auch das erst vom Überlebenden durch Erbschaften oder seine Erwerbstätigkeit erworbene Vermögen erfassend — für diese Fälle überhaupt nicht paßt.

§ 2139. **RG.** R. **07** 969, 1072, PosMSchr. **07** 107, BayRpflZ. **07** 388. Wenn dem Nacherben auch die Erbschaft erst mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge anfällt, so hat er doch schon vor diesem Erbanfalle von dem Zeitpunkt ab, wo der Erbfall selbst eingetreten ist, ein Recht aus der Einsetzung als Nacherbe. Dieses Recht, das den künftigen Anteil an der Erbschaft zum Gegenstande hat, ist übertragbar, die Übertragung bedarf jedoch in sinngemäßer Anwendung des § 2033 der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung. § 312 Abs. 1

steht nicht entgegen, weil es sich nicht nur um einen Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten handelt. Der Nacherbe kann schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge über seinen Anteil verfügen.

Vierter Titel. Vermächtnis.

§ 2148. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **5** zu § 2148 — auch BayObLG. 7 211.

§ 2174. a) OLG. **16** 46 (KG.). Die Anordnung des Vermächtnisses verpflichtet nicht den Erblasser, sondern den beschwerten Eigentümer und stellt sich daher nicht als ein „Veräußerungsgeschäft" dar. Dann kann aber auch die Übertragung der Rechte des Vermächtnisnehmers auf Übereignung eines ihm vermachten Grundstücks nicht der Tarifstelle 32 Abs. 5 des PrStempStG. unterstellt werden. **b) RG.** R. **07** 833. Der Vermächtnisnehmer muß sich gefallen lassen, daß der Erbe die Vermächtnissumme um die auf das Vermächtnis fallende Erbschaftssteuer kürzt. Denn da für die Steuer die ganze Masse haftet und der Erbe für die Steuer bis zur Höhe des aus der Erbschaft Empfangenen selbst verpflichtet ist, so kann ihm nicht zugemutet werden, die Vermächtnissumme unverkürzt dem Vermächtnisnehmer auszuzahlen und abzuwarten, ob dieser die Steuer entrichten werde.

§ 2177. RG. R. **07** 568, ZBlFG. **8** 58. Eine aus dem sonstigen Testamentsinhalte begründete Testamentsauslegung dahin, daß der Erblasser bei Zuwendung eines Rentenvermächtnisses an seinen Sohn nicht bloß diesen selbst, sondern für den Fall des Todes seines Sohnes auch dessen Abkömmlinge im Auge gehabt habe, ist nicht zu beanstanden (§ 133). Ein solches Rentenvermächtnis ist zulässig.

§ 2187. Vgl. Ziff. 2 zu § 2085.

§ 2191. ElsLothJZ. **07** 412 (Colmar). Die Vorschrift kommt mangels Identität des vermachten Gegenstandes nicht zur Anwendung, wenn der Erblasser den Nutzgenuß an seinem ganzen Vermögen seiner Ehefrau und nach deren Tode den Nutzgenuß an der Hälfte seines Nachlasses einer Nichte vermacht.

Fünfter Titel. Auflage.

§ 2195. RG. SeuffA. **62** 153, SeuffBl. **07** 182. Ist ein Vermächtnis unter einer Auflage zugewendet, so sind Auflage und Zuwendung regelmäßig als selbständige Verfügungen anzusehen, und zwar auch dann, wenn die Zuwendung sich zu einem Teile als unwirksam erweist. Vgl. Ziff. 2 zu § 2085.

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung: Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers, insbesondere dessen Verwaltungs- und Verfügungsrecht ist in zahlreichen Entscheidungen erörtert worden. Hervorzuheben ist zu § 2205 die eingehende Entsch. des KG. über die Bedeutung der unentgeltlichen Verfügungen des Testamentsvollstreckers, insbesondere das Verhältnis der dinglichen Verfügung zu dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft und den Nachweis der Unentgeltlichkeit im Grundbuchverkehr, und die denselben Gegenstand behandelnde Abhandlung von Brachvogel (Ziff. 3 c zu § 2205). — Die Zulässigkeit der Bestellung des Alleinerben zum Testamentsvollstrecker wird vom KG. (Ziff. 1 a zu § 2197) schlechthin verneint, während Kempner wenigstens dem Vorerben dieses Recht eingeräumt wissen will.

§ 2197. Kann der Alleinerbe zum Testamentsvollstrecker bestellt werden? a) KGJ. **33** A 159, SeuffA. **62** 239, DNotV. **07** 319,

KGBl. **07** 18, SchlHolstAnz. **07** 103 (KG.). Der in einem Testamente berufene Alleinerbe kann nicht zum Testamentsvollstrecker bestellt werden. Dies folgt daraus, daß nach BGB. der Testamentsvollstrecker ein eigenes selbständiges Recht zur Durchführung des letzten Willens des Erblassers zugewiesen erhalten hat. Der Erbe hat beim Bestehen einer Testamentsvollstreckung nicht die volle aus dem Eigentum am Nachlasse folgende Rechtsstellung; soweit ihm die vollen Machtbefugnisse des Eigentümers fehlen, tritt der Testamentsvollstrecker in die durch die Beschränkung des Erben geschaffene Lücke ein, indessen nicht zu eigenem Vorteile, sondern im fremden, außerhalb seiner Person liegenden Interesse. Ein so geordnetes Rechtsverhältnis, auf welches nach § 2218 gewisse für den Auftrag geltende Vorschriften zur Anwendung kommen, setzt notwendig eine Mehrheit von Personen voraus, zwischen denen die einzelnen rechtlichen Beziehungen bestehen. Was für den Alleinerben gilt, gilt auch für den alleinigen auf seine Lebenszeit ernannten Vorerben. **b**) Dagegen Kempner, KGBl. **07** 31, soweit die Entsch. den alleinigen auf seine Lebenszeit ernannten Vorerben betrifft: Nicht nur der Vorerbe, sondern auch der Nacherbe ist Erbe des Erblassers. Es liegt hiernach nicht Identität des Rechtssubjekts auf beiden Seiten vor, wenn der Vorerbe zum Testamentsvollstrecker ernannt wird, insbes. im Falle des § 2222. Wenn einer von mehreren Miterben zum Testamentsvollstrecker ernannt werden darf, so ist dies auch hinsichtlich des einzigen Vorerben zulässig, nur daß ihm nicht vom Erblasser gestattet werden darf, mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vorzunehmen (BGB. § 181). **c**) S. auch Heuer, HansGZ. **07** Beibl. 221.

§ 2200. 1 **a**) HansGZ. **07** Beibl. 265, OLG. **16** 47 (Hamburg). Ein dem § 2200 entsprechendes Ersuchen an das Nachlaßgericht kann vom Testator auch stillschweigend, z. B. durch die Anordnung, daß der Nachlaß auf längere Zeit durch Testamentsvollstrecker verwaltet werde, gestellt sein (vgl. KG. OLG. **3** 118, SeuffA. **58** 463, ZBlFG. **4** 423). Der § 133 BGB. findet Anwendung. **b**) Ebenso R. **07** 382 (KG.): Es genügt z. B. die Anordnung, daß die Verwaltung keinesfalls durch den Erben, sondern durch einen vom Gerichte zu bestellenden Pfleger erfolgen solle.

2. RJA. **8** 189, KGJ. **34** A 331 (Rostock). Gegen die nach § 2200 getroffene Entscheidung ist eine Beschwerde wenigstens dann zulässig, wenn das Nachlaßgericht bei der nach seinem pflichtmäßigen Ermessen zu treffenden Entscheidung nicht alle wesentlichen Punkte erwogen hat. Die Beschwerde steht auch einem Gläubiger zu, dem der Anspruch eines Erben auf den Zinsgenuß zur eigenen Geltendmachung überwiesen ist.

3. Die Entsch. des OLG. Rostock — JDR. **5** Ziff. 3 zu § 2200 — auch OLG. **14** 300.

§ 2202. 1. KGJ. **33** B 12 (KG.). Die Erklärung des Testamentsvollstreckers, daß er das Amt annehme, ist eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit im Sinne des PrGKG.

2. Wegen des Zeugnisses über die Annahme des Testamentsvollstreckeramts s. unten Ziff. 1 zu § 2368.

§ 2203. ElsLothNotZ. **07** 319, ElsLothJZ. **07** 583, R. **07** 1261 (Colmar). Der Testamentsvollstrecker kann die ihm als solchem zustehenden Befugnisse nicht auf eine andere Person übertragen, da eine solche Übertragung mit der höchstpersönlichen Natur des Amtes eines Testamentsvollstreckers unvereinbar ist und den Absichten des Erblassers widerspricht.

§ 2204. 1. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **5** Ziff. 2 zu § 2204 — auch BayObLG. **7** 349, SeuffA. **62** 111, SeuffBl. **07** 117, DJZ. **07** 775.

2. Hachenburg, LeipzZ. **07** 705, 707. Die Teilung des zum Nachlasse gehörigen Geschäftsanteils an einer GmbH. kann durch den Testaments-

vollstrecker in einem formlosen Teilungsplan erfolgen; zum Vollzuge des Teilungsplans dagegen gehört es, daß der Testamentsvollstrecker jedem der Miterben in gerichtlichem oder notariellem Vertrage den ihm zustehenden Teil des Geschäftsanteils überträgt (§ 15 Abs. 3 GmbHG.)

§ 2205. 1. Herausgabeanspruch des Testamentsvollstreckers. a) R. **07** 833 (Braunschweig). Da der Testamentsvollstrecker nur Nachlaßsachen in Besitz zu nehmen berechtigt ist, so ist der Herausgabeanspruch nur begründet, wenn die Sachen zum Nachlasse gehören, d. h. Bestandteil des Vermögens des Erblassers bildeten. Für den Beweis des Eigentums kommt ihm, wenn der Erblasser Besitzer der Sache gewesen ist, die Vermutung des § 1006 zustatten; petitorischen Einwendungen gegenüber hat er durch Gegenbeweis die Vermutung zu widerlegen, die sich aus der Besitzstellung des Beklagten für das von ihm behauptete dingliche Recht ergiebt. b) **RG.** R. **07** 1538. Aus dem Anspruche des Testamentsvollstreckers auf Herausgabe des Nachlasses läßt sich auch ein Anspruch auf Auskunfterteilung über den Bestand des Nachlasses, zum mindesten auf Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses (BGB. § 260) herleiten. Ein solches Verlangen ist in dem Anspruch auf Auskunfterteilung als mitenthalten zu erachten.

2. Anfechtung von Schenkungen. ThürBl. **54** 109, R. **07** 1201 (Jena). Der Testamentsvollstrecker ist nicht befugt, Schenkungen anzufechten, die der durch korrespektives Testament gebundene überlebende Ehegatte vorgenommen hat.

3. Satz 3. Unentgeltliche Verfügungen. a) KGJ. **33** A 164, RJA. 8 143 (KG.). Die Entlassung einzelner Trennstücke eines Grundstücks aus der Pfandhaft wegen einer auf dem Grundstück eingetragenen Hypothek enthält eine Verfügung über die Hypothek im Sinne des § 2205. Eine Unentgeltlichkeit der Pfandentlassung kann noch nicht daraus gefolgert werden, daß eine Gegenleistung nicht besonders festgesetzt ist. Eine solche kann auch aus den Umständen hervorgehen, sie kann in dem Unterlassen der Ausübung eines Rechtes zum Ausdrucke kommen. Die Pfandentlassung kann z. B. die Gegenleistung dafür bilden, daß der Grundstückseigentümer die sonst zu erwartende Kündigung der Hypothek unterläßt. Eine gesetzliche Vermutung für die Entgeltlichkeit besteht nicht. Die Entscheidung der Frage, ob der Testamentsvollstrecker zu unentgeltlichen Verfügungen allgemein berechtigt ist, hängt davon ab, ob er die Macht hat, unentgeltliche Verfügungen über Nachlaßgegenstände mit dinglicher Wirkung zu treffen. Das Wesen der „Verfügung“ im Sinne des BGB. ist an sich unabhängig davon, ob die Verfügung entgeltlich oder unentgeltlich ist; der Ausdruck „unentgeltliche Verfügung“ gewinnt also seine Bedeutung nicht aus der Eigenart der Verfügung selbst, sondern aus der Eigenart des der Verfügung zugrunde liegenden Kausalgeschäfts. Die Prüfung des Kausalgeschäfts liegt dem GBA. dann ob, wenn die von ihm zu prüfende Verfügungsmacht von dem Inhalte des Kausalgeschäfts abhängt. Die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers hängt aber im Falle des § 2205 Satz 3 von der causa (der Unentgeltlichkeit der Verfügung) ab. Dies ergibt sich aus dem Gegensatze zu § 2205 Satz 2 und aus § 2207 Abs. 2, woraus zu folgern ist, daß die von dem Testamentsvollstrecker abgegebenen Schenkungsversprechen, von Pflicht- und Anstandsschenkungen abgesehen, den Erben nicht verpflichten. Damit stimmt auch die Entstehungsgeschichte des § 2205 überein (wird näher ausgeführt). Der hier gezogene Vergleich mit der Verfügungsmacht des Vorerben bestätigt die Auffassung, daß die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers in Ansehung unentgeltlicher Verfügungen dinglich beschränkt ist. Der Nachweis der Nicht-Unentgeltlichkeit der Verfügung des Testa-

mentsvollstreckers kann aber im Grundbuchverkehre nicht gemäß § 29 GBO. geführt werden, insbes. würde hierzu eine zustimmende Erklärung des Erben nicht ausreichen, da, soweit der Testamentsvollstrecker verfügungsberechtigt ist, die Verfügungsmacht des Erben ausscheidet (BGB. §§ 2211, 2212, 2217, ZPO. § 748 Abs. 1). Der Erbe kann deshalb nicht (wie z. B. der Nacherbe, vgl. BGB. § 2213) die dem Testamentsvollstrecker fehlende Macht zu unentgeltlichen Verfügungen gemäß § 185 Abs. 1 BGB. durch seine Zustimmung ergänzen. Das GBA. hat demnach bei der Prüfung, ob die Bewilligung des Testamentsvollstreckers nicht unentgeltlich ist, auch auf andere Beweismittel als die im § 29 GBO. zugelassenen einzugehen, insbes. die ihm in beglaubigter Form vorgelegten Erklärungen auf ihre inhaltliche Glaubwürdigkeit zu prüfen. Bieten sie zu Zweifeln daran keinen Anlaß, so ist ihm unbenommen, den Inhalt als wahr anzunehmen, sofern ihm sonstige Bedenken nicht erkennbar sind. Bestehen Bedenken, so kann es die Eintragung von der Beibringung weiterer Indizienbeweise abhängig machen, doch würde eine Überspannung der Beweisforderungen dem Zwecke der Grundbucheinrichtung, dem Verkehre zu dienen, zuwiderlaufen. **b)** Vgl. Ziff. 1 zu § 2136 (Rechtsstellung des Vorerben im Gegensatze zu der des Testamentsvollstreckers). **c)** Brachvogel, GruchotsBeitr. **51** 311 ff. (gegen Döhl, GruchotsBeitr. **50** 609 — JDR. **5** zu § 2112). Die Einschränkung des § 2205 Satz 3 hat nicht nur Bedeutung für das innere Verhältnis des Testamentsvollstreckers zum Erben (§ 2219). Verfügt der Testamentsvollstrecker unentgeltlich über Gegenstände des Nachlasses, so verfügt ein Nichtberechtigter. Gibt er die unentgeltliche Verfügung auf Übertragung des Eigentums ab, so geht Eigentum nicht über; das Eigentum bleibt dem Erben. Die unentgeltliche Verfügung ist nichtig, zum mindesten ist sie unwirksam, solange sie nicht von dem zur Verfügung über den Nachlaß gelangenden Erben genehmigt ist. Trifft ein Testamentsvollstrecker eine Verfügung über ein grundbuchliches Recht, so hat das Grundbuchamt die Verfügung daraufhin zu prüfen, ob sie nicht unentgeltlich und deshalb unberechtigt ist.

§ 2206. R. **07** 769, RJA. **8** 127, KGJ. **33** A 135, BayersZ. **07** 209 (KG.). Der Testamentsvollstrecker als solcher kann keinen Gesellschaftsvertrag für eine GmbH. abschließen, denn er übt zwar in dieser Eigenschaft die in den §§ 2204 ff. bezeichneten Befugnisse aus, er ist aber nicht Subjekt von Ansprüchen oder Verbindlichkeiten; er kann deshalb auch — abgelöst von seiner natürlichen Persönlichkeit — nicht Gesellschafter sein. Abgesehen hiervon fehlt ihm auch die Macht, die Erben in dem Umfange zu verpflichten, in dem sie kraft Gesetzes verpflichtet sein würden.

§ 2208. a) OLG. **14** 301 (KG.). Eine Beschränkung der Rechte des Testamentsvollstreckers auf Verwaltung des Nachlasses (BGB. §§ 2203, 2208) liegt darin, daß der Erblasser den Testamentsvollstrecker verpflichtet, sich eines christlichen Anwalts als juristischen Beirats zu bedienen. Durch die Ernennung eines solchen Beistandes wird ein Teil der sonst dem Testamentsvollstrecker zustehenden Rechte und Pflichten auf jenen übertragen. Der Beistand erhält daher selbst die Stellung eines Testamentsvollstreckers mit der dahin eingeschränkten Befugnis und Verpflichtung, daß er in den Rechtsangelegenheiten der Verwaltung des Nachlasses den Verwalter zu unterstützen hat. Er hat deshalb auch einen ebenso gearteten Anspruch auf Vergütung für seine Bemühungen wie jeder andere Testamentsvollstrecker. **b)** Dagegen **RG.** R. **07** 979. Die in einem Testamente getroffene Bestimmung, daß dem Testamentsvollstrecker ein näher namhaft gemachter Rechtsanwalt gegen ein bestimmtes Jahreshonorar als Rechtsbeistand zur Seite stehen solle, ist nicht geeignet, eine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen dem Nachlaß und dem Rechtsanwalte herzustellen. Ein Vermächtnis zugunsten des Rechtsanwalts liegt nicht vor, ebenso wenig kann dieser als ein mit der Ausführung

des Testaments betrauter Testamentsvollstrecker angesehen werden. Der Rechtsanwalt hat daher, wenn der Testamentsvollstrecker sich weigert, ihn als Rechtsbeistand anzuerkennen, keinen klagbaren Anspruch auf das ausgesetzte Honorar.

§ 2211. **RG.** R. **07** 1140. Die Vorschrift, daß der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand nicht verfügen darf, schließt die Zulässigkeit einer *an* den Testamentsvollstrecker und daher *mit* dessen Zustimmung vorgenommenen Verfügung nicht aus.

§ 2213. **RG.** R. **07** 979. Die Klage *auf Zahlung des Pflichtteils* ist nicht gegen den Testamentsvollstrecker zu richten. In dem dem Testamentsvollstrecker gegenüber gestellten Zahlungsverlangen kann aber der nach § 748 Abs. 3 ZPO. gerechtfertigte minder weitgehende Antrag gefunden werden, den Testamentsvollstrecker wegen des den Erben gegenüber begründeten Pflichtteilsanspruchs *zur Duldung der Zwangsvollstreckung* zu verurteilen.

§ 2216. OLG. **14** 302, R. **07** 382, 1407, DJZ. **07** 1088 (KG.). Ein *Aufsichtsrecht* über die Führung der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker steht dem *Nachlaßgerichte nicht* zu; es ist daher weder zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker hinsichtlich der Berechtigung einzelner Verwaltungshandlungen des letzteren, noch, abgesehen von dem Falle des § 2216, zur Beschränkung der dem Testamentsvollstrecker zustehenden Verwaltungsbefugnisse, für welche die Bestimmungen des Testaments maßgebend sind, zuständig.

§ 2220. **RG.** HansGZ. **07** Beibl. 211, GruchotsBeitr. **51** 612. Nach gemeinem Rechte konnte der Erblasser die Befugnisse des Testamentsvollstreckers nach Willkür ordnen, insbes. das Maß und den Umfang seiner Haftung den Erben gegenüber beliebig bestimmen. Daß das BGB. § 2220 eine abweichende Regelung getroffen hat, stellt eine singuläre Rechtsnorm dar, die auf besonderen legislativen Erwägungen beruht.

§ 2222. Vgl. u. zu § 41 GBO.

§ 2227. R. **07** 382, ZBlFG. **7** 837 (KG.). Der Antrag auf *Entlassung* des Testamentsvollstreckers kann *nicht* darauf gestützt werden, daß nach dem Testamente *seine Ernennung unzulässig* gewesen sei. Einwendungen gegen die *Zulässigkeit* der Ernennung können nur gemäß § 80 FGG. durch sofortige Beschwerde gegen den die *Ernennung* aussprechenden Beschluß geltend gemacht werden.

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung: Im Vordergrunde des Interesses stehen noch immer die noch nicht zum Abschlusse gekommenen Meinungsverschiedenheiten über die Bedeutung des *Datums* eines *eigenhändigen* Testaments, insbes. ob das Datum ein Zeugnis oder eine Willenserklärung enthält und ob hiernach die Angabe eines *unrichtigen* Datums die Nichtigkeit des Testaments bewirkt. Das **RG.** (**64** 423) hält an seiner Auffassung fest, daß die Angabe des Ortes und Tages der Errichtung (als Zeugnis) der Wahrheit entsprechen müsse, hat aber in *Hölder* einen standhaften Widersacher gefunden, und auch *Herold* ist wohl zu den Gegnern des vom RG. vertretenen Standpunkts zu zählen. Ein eigenartiger Tatbestand liegt der unter Ziff. 5 b bei § 2231 mitgeteilten Entsch. des KG. zugrunde. Zu § 2242 Abs. 2 ist das RG. einer allzu formalistischen Anforderung an den Inhalt des dort vorgesehenen Feststellungsvermerkes entgegengetreten, hat es vielmehr für ausreichend bezeichnet, wenn die Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, aus dem Protokolle zu entnehmen sei. In einem lebendig geschriebenen Aufsatze hat *Behrend* die „Eröffnung offener Testamente" (s. zu § 2260) behandelt. Im übrigen wird auf die zu diesem Titel ergangene reichhaltige Rechtsprechung verwiesen.

Literatur: Francke, ThürBl. **54** 1, gibt eine Zusammenstellung der neuesten Rechtsprechung und Rechtslehre über das eigenhändige Testament. — Einen Bericht über die Beurteilung des Privattestaments im preuß. AbgHaus in der Sitzung v. 26. April 1907 s. in DNotV. **07** 378.

§ 2231. Eigenhändiges Testament. 1. Text (Briefform, stenographische Schrift). **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 387, JW. **07** 143, R. **07** 254, SeuffA. **62** 329, SeuffBl. **07** 539, PosMSchr. **07** 9, BayRpflZ. **07** 211. Der Umstand, daß der Erblasser die letztwillige Verfügung inhaltlich einem an einen anderen geschriebenen Briefe einverleibt hat, steht der Wirksamkeit des eigenhändigen Testaments nicht entgegen. **b)** SächsOLG. **28** 150, R. **07** 61 (Dresden). Ein Testament ist nicht aus dem Grunde ungültig, weil es in stenographischer Form abgefaßt ist (Strohal I 106, 221 a u. b, Planck, Anm. II 2 d, SächsA. 7 354, Brock 78), nur muß der Inhalt des Testaments in zweifelsfreier Form festzustellen sein und das Testament unstreitig von der Hand des Erblassers herrühren.

2. Datum. Zeugnis oder Willenserklärung? **a)** **RG. 64** 423, JW. **07** 49, DNotV. **07** 314, PosMSchr. **07** 9 hält daran fest, daß der Angabe des Ortes und Tages der Errichtung die rechtliche Bedeutung nicht einer Willenserklärung, sondern eines Zeugnisses zukommt und daß daher die Datierung bei Strafe der Nichtigkeit des Testaments der Wahrheit entsprechen muß (**RG. 51** 166) und ihr als einem wesentlichen Bestandteile des gesetzlich vorgeschriebenen Formalakts auf so lange Beweiskraft innewohnt, als der Beweis des Gegenteils nicht erbracht ist (**RG. 12** 315). Dies setzt freilich voraus, daß der Datierungsvermerk wenigstens auf einen möglichen Ort und einen möglichen Tag der Testamentserrichtung hinweist. Ist daher vermöge eines Schreibfehlers eine falsche Jahrhundertsziffer (1804 statt 1904) eingestellt, so besteht grundsätzlich kein Hindernis, trotz des äußerlichen Mangels das gesetzliche Erfordernis der Angabe des wahren Ortes und Tages der Errichtung als erfüllt anzusehen, wenn das gewollte Datum aus dem sonstigen Inhalte des Testaments erkannt werden kann, wobei auch die Verwertung offenkundiger Tatsachen grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist. Es ist daher nicht rechtsirrtümlich, wenn der Berufungsrichter, ähnlich wie im Falle des § 319 ZPO., sich für ermächtigt angesehen hat, die versehentlich falsche Jahreszahl 1804 ohne weiteres in 1904 zu berichtigen. **b)** Dagegen Hölder, JheringsJ. **52** 303 (vgl. auch JDR. **5** Ziff. 2 a zu § 2231). Die Analogie des § 319 ZPO. ist nicht zutreffend, da das Gericht nicht zu einer Änderung, sondern nur zur Auslegung einer ihm vorliegenden fremden Willenserklärung berechtigt ist. Die Berichtigung einer Erklärung ist da nicht zulässig, wo sie bestimmter Worte oder der Vollziehung durch das Mittel des geschriebenen oder gesprochenen Wortes bedarf. Ein schlechthin schriftlicher Form bedürfender Rechtsakt kann keinen anderen Inhalt haben, als den durch die Schrift bezeichneten. Es ist daher unmöglich, für das eigenhändige Testament sowohl das Erfordernis richtiger Datierung festzuhalten, als auch eine vom richtigen Datum um ein Jahrhundert abweichende Datierung zuzulassen. Ebensowenig folgt aus dem Umstande, daß für die rechtliche Existenz des eigenhändigen Testaments das Erfordernis seiner richtigen Datierung gefordert wird, der Beweis für die Richtigkeit der Datierung eines mit einem Datum versehenen Testaments, vielmehr bedarf es des Beweises der zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen Testierfähigkeit des Erblassers, wenn der begründete Verdacht des Gegenteils besteht. Eine Unterscheidung zwischen unbewußt und bewußt unrichtiger Datierung ist undurchführbar.

3. Angabe des Tages der Errichtung. **a)** OLG. **16** 50 (KG.). Undatierte Nachträge zu einem eigenhändigen Testamente sind unwirksam. **b)** R. **07** 701 (Colmar). Unter „Angabe des Tages" ist das wahre Datum

der Testamentserrichtung zu verstehen. Eine, sei es irrtümliche, sei es absichtlich falsche Datierung des Testaments zieht dessen Ungültigkeit nach sich. **c)** R. **07** 1140 (BayObLG.). Eine unrichtige Angabe des Tages der Errichtung hat die Nichtigkeit des eigenhändigen Testaments zur Folge. **d)** DJZ. **07** 595 (Stettin). Die doppelte Datierung eines eigenhändigen Testaments mit verschiedenem Datum widerspricht dem § 2231. Dagegen **e)** Johl, DJZ. **07** 595. Zur Wahrung der Gültigkeit eines privatschriftlichen Testaments muß die im § 2231 Ziff. 2 geforderte Angabe des Datums richtig und bestimmt sein und die wahrheitsgetreue Zeit der Niederschrift des Testaments angeben. Bei zweifacher Datierung eines Testaments, von welcher die eine wegen des Gesamtinhalts der Verfügung den Errichtungstag unmöglich bezeichnen kann, ist diese als überflüssig dem Testamente beigefügt zu erachten und der Errichtungstag durch das zweite Datum als hinreichend bestimmt anzusehen. **f)** *Herold, SächsRpflA. **07** 507, erörtert in Anschluß an die Rechtsprechung die Frage, was unter „wahrheitsgemäßer" Zeitangabe im eigenhändigen Testament im Sinne von **RG. 51** 166, **52** 277, **64** 423 zu verstehen sei. Unzulässig sind nach seiner Ansicht Änderungen oder Ergänzungen des Testaments, sei es ohne oder mit Beifügung des Datums bei der Einfügung oder dem Nachtrage; dagegen hält er es für zulässig, wenn der Erblasser die Zeitangabe des ersterrichteten Testaments streicht und sie durch den Tag der Änderung ersetzt, da durch das Wegstreichen des alten Datums das ursprüngliche Testament zu einem bloßen Entwurfe herabsinke und erst, dem Willen des Erblassers entsprechend, mit Einfügung der neuen Zeitangabe als neues Testament wieder auflebe, dessen Unterschrift nunmehr auch die neue Zeitangabe als richtig bezeuge (vgl. **RG. 43** 378, OLG. **12** 377 aE.). Desgleichen erachtet er Zeitangaben wie: „am 10./11. September 1907" oder beginnend mit „Leipzig, den 31. Dezember 1907" und endend mit dem Vermerk: „Abgeschlossen den 1. Januar 1908 früh 1 Uhr" für zulässig; dagegen würde nach seiner Ansicht ein Testament ungültig sein, wenn der Erblasser zwar wahrheitsgemäß sein Testament am 31. Dezember 1907 datiert, aber erst nach Beginn des neuen Tages unterschreibt und diesen Umstand nicht im Testamente feststellt. — „Als wahrheitsgemäße und deshalb allein gültige Zeitangabe im eigenhändigen Testament ist nicht immer der Tag anzusehen, an dem die Datierung vorgenommen wird, auch nicht stets der Tag, an dem der Abschluß im übrigen, namentlich die Unterschrift erfolgt. Ausnahmslos richtig ist vielmehr nur der Tag, an dem bei vollständigem, endgültigem Abschluß im übrigen, namentlich auch endgültiger Feststellung des ganzen Inhalts, das letzte Formerfordernis des Testaments erfüllt wird."

4. Angabe des Ortes der Errichtung. **a)** Heuer, HansGZ. **07** Beibl. 17. Unvollständige, unbestimmte und unrichtige Angaben des Ortes müssen die Ungültigkeit des Testaments zur Folge haben. — Als Ort der Niederschrift ist diejenige Ortschaft zu bezeichnen, innerhalb deren sie stattgefunden hat, bei Niederschrift innerhalb einer Stadt oder einer politischen Gemeinde also der geographische Name der Stadt oder der Name der politischen Gemeinde; die Bezeichnung des Teiles der Stadt, in dem die Niederschrift geschieht (z. B. St. Pauli statt Hamburg), genügt den Anforderungen des Gesetzes nicht. AM. 20 die Anm. der Redaktion, welche es genügen lassen will, daß das Ortsdatum klar genug angegeben ist. **b) RG.** GruchotsBeitr. **51** 387, SeuffA. **62** 329, JW. **07** 143, R. **07** 254, PosMSchr. **07** 9, SeuffBl. **07** 539, BayRpflZ. **07** 211 (vgl. KG. JDR. **5** Ziff. 2 f. zu § 2231). Die Angabe des Ortes der Testamentserrichtung ist nach dem Gesetz ein notwendiger Bestandteil des Testaments, das Gesetz enthält sich aber jeder Vorschrift darüber, wie die Ortsangabe zum Ausdrucke zu bringen sei. Nicht erfordert ist ein Ausdruck, der jeden Zweifel über die Frage ausschließt, welcher Ort unter dem angegebenen zu verstehen ist. Sonst würden

z. B. Ortsbezeichnungen wie Frankfurt, Freiburg, Königsberg, Neustadt wegen der fehlenden Unterscheidungsmerkmale von gleichnamigen Orten im Deutschen Reiche (a. M., a. O., i. B., i. Pr., i. Hess. u. dgl.) als ungenau gelten, auch würde die Errichtung eines eigenhändigen Testaments auf einer Eisenbahnfahrt, einer Seereise, einer Gebirgswanderung wegen der Schwierigkeit einer zweifelsfreien Ortsangabe auf das Äußerste erschwert werden. Andererseits ist durch eine unverständliche Ortsangabe den gesetzlichen Erfordernissen nicht genügt, dazu kann aber eine gebräuchliche Abkürzung eines Ortsnamens (Bln. für Berlin) nicht gerechnet werden. Bei der Auslegung sind offenkundige Umstände, wie z. B. die Verkehrsüblichkeit mitzuberücksichtigen. **c)** **RG.** R. **07** 1324. Zur Gültigkeit eines eigenhändigen Testaments ist die unzweideutige Angabe des Ortes der Errichtung unerläßlich, es genügt also nicht, wenn die Ortsbezeichnung so gedeutet werden kann, daß sie den Wohnort oder den Geburtsort des Erblassers bezeichnet. **d)** OLG. **16** 48 (KG.) — schon JDR. **5** Ziff. 2 g zu § 2231 —. Das Testament muß den Ort der Testamentserrichtung angeben; die Angabe lediglich der Straße, in der das Schriftstück aufgesetzt worden ist, ohne Hinzufügung des geographischen Namens der betreffenden Stadt genügt diesem Erfordernisse nicht.

5. Verhältnis zwischen Datum und Unterschrift. **a)** OLG. **14** 289, HansGZ. **06** Beibl. 309 (Hamburg). Die Stellung des Namens zwischen Zeit- und Ortsangabe genügt dem § 2231 Ziff. 2. Wesentlich ist allein, ob Unterschrift, Orts- und Zeitangabe vom Testator derart zueinander in räumliche Beziehung gebracht sind, daß kein Zweifel darüber obwalten kann, der Testator habe durch seine Unterschrift Orts- und Zeitangabe decken, d. h. feststellen und bezeugen wollen, daß er die darüber stehende Erklärung an dem angegebenen Orte und Tage abgebe. Das kann auch der Fall sein, wenn Orts- oder Zeitangabe oder beides der Unterschrift unmittelbar folgt, und trifft zu, wenn die entscheidenden letzten Worte offensichtlich in einem Zuge mit der voranstehenden Zeitangabe geschrieben sind (**RG. 52** 281). **b)** OLG. **14** 302 (KG.). Ein in folgender Form abgefaßtes eigenhändiges Testament:

Vordruck: M—d. (Name des Testators) Adl. Innern den ..; hinter diesem Vermerk handschriftlich: ... ... 11. August 1906.
(folgt der Inhalt des Testaments).
Unterschrift: Arnold M—d. Adl. Innern im August 1906.

ist wirksam. Zwar ist die in dem Vordruck enthaltene Ortsangabe nicht geeignet, die im § 2231 Ziff. 2 erforderte (eigenhändige) Angabe des Ortes darzustellen (KGJ. **21** A 222). Indessen ist aus diesem Grunde an und für sich nur die vorgedruckte Ortsangabe unwirksam; dafür, daß der Erblasser für den Fall dieser Unwirksamkeit die Ungültigkeit seiner handschriftlichen Anordnungen gewollt habe (BGB. § 2085), ist ein Anhalt nicht ersichtlich, im Gegenteile spricht der Umstand, daß der Erblasser zum Schlusse die Ortsangabe handschriftlich wiederholt, unbedenklich dafür, daß er der gedruckten Ortsbezeichnung keine maßgebende Bedeutung beilegte. Nach dem Grundsatze: utile per inutile non vitiatur wird diese handschriftliche Ortsangabe durch die erste gedruckte Angabe nicht hinfällig und unwirksam (KGJ. **22** A 50). Den Vorschriften des § 2231 Ziff. 2 ist daher genügt, wenn die beiden Angaben des Ortes und Tages der Errichtung am Anfang und am Schlusse des Testaments als Ganzes anzusehen sind, wobei es unwesentlich ist, daß die letzte Angabe des Ortes sich unter der Unterschrift des Testators befindet, da diese Angabe keinen Teil der letztwilligen Verfügung selbst bildet, wenn sonst nur kein Zweifel bestehen kann, daß die Beifügung Ort und Tag der Erklärung bezeichnen soll und bezeichnet. Die Ungenauigkeit (und daher Unwirksamkeit) der Zeitangabe am Schlusse der Erklärung des

Erblassers kann die völlig bestimmte und dem Gesetz entsprechende Zeitangabe zum Anfange nicht berühren.

6. Unterschrift mit dem Vornamen. a) Die Entsch. JDR. **5** Ziff. 3 c auch OLG. **16** 49 (KG.). **b**) Thiesing, DJZ. **07** 352, stimmt (wegen der Unterzeichnung eines eigenhändigen Testaments mit dem Vornamen des Erblassers) der Ansicht von Glaser, DJZ. **06** 646 — JDR. **5** Ziff. 3 a —, zu und bekämpft die entgegenstehende Ansicht des KG. — aaO. Ziff. 3 b — als zu strenge Einengung des Begriffs der „Namensunterschrift".

7. Berichtigung eines falschen Datums. **RG.** JW. **07** 366, RJA. **8** 177, R. **07** 702, BayRpflZ. **07** 347, SeuffBl. **07** 1041, PosMSchr. **07** 73, GruchotsBeitr. **51** 1012. Die Berichtigung einer falschen Orts- oder Zeitangabe in einem Privattestamente darf nicht aus Tatumständen abgeleitet werden, die erst auf Grund sonstiger Ermittelungen feststellbar sind. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob jene Tatumstände schon bei Gelegenheit des Gegenbeweises gegen die im Testament angegebene Datierung oder gelegentlich der gemäß § 2358 vom Nachlaßgerichte veranstalteten Ermittelungen hervorgetreten sind oder ob sie erst in einem besonderen Verfahren und mit Hilfe anderer Beweismittel erhoben werden.

§ 2238. 1. R. **07** 1140 (BayObLG.). Wer ein Testament dadurch errichtet, daß er dem Notar eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergibt, diese enthalte seinen letzten Willen, braucht dem Notar von dem Inhalte seines letzten Willens nicht Kenntnis zu geben, und die Schrift soll nur verlesen werden, wenn der Erblasser es wünscht.

2. **RG.** R. **07** 1538. Ist in einem von den Beteiligten genehmigten und unterschriebenen Protokolle beurkundet, daß der Erblasser ein Testament zum gerichtlichen Verwahrsam überreichen wolle und daß „er das Testament hiermit überreiche", so ist damit nicht nur die Erklärung des Erblassers beurkundet, sondern weiter auch die Tatsache genügend festgestellt, daß der Erblasser seine Erklärung durch die Ausführung der Übergabe in die Tat umgesetzt hat.

§ 2239. 1. MecklZ. **26** 35, R. **07** 129 (Rostock). Die Tatsache, daß die Testamentszeugen bei der Niederschrift des Protokolls nicht zugegen gewesen sind, beeinträchtigt nicht die Gültigkeit des Testaments, da die Niederschrift des Protokolls keinen Teil der „Verhandlung" im Sinne des § 2239 bildet; es genügt, wenn sie bei dem eigentlichen Errichtungsakte (§ 2238) und dem Beurkundungsakte (§ 2242) zugegen sind.

2. BayObLG. **8** 28, R. **07** 312 (BayObLG.). Hat der Erblasser schon vor der Testamentserrichtung die beabsichtigten Verfügungen dem beurkundenden Beamten bekannt gegeben, so kann er bei der Testamentserrichtung seinen letzten Willen auch in der Weise erklären, daß die Urkundsperson in Gegenwart der Zeugen die vorher gemachte Mitteilung wiederholt und der Erblasser erklärt, daß der Inhalt der Mitteilung sein letzter Wille sei. Vgl. **RG. 63** 86 u. R. **06** 594.

3. **RG.** R. **07** 1538. Es genügt nicht — wie im Falle des § 174 FGG. —, daß die Testamentszeugen bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls über die Errichtung des Testaments gegenwärtig sind, sie müssen vielmehr auch bei der gemäß § 2238 erfolgenden Erklärung des letzten Willens (auch des mündlich abgegebenen) zugegen sein.

§ 2240. Randvermerk als Teil des Protokolls? BayObLG. **8** 28. Es ist eine dem tatsächlichen Gebiet angehörende Frage, ob ein lediglich auf dem Rande des Protokolls geschriebener Zusatz als Bestandteil des Protokolls anzusehen ist und demgemäß die in dem Protokoll enthaltene Feststellung, daß das

Protokoll vorgelesen und vom Erblasser genehmigt worden ist, auch auf den Randvermerk sich bezieht. Vgl. **RG. 61** 7.

§ 2241. 1. Weißler, DNotV. **07** 264, 272, bekämpft die Entsch. des KGJ. **31** A 103 (JDR. **5** zu § 2241), wonach für das öffentliche Testament Richtigkeit des Datums gefordert wird, und meint, daß das Gesetz nur Datierung und sonst nichts weiter fordere.

2. SächsOLG. **28** 151. Das über den Widerruf eines Testaments aufgenommene Protokoll ist nichtig, wenn in ihm jede Bezugnahme darauf fehlt, daß der mitunterschriebene Amtsrichter als solcher zur Verhandlung und nicht bloß zur Rekognition des Erblassers zugezogen worden ist.

§ 2242. 1. Protokoll. **RG.** R. **07** 1324. Der Vorschrift, daß die Vorlesung des Protokolls in diesem festzustellen ist, ist durch den Vermerk: „Vorstehendes Testament ist vorgelesen" selbst dann genügt, wenn der die letztwilligen Verfügungen enthaltende Teil des Protokolls in äußerlich hervorgehobener Weise mit der Überschrift „Testament" versehen ist. Nach dem natürlichen Sprachgebrauch umfaßt das in dem Verlesungsvermerk enthaltene Wort „Testament" den ganzen über die Testamentserrichtung aufgenommenen Akt.

2. Unterschriften **a)** der mitwirkenden Personen. Die Entsch. JDR. **5** Ziff. 3 b zu § 2242 auch OLG. **14** 305 Anm. 1 (KG.). **b)** des Erblassers. Die Entsch. des BayObLG. (JDR. **5** Ziff. 2 c zu § 2242) auch SchlHolstAnz. **07** 15.

3. Abs. 2. Schreibunfähigkeit. **a) RG. 65** 372, JW. **07** 260, ZBlFG. **8** 49, R. **07** 514, PosMSchr. **07** 55, BayNotZ. **07** 81, RJA. **8** 174, BayRpflZ. **07** 192, SeuffBl. **07** 439 (Dissens zwischen KGJ. **20** A 130, **26** A 42 (KG.) — JDR. **2** Ziff. 6 zu § 2242 — u. BayObLG. **8** 28, SeuffBl. **07** 399, ZBlFG. **8** 46, R. **07** 312). Die im Abs. 2 des § 2242 vorgesehene Feststellung braucht nicht gerade mit den Worten: „Der Erblasser erklärte, daß er nicht schreiben könne", getroffen zu sein, es genügt, wenn die dahin gehende Erklärung des Erblassers aus dem Protokolle zu entnehmen ist. Deshalb nicht zu beanstanden ZBlFG. **6** 418 (Dresden) u. RJA. **5** 48 (Hamburg) — JDR. **4** Ziff. 2 d zu § 2242 —. Daß auch in der Feststellung der Genehmigung des Testamentstextes, der die objektive Feststellung der Schreibunfähigkeit des Erblassers enthält, die Feststellung gefunden werden kann, der Erblasser habe erklärt, nicht schreiben zu können, hat das **RG. 56** 368 u. JW. **03** Beil. 30 Ziff. 60 schon ausgesprochen. Es besteht kein Anlaß, davon abzugehen. **b)** OLG. **14** 305 (Naumburg). Nach § 2242 Abs. 2 ist allerdings die Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, im Protokolle festzustellen. Da aber die Feststellung die mangelnde Unterschrift des Erblassers ersetzen soll, so wird auch mit der Feststellung, daß der Erblasser erklärt hat, nicht unterschreiben zu können, dem §§ 2242 Abs. 2 genügt. Zudem ist in der Erklärung des Erblassers, daß er nicht unterschreiben könne, die Erklärung, daß er nicht schreiben könne, enthalten; denn es ist ausgeschlossen, daß jemand, der sonst schreiben kann, nicht auch unterschreiben könne. **c)** PosMSchr. **07** 33 (Königsberg). Die im Eingange des notariellen Testaments eines Schreibensunfähigen enthaltene Erbeseinsetzung ist deshalb nicht ungültig, weil dem Feststellungsvermerk über die Erklärung des Erblassers, nicht schreiben zu können, noch eine testamentarische Bestimmung nebensächlichen Inhalts nachfolgt (BGB. § 2085).

§ 2246. RJA. **8** 257, OLG. **16** 53 (KG.). Wenn die Vorschrift des § 2246 auch nur eine Ordnungsvorschrift ist (KGJ. **24** A 88), hat gleichwohl das Gericht auf deren Befolgung zu dringen, insbes. dem Notar aufzugeben, das vor ihm errichtete und von ihm mit dem Amtssiegel verschlossene Testament mit einem neuen Amtssiegel zu versehen, wenn das Siegel bei Eingang des Testaments

bei Gericht bereits soweit beschädigt ist, daß nicht mehr erkennbar ist, wer das Siegel führt. Bei der Beifügung des Amtssiegels brauchen die Personen, die bei der Errichtung des Testaments mitgewirkt haben, nicht notwendig zugegen zu sein. Weigert sich aber der Notar, nachträglich einen ordnungsmäßigen Verschluß herzustellen, so darf das Gericht nicht die Annahme des Testaments zur Verwahrung verweigern, sondern es hat unter Aufnahme eines genauen Vermerks über den Befund des Siegels bei dem Eingange des Testaments und über die Weigerung des Notars zur Herstellung eines ordnungsmäßigen Verschlusses das Testament in einem Umschlage mit dem Gerichtssiegel zu verschließen und zur Verwahrung zu nehmen.

§ 2249. 1. BayRpflZ. **07** 155 (BayVerwGH.). Der Bürgermeister darf die Aufnahme eines Nottestaments auch außerhalb der ordentlichen Geschäftszeit nicht ohne zureichenden Grund verweigern, er macht sich aber keiner Pflichtverletzung schuldig, wenn er nicht ohne Vorbereitung zur Testamentsaufnahme schreitet, insbes. sich zunächst die BayAnw. v. 19. Dezember 1900 verschafft und den Gemeindeschreiber beizieht.

2. Krasse Fälle der unrichtigen Aufnahme von Dorftestamenten werden mitgeteilt von Gusinde, DJZ. **07** 709, und Dennler, SeuffBl. **07** 728.

§ 2251. Vgl. über den Begriff „Seereise" *Weyl 115 ff.; das. 118 ff. über die Wendung „außerhalb eines inländischen Hafens". Näheres o. zu § 16.

§ 2252. Marcus, ZBlFG. 8 24, macht auf Abs. 3, 4 der BayBek. vom 24. Dezember 1900 (JMBl. **01** 21) aufmerksam, wonach die Notare bei Übernahme des Nottestaments kurz vor Ablauf der für seine Wirksamkeit gesetzten Frist von 3 Monaten unter Hinweis auf die Bestimmung des § 2252 Abs. 1 kostenfrei und unter Wahrung des Testamentsgeheimnisses den Erblasser darauf aufmerksam machen sollen, daß er nun ein ordentliches Testament errichten müsse, wenn er die in seinem Nottestament enthaltenen letztwilligen Verfügungen aufrechterhalten wolle, und empfiehlt, auch in den anderen Bundesstaaten ähnliche Anordnungen zu treffen.

§ 2254. Vgl. Ziff. 2 zu § 2241.

§ 2255. **RG.** R. **07** 702, BayRpflZ. **07** 347. Die Vernichtung der Testamentsurkunde durch den Erblasser begründet nur eine Vermutung, daß der Erblasser die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe. Diese Vermutung kann im Laufe des im § 2358 geordneten Ermittelungsverfahrens mit allen zulässigen Beweismitteln widerlegt werden.

§ 2259. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 332. Die Verpflichtung aus § 2259 trifft nur denjenigen Besitzer des Testaments, der von seinem Besitz auch Kenntnis hat.

§ 2260. 1. Eröffnung offener Testamente. **a)** KGJ. **33** A 102. Ist der eine Ehegatte vor, der andere nach dem Inkrafttreten des BGB. verstorben, so müssen die in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen des Überlebenden auch dann nochmals eröffnet werden, wenn das Testament nach dem Tode des Erstverstorbenen schon seinem ganzen Inhalte nach verkündet worden und offen bei den Akten des Gerichts verblieben ist. Für die Eröffnung und die fernere Aufbewahrung eines solchen Testaments ist das Nachlaßgericht des Überlebenden zuständig. **b)** Behrend, ABürgR. **31** 195, findet die Bedeutung der „Eröffnung" offener Testamente (d. i. solcher eigenhändiger Testamente, welche nicht in amtliche Verwahrung genommen sind) darin, daß durch eine protokollarische Feststellung die Unversehrtheit der Testamentsurkunde festgestellt und in solenner Weise der bis dahin geheim zu haltende Inhalt der Urkunde offiziell und endgültig der Welt preisgegeben wird. Daher hält er auch — entgegen KGJ. **25** A. 218 — eine Verkündung für entbehrlich, wenn in dem zur Eröffnung bestimmten Termine niemand erschienen ist. De lege ferenda empfiehlt

er die Zuziehung eines Gerichtsschreibers zu der Verhandlung, die Bestellung eines „Offizialmandatars“ zur Vertretung der unbekannten Erbinteressenten (wie früher nach § 233 I. 12 PrALR.) und die Betrauung auch der Notare mit der Funktion der Testamentseröffnung.

2. Haldy, DJZ. **07** 822, billigt die Entsch. OLG. **4** 425, wonach die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen unterbleiben kann, wenn sie nach Lage der Sache zwecklos ist.

3. OLG. **14** 280, 282 (Braunschweig). Unter „Verkündung“ versteht das BGB. nur den durch § 2260 geordneten Akt, nicht auch die durch § 2262 vorgeschriebene Benachrichtigung des bei der Verkündung nicht zugegen gewesenen Beteiligten; **RG.** JW. **02** 232 bezieht sich nur auf den besonderen Fall des § 2306.

§ 2264. OLG. **14** 306 (Karlsruhe). Die Testamente haben auch nach deren Eröffnung und nach Beendigung der Nachlaßgeschäfts bei dem Nachlaßgerichte zu verbleiben und sind von diesem aufzubewahren; Ausnahmen zugunsten von Personen, welche aus Pietät für den Verstorbenen die Urkunde besitzen möchten, können nicht gemacht werden.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

§ 2265. 1. Natter, WürttRpflZ. **1** 62 ff. gegen BayObLG. SeuffA. **59** 99 ff. Die Gemeinschaftlichkeit des gemeinschaftlichen Testaments der Ehegatten bezieht sich lediglich auf den Errichtungsakt, nicht auf die materielle Gemeinschaftlichkeit der letztwilligen Verfügung.

2. RJA. **9** 12 (KG.). Jedes gemeinschaftliche Testament von Nichtehegatten ist seinem ganzen Inhalte nach unwirksam, weil den Testatoren, wie im Falle einer nichtigen Ehe (§ 2268 Abs. 1), die Fähigkeit zur Errichtung eines solchen fehlt. Auch im Wege der Konversion (BGB. § 140) kann das Testament nicht als das des einen oder anderen Testators aufrechterhalten werden, da beide in dem Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen infolge ihrer unzulässigen Verbindung unwirksam sind. Wäre aber begrifflich eine Konversion nach § 140 BGB. an sich möglich, so müßte sie doch kraft Gesetzes als ausgeschlossen angesehen werden, da die Fälle, in denen ein gemeinschaftliches Testament trotz der Scheidung der Ehe oder der Nichtigkeit der Verfügungen des einen Ehegatten rechtliche Wirksamkeit zu äußern vermag, in den §§ 2268, 2270, 2271 BGB. besonders aufgezählt sind und danach eine Aufrechterhaltung der Anordnungen eines oder beider Testatoren bei einem von Nichtehegatten errichteten gemeinschaftlichen Testamente nicht stattfindet.

§ 2267. 1. OLG. **14** 307 (KG.). Dem Erfordernisse des § 2267 ist nicht genügt, wenn die von der Ehefrau geschriebene Erklärung, daß das von ihrem Manne geschriebene Testament auch ihr Wille sei, nicht unterschrieben ist, ihr Name sich vielmehr über dieser Erklärung befindet (KGJ. **24** A 180). Die nachträgliche Vollziehung durch die Frau nach dem Tode ihres Mannes ist unzulässig, da es nicht angängig ist, daß dadurch das bis dahin in ganzem Umfange wegen Formmangels ungültige Testament (§ 2270) nunmehr wirksam werden soll, denn die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung ist lediglich nach den zur Zeit des Todes des Erblassers vorliegenden Umständen zu beurteilen. Die nachträgliche Vollziehung kann auch schon deshalb nicht zugelassen werden, weil die Ehe jetzt nach dem Tode des Mannes überhaupt nicht mehr besteht und nur Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament errichten können.

2. OLG. **16** 72 (Hamburg). Die bloße Mitunterschrift der Frau unter der vom Manne allein unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebenen und von ihm unterschriebenen Erklärung erfüllt nicht das Mindestmaß der nach § 2267 zu wahrenden Förmlichkeiten.

3. OLG. **16** 52 (KG.). Ist in einem gemeinschaftlichen Testamente die zusätzliche Erklärung der Ehefrau vollständig datiert, ist aber in dem Testamente des Ehemanns der Angabe des Datums die Jahreszahl nicht beigefügt, so fehlt die nach § 2231 erforderliche vollständige „Angabe des Tages". Ihre Ergänzung aus dem nachfolgenden, von der Frau lediglich ihrer Erklärung beigefügten Datum ist unzulässig.

§ 2269. 1. Natter, WürttRpflZ. **1** 62 ff. (gegen BayObLG. SeuffA. **59** 99 ff.). Der auf den Tod des überlebenden Gatten eingesetzte Dritte leitet sein Erbrecht nicht von einer letztwilligen Verfügung des erstverstorbenen Gatten her, sondern ausschließlich von einer letztwilligen Verfügung des überlebenden Gatten, der allein über seinen Nachlaß letztwillig verfügen kann. Mit dem Tode des zuerst Gestorbenen ist beim Fehlen der Anordnung einer Nacherbschaft dessen Beerbung erledigt. Die Bestimmung eines gemeinschaftlichen Testaments „Jeder von uns ernennt den anderen Ehegatten für den Fall seines Vorablebens zu seinem Alleinerben; nach dem Tode des überlebenden Ehegatten soll das ganze in dessen Hand vereinigte Vermögen an die Kinder des Mannes aus dessen erster Ehe fallen" bedeutet, daß jeder der beiden Ehegatten für den Fall, daß er der Überlebende sein wird, die im Testamente genannten Dritten zu seinen Erben ernannt haben will. Ganz Entsprechendes gilt für die Anordnung eines Vermächtnisses, das nach dem Tode des überlebenden Gatten erfüllt werden soll.

2. Natter, WürttRpflZ. **1** 62 (67). Wenn Abkömmlinge nur eines der beiden Ehegatten auf den Tod des überlebenden Ehegatten zu dessen Erben eingesetzt sind und es stirbt derjenige Ehegatte zuletzt, von dem die eingesetzten Abkömmlinge nicht abstammen, so beerben diese allein den überlebenden Ehegatten, mit dem sie gar nicht verwandt sind, auf Grund einer von diesem errichteten letztwilligen Verfügung; die Voraussetzung des § 2069 trifft sonach nicht zu. Trotzdem muß der Kreis der eingesetzten Abkömmlinge in gleicher Weise beschrieben werden, wie wenn § 2069 unmittelbar zuträfe; denn es ist klar, daß in solchem Falle derjenige Ehegatte, von dem die nach dem Tode beider Ehegatten zu Erben berufenen einseitigen Abkömmlinge nicht abstammen, für den Fall, daß er der überlebende Teil sein wird, den Kreis der zur Erbschaft berufenen Abkömmlinge des anderen Gatten nicht anders bestimmen wollte, als es der letztere getan haben würde, wenn er der überlebende Teil gewesen wäre.

3. Jastrow, DNotV. **07** 48, wendet sich gegen Schreiber, DNotV. **06** 673 — JDR. **5** Ziff. 2 zu § 2269 — und macht Gegenvorschläge wegen Einsetzung der Kinder als Nacherben oder Vermächtnisnehmer im Anschluß an sein Formularbuch (14) II 261 Muster 159 a.

4. **RG.** BayRpflZ. **07** 64. Der § 2269 stellt nur eine Vermutung über den Berufungsgrund auf und regelt deshalb gleichzeitig zwar die Beschaffenheit der Rechte des überlebenden Ehegatten und des Dritten, bezieht sich dagegen nicht auch auf den Umfang, in dem der Nachlaß des zuerst versterbenden dem überlebenden Ehegatten anfällt.

§ 2270. OLG. **16** 72 (Hamburg). Der Umstand, daß ein Testament wegen Formmangels als gemeinschaftliches nicht rechtsbeständig ist, schließt die Anwendung des § 2270 nicht aus, denn der § 2270 will gerade den Fall behandeln, daß die Verfügung des einen Ehegatten nichtig ist, und zu den hier in Betracht kommenden Nichtigkeitsgründen gehört auch der Mangel der Form.

§ 2271. 1. Die Entsch. JDR. **5** Ziff. 4 zu § 2271 auch **RG. 63** 120.

2. **RG. 65** 270, JW. **07** 242, R. **07** 574. Auf die Widerrufserklärung (vgl. § 2296) finden die in den §§ 130 ff. BGB. gegebenen Vorschriften hinsichtlich des Wirksamwerdens von Willenserklärungen, die gegenüber einem anderen abzugeben sind, Anwendung. Deshalb ist nach § 130 Abs. 2 der Widerruf auch

dann wirksam, wenn die Widerrufserklärung erst nach dem Tode des Widerrufenden dem anderen Ehegatten zugeht. Der Anwendung dieses Grundsatzes steht nicht entgegen, daß bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Widerruf dem anderen Teile demnächst zugeht, sich die Erbfolge nach dem widerrufenen Testamente bestimmt. Solange noch die Möglichkeit gegeben ist, daß die Widerrufserklärung durch Zugehen an den anderen Teil wirksam wird, besteht tatsächlich ein Schwebezustand. Wird der Widerruf wirksam, so ist das widerrufene Testament hinfällig geworden und hat sich der Schwebezustand dahin gelöst, daß der im Testament eingesetzte Erbe in Wirklichkeit nicht Erbe ist, sofern ihm nicht ein anderer Berufungsgrund als das Testament zur Seite steht. Zu erfordern ist allerdings, daß der demnächst verstorbene Erklärende alles getan hat, was von seiner Seite geschehen muß, damit die Erklärung dem anderen Teile zugeht. Dann ist aber auch ein nach Erklärung des Widerrufs errichtetes neues Testament, dessen Bestand davon abhing, daß der Widerruf des früheren Testaments wirksam wurde, in Kraft getreten.

3. R. **07** 1324 (Rostock). Eine einseitige, ohne Zustimmung des anderen Ehegatten in der Form des § 2267 Satz 2 BGB. errichtete letztwillige Verfügung, in der er Bestimmungen über das gemeinschaftliche Vermögen für die Zeit nach dem Tode des in einem voraufgegangenen korrespektiven Testamente bedachten Ehegatten trifft, ist unwirksam, da sie (als teilweiser Widerruf der in dem korrespektiven Testament enthaltenen Verfügung) zu ihrer Wirksamkeit der Form der §§ 2271, 2296 BGB. bedürfte.

4. Natter, WürttRpflZ. **1** 62 ff. Die Bestimmung des § 2271 ist dispositiver Natur; die Ehegatten können einander von ihr Befreiung gewähren.

§ 2273. KGJ. **34** A 102, OLG. **16** 56, SeuffBl. **07** 841. Die Verkündung eines gemäß § 2269 errichteten gemeinschaftlichen Testaments nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten ist auf die Verfügungen zu beschränken, die von diesem Ehegatten für den Fall, daß er zuerst versterben sollte, getroffen sind. Die im untrennbaren Zusammenhange mit den Verfügungen des überlebenden Ehegatten stehenden Verfügungen des erstverstorbenen, die er für den Fall seines Überlebens getroffen hat, sind nicht bekannt zu geben. Das Testament ist wieder zu versiegeln und in die besondere amtliche Verwahrung zurückzubringen.

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

§ 2276. Abs. 2. In der DNotV. **07** 445 verneint ein unbekannter Einsender die Frage, ob mit einem (notariellen) Testament uno actu ein Ehevertrag, durch den nach § 1557 BGB. Fortsetzung der Gütergemeinschaft vereinbart wird, verbunden werden kann, und wirft die Frage auf, wie es bei Bejahung der Frage zu halten sein würde, wenn z. B. ein Gläubiger den Ehevertrag wirksam anfechte.

§ 2278. DJZ. **07** 973 (BayObLG.). Wenn in dem Erbvertrage der Erblasser sich vorbehalten hat, über die Verteilung der Hälfte seines Nachlasses, die er nicht seinem Ehegatten zuwenden, sondern seinen gesetzlichen Erben zukommen lassen wollte, von den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge abweichende Bestimmungen zu treffen, so hat er sich nicht seinem Ehegatten gegenüber gebunden, diese Hälfte ausschließlich seinen gesetzlichen Erben, wenn auch in beliebiger Verteilung, zuzuwenden.

§ 2279. **RG.** JW. **07** 837. Aus § 2279 kann eine Übertragung der ein gemeinschaftliches Testament nur zwischen Ehegatten zulassenden Vorschrift des § 2265 BGB. auf das Gebiet der Erbverträge nicht hergeleitet werden. § 2279 bezieht sich auf diejenigen testamentsrechtlichen Vorschriften, die den zulässigen Inhalt einer letztwilligen Verfügung sowie ihre notwendige Be-

stimmtheit und ihre Auslegung regeln (§§ 2064—2076, 2087—2093, 2096 bis 2098, 2100—2107, 2147—2156, 2189—2193), desgl. auf die Vorschriften, nach denen sich der Anfall und Erwerb des Zugewendeten und die Verpflichtung der beschwerten Person zur Erfüllung der ihr gemachten Auflage bestimmen (§§ 1937—1959, 2094, 2095, 2176—2180). Nicht aber hat durch § 2279 die Zulässigkeit gegenseitiger Zuwendungen in einer dem § 2265 entsprechenden Weise beschränkt werden sollen, wie sich aus § 2298 ergibt, wo ganz allgemein der Fall geregelt wird, daß die vertragsmäßige Verfügung des einen Erblassers wegfällt. Zulässig sind hiernach sowohl gemeinschaftliche Erbverträge, in denen gegenseitige Erbeseinsetzungen vorkommen, als auch solche, in denen die beiden Erblasser zusammen einen Dritten als Erben einsetzen.

§ 2286. Die Entsch. des BayObLG., JDR. **5** zu § 2286 auch BayObLG. **7** 511, SeuffA. **62** 199.

§ 2287. Natter, WürttRpflZ. **1** 62 ff. Die Bestimmung des § 2287 BGB., durch welche zum Zwecke der Benachteiligung des Vertragserben gemachte Schenkungen des Erblassers für unwirksam erklärt werden, hat auch für das korrespektive gemeinschaftliche Testament entsprechende Anwendung zu finden.

§ 2292. RJA. **9** 18, R. **07** 1140, BayRpflZ. **07** 389, SeuffBl. **07** 1052, OLG. **16** 73 (BayObLG.). Auch ein zwischen Brautleuten, die sich hinterher geehelicht haben, geschlossener Erbvertrag gilt als ein zwischen Ehegatten geschlossener Erbvertrag im Sinne des § 2292 und kann daher durch ein gemeinschaftliches eigenhändig geschriebenes Testament der Ehegatten aufgehoben werden. Die Sondervorschrift des § 2292 erklärt sich daraus, daß nach § 2265 ein gemeinschaftliches Testament nur von Ehegatten errichtet werden kann. Die Beteiligten müssen also zur Zeit der Errichtung des den Erbvertrag aufhebenden gemeinschaftlichen Testaments Ehegatten sein. Mehr ist aus dem Wortlaute nicht zu entnehmen; es wäre auch unverständlich, warum Ehegatten die Aufhebung eines im Brautstande geschlossenen Erbvertrags durch gemeinschaftliches Testament zu versagen sein sollte.

§ 2301. OLG. **16** 50 (KG.). Hat der Erblasser ein an seinen Bankier gerichtetes Schreiben, worin er besagt, daß alle Gelder und Wertpapiere, die dieser für ihn zurzeit besitze, Eigentum eines Dritten seien und auf dessen Konto gebracht werden sollen, dem Dritten übergeben, so liegt hierin eine suspensiv bedingte (bis zum Tode des Erblassers aufgeschobene) Schenkung von Todes wegen, welche, weil bereits bei Lebzeiten des Schenkers vollzogen, nach § 2301 Abs. 2 keiner besonderen Form bedarf und dem Widerrufe durch die Erben nicht unterliegt.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Vorbemerkung: Zu diesem Abschnitt ist eine große Zahl wichtiger Entscheidungen, namentlich auch des Reichsgerichts, zu verzeichnen; so hat unter anderem das RG. zu der für die Reichshauptstadt wichtigen Frage, ob und in welcher Weise bei Konkurrenz des nach märkischem Provinzialrecht erbenden Ehegatten der Erbteil dieses Ehegatten bei Berechnung des Pflichtteils der Abkömmlinge des Erblassers zu berücksichtigen ist, Stellung genommen (Ziff. 2 zu § 2303), und ferner hat es die Bedeutung der „Kenntnis" i. S. des § 2332 und das Verhältnis des § 2338 zu § 2306 Abs. 1 Satz 2 näher festgestellt. Hervorzuheben sind auch die zu den §§ 2314, 2318, 2329 ergangenen Entscheidungen der Obergerichte. Im Schrifttume sind einzelne Fragen des Pflichtteilrechts näher untersucht worden, so namentlich von W. Chr. Francke: Das Vermächtnis für einen nicht erbenden Pflichtteilsberechtigten (vgl. zu § 2307), und von Kretzschmar: Das Verhältnis zwischen Ausgleichung und Anrechnung bei der Pflichtteilsberechnung (vgl. zu §§ 2315, 2316); Kretzschmar will unter „Nachlaß" i. S. des

§ 2315 Abs. 2 Satz 1 den auf den gesetzlichen Erbteil des Berechnungspflichtigen entfallenden Teil des Nachlasses verstehen.

Literatur: Rieth, Kasuistik des Erbrechts und Pflichtteilsrechts (vgl. zu § 2309).

§ 2303. 1. **RG.** R. **07** 186. Wird ein Kind für den Fall, daß es mit den angeordneten Beschränkungen nicht einverstanden sei oder aus einem anderen Grunde das Testament anfechte, auf den Pflichtteil gesetzt, so zieht nicht ausschließlich eine formelle Anfechtung des Testaments, sondern auch jede Betätigung des Nichteinverständnisses mit den Beschränkungen, jede Handlung, welche diese Unzufriedenheit äußerlich in die Erscheinung treten läßt, nicht aber eine gelegentliche Äußerung der Unzufriedenheit mit der Anordnung die Kürzung des Erbteils durch Gewährung des bloßen Pflichtteils nach sich.

2. Berechnung des Pflichtteils der Abkömmlinge bei Konkurrenz mit dem nach märkischem Rechte erbenden Ehegatten. **RG. 65** 249, JW. **07** 238 (vgl. JDR. **4** Ziff. 4 zu § 2303). Die dem überlebenden Ehegatten nach märkischem Provinzialrechte zustehenden statutarischen Rechte bleiben als unmittelbare Wirkungen des ehelichen Güterstandes (Art. 200 Abs. 1 Satz 2 EGBGB.) in vollem Umfange bei Bestand. Die Rechte aller anderen Erbbeteiligten, also auch die Pflichtteilsrechte der Abkömmlinge des Erblassers, regeln sich grundsätzlich nach den Vorschriften des BGB. Deshalb kommen bei Berechnung des Pflichtteils der Abkömmlinge und bei der Bestimmung des für diese Berechnung maßgeblichen Erbteils die Gesetzesrechte des Ehegatten, wie sie § 1931 BGB. vorsieht, in Anschlag, auch wenn im gegebenen Falle der Ehegatte Testamentserbe geworden ist und ohne Rücksicht darauf, ob er bei Ausübung seiner statutarischen Rechte Miterbe geworden sein würde. In Frage kann nur kommen, ob, wenn der Ehegatte die testamentarische Zuwendung ausschlägt und die statutarischen Rechte geltend macht, die Pflichtteilslast nur von den anderen Erben (vgl. § 497 II. 1 PrALR.) zu tragen ist.

§ 2304. **RG.** R. **07** 979. Ist bei Zuwendung des Pflichtteils dieser als Erbteil bezeichnet, so ist daraus noch nicht zu folgern, daß der Pflichtteilsberechtigte als Erbe eingesetzt sein soll.

§ 2306. 1. SeuffA. **62** 27, ZBlFG. **7** 705 (Dresden). Eine Ausschlagung nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB., wenn sie sonst form- und fristgemäß erfolgt, hat zur Folge, daß der Ausschlagende an der Stelle seines Rechtes auf die Nacherbschaft einen Anspruch auf Gewährung des unbeschränkten Pflichtteils erlangt. Durch eine solche Ausschlagung wird zugleich eine angeordnete Nacherbschaft hinfällig und der Erbe, der den Pflichtteil zu gewähren hat, wird von der ihm durch die Anordnung der Nacherbschaft auferlegten Beschränkung befreit. Dies gilt auch dann, wenn dem Nacherben seinerseits selbst Nacherben benannt sind, denn gegenüber der nach § 2306 Abs. 2 erfolgenden Ausschlagungserklärung eines pflichtteilsberechtigten Erben versagt das Gesetz der Anordnung einer Nacherbschaft die Wirkung überhaupt.

2. Vgl. auch unten zu § 2318 u. zu § 2338.

§ 2307. 1. Kalisch, ElsLothJZ. **07** 445 ff. Unter dem „Pflichtteilsberechtigten", von dem § 2307 spricht, ist nur derjenige zu verstehen, der im Sinne des § 2303 durch Verfügungen von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen und dadurch in die Lage versetzt ist, ein Pflichtteilsrecht geltend zu machen.

2. Francke, AcivPr. **101** 410. Der Tatbestand des § 2307 veranlaßt den Pflichtteilsberechtigten zu einer Wahl, auf diese finden aber die §§ 262—265 BGB. keine Anwendung, da die genannten Gesetzesstellen sich nur auf die Wahl innerhalb desselben Schuldverhältnisses beziehen, der § 2307 aber über zwei selbständige Schuldverhältnisse verfügt. Der Anspruch auf den Pflichtteil

im Falle des § 2307 ist aber auch nicht bedingt durch die Ausschlagung des Vermächtnisses, sondern bereits mit dem Erbfall entstanden (§ 2317); daher beginnt auch in diesem Falle die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs mit dem im § 2332 bestimmten Zeitpunkte. Daß der Kläger im Pflichtteile verletzt sei, gehört nicht zur Begründung des Pflichtteilsanspruchs, vielmehr kann der Anspruch nur dadurch entkräftet oder zerstört sein, daß dem Kläger durch Vermächtnisse oder Vorempfänge soviel gewährt ist, als der halbe Wert seines gesetzlichen Erbteils beträgt. Hiergegen steht dem Pflichtteilsberechtigten die Replik zu, daß er das Vermächtnis ausgeschlagen habe. Ist das Vermächtnis einem Erben auferlegt, so muß, wenn diesem gegenüber der Pflichtteilsanspruch unbeschränkt geltend gemacht wird, hierin zugleich regelmäßig die Ausschlagung des Vermächtnisses gefunden werden, es sei denn, daß der Pflichtteilsberechtigte ohne sein Verschulden um eine Vermächtnisverfügung nichts wußte.

3. Gnad, ElsLothJZ. **07** 281. Hat ein Ehegatte vor dem 1. Januar 1900 dem überlebenden Ehegatten ein Vermächtnis, insbesondere die Nutznießung an seinem Nachlaß oder einem Teile des Nachlasses zugewendet und eröffnete sich sein Nachlaß in den ersten Tagen des Jahres 1900, so liegt in der Verfügung ein einfaches Vermächtnis nach § 2307 BGB. Mangels erfolgreicher Anfechtung dieser Verfügung bleibt dem Ehegatten nur die Wahl zwischen Vermächtnis und Pflichtteil. Anders verhält es sich bei später eröffneten Nachlässen. Hier ist die Ermittelung freigegeben, daß die objektive Rechtsänderung zur Kenntnis und Erkenntnis des Erblassers oder der vertragschließenden Ehegatten gekommen sei. Wenn dessen ungeachtet die letztwillige Verfügung aufrechterhalten worden ist, so erscheint es nicht ausgeschlossen, hieraus und aus anderen Begleitumständen von Fall zu Fall als sinngemäß erklärten Inhalt des Willens festzustellen, daß das Vermächtnis im voraus außer dem gesetzlichen Erbteile zugewendet werden sollte.

4. Aus der Praxis. a) PuchéltsZ. **07** 155$\frac{1}{3}$ (Colmar). Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs enthält nicht ohne weiteres eine stillschweigende Ausschlagung des Vermächtnisses. Die Geltendmachung des Mehrwerts des Pflichtteils enthält noch keine Anfechtung des Testaments im Sinne der §§ 2078 ff. BGB. **b)** BayRpflZ. **07** 352, SeuffBl. **07** 948, OLG. **16** 41 (BayObLG.). Wenn auch die Pfändbarkeit des Pflichtteilsanspruchs durch § 852 Abs. 1 ZPO. beschränkt ist, so gilt dies nicht von der im § 2307 Abs. 1 BGB. vorgesehenen Vermächtnisforderung, welche der Pflichtteilsberechtigte nicht ausgeschlagen hat, auch wenn sie die dem Betrage des Pflichtteils entsprechende Geldsumme zum Gegenstande hat.

§ 2309. Rieth, Kasuistik des Erbrechts und Pflichtteilsrechts 4. Der Enkel als entfernterer Abkömmling des Erblassers hat nur dann sich eine Einschränkung seines Pflichtteils gefallen zu lassen, wenn ihm ein rechtlich existenter Pflichtteil des näheren Abkömmlings entgegensteht; nur in diesem Falle bildet sodann der Pflichtteil, welchen der nähere Abkömmling rechtlich verlangen kann, oder das ihm vom Erblasser Hinterlassene einen Kürzungsfaktor für den Pflichtteil des Enkels, und zwar auch nur dann, wenn dieses Hinterlassene ein wirklich auf den Pflichtteil anzurechnendes Vermögen bildet, also z. B. der im Sinne des § 2305 in nicht genügender Weise hinterlassene Erbteil, sowie die Ergänzung dieses Erbteils, ferner ein Vermächtnis, welches gemäß § 2307 als Pflichtteilsvaluta zu gelten hat. Ein Vermächtnis dagegen, welches dem näheren Abkömmlinge neben seinem Pflichtteile zugewendet ist, bildet keinen Grund zur Kürzung des Pflichtteils des Enkels.

§ 2310. Kretzschmar, ZBlFG. **8** 11 ff. Der § 2310 trifft nur Vorschriften zur Bestimmung der Größe des Pflichtteils; die Vorschriften des § 2309 werden dadurch in keiner Weise berührt. Wenn daher mehrere Kinder des Erblassers oder Abkömmlinge von solchen vorhanden sind, so kann ein Pflichtteilsrecht

der Eltern erst dann zur Entstehung gelangen, wenn sämtliche Abkömmlinge weggefallen sind und damit die gesetzliche Erbfolge der zweiten Ordnung eröffnet ist. Ebenso Staudinger, Anm. 2 A zu § 2310; aM. Strohal § 51 Ziff. 4, Planck, Anm. 4 zu § 2310, welche meinen, daß ein Elternteil auf Grund des § 2310 pflichtteilsberechtigt werden könne, wenn das eine der vorhandenen mehreren Kinder, das mit Recht enterbt ist, keine Abkömmlinge hat.

§ 2311. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **5** Ziff. 1 zu § 2311 — auch SeuffA. **62** 28, SchlHolstAnz. **07** 74.

2. SeuffA. **62** 74 (Hamburg). Für die Frage, ob die Kosten einer Testamentsvollstreckung, insbes. der Vergütung des Testamentsvollstreckers bei der Berechnung des Pflichtteils von der Nachlaßmasse abzuziehen sind, kommt es darauf an, ob die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers auch dem Pflichtteilsberechtigten zugute kommt, weil insoweit diesem etwas erspart wird.

§ 2314. 1. Verzeichnis der Nachlaßgegenstände. a) SächsRpflA. **62** 499 (Dresden). Der Erbe genügt seiner Verpflichtung aus §§ 2314 Abs. 1, 260 Abs. 1, wenn er dem Pflichtteilsberechtigten ein Schriftstück vorlegt, das eine geordnete, in sich verständliche Zusammenstellung der Gegenstände enthält, die nach seiner Auffassung und Kenntnis den Aktivnachlaß des Erblassers ausmachen. Hiernach kann eine Klage auf Vorlegung eines anderen oder auf Vervollständigung des vorgelegten Verzeichnisses zwar dann gegeben sein, wenn das letztere sich nach seinem Inhalt und seiner Beschaffenheit als ein Verzeichnis der Nachlaßgegenstände im Sinne des Gesetzes überhaupt nicht darstellt oder nach den Angaben, die der Erbe selbst über den Nachlaßbestand macht, unvollständig ist. Dagegen kann eine solche Klage auf die vom Pflichtteilsberechtigten gegen die Richtigkeit oder Vollständigkeit des Verzeichnisses gezogenen Einwendungen, die vom Erben nicht anerkannt werden, also auf einem Streite beider über die Zugehörigkeit der betreffenden Gegenstände zum Nachlasse beruhen, nicht gegründet werden. Der Pflichtteilsberechtigte ist vielmehr bezüglich derartiger Erinnerungen auf das Offenbarungseidsverfahren nach § 260 Abs. 2 beschränkt (Örtmann [2] Anm. 4 zu § 260, Schwiening, DJZ. **01** 551). **b)** OLG. **14** 283 (Hamburg). Das Verzeichnis des Nachlasses, das nach § 2314 gefordert werden kann, muß begriffsmäßig die Nachlaßgegenstände und die Nachlaßverbindlichkeiten enthalten (§§ 1993, 2001), die Pflicht zur Auskunftserteilung nach § 260 BGB. bezieht sich aber nur auf die Nachlaßgegenstände, und auch nur auf solche, die sich im Besitze des Erben oder eines Miterben befinden oder von diesen noch vorgezeigt werden können. Gibt der Erbe alle Nachlaßgegenstände fort, ohne einem gemäß § 2314 geäußerten Verlangen des Pflichtteilsberechtigten entsprochen zu haben, so ist er damit noch nicht der Verpflichtung zur Auskunftserteilung und gegebenenfalls zur Leistung des Offenbarungseids (§ 260) ledig geworden. Es wird von den Umständen abhängen, ob darin, daß der Erbe bei der Auskunftserteilung dem berechtigten Verlangen des Pflichtteilsberechtigten nicht entsprochen hat, ausreichender Grund zu der Annahme zu finden sein wird, daß bei der Angabe des Bestandes des Nachlasses nicht mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren ist. **c)** BayRpflZ. **07** 261 (München). Das Verzeichnis der §§ 2314, 260 BGB. ist im Gegensatze zum Verzeichnisse des § 1960 und dem des § 1993 (Nachlaßinventar) in erster Linie ein von dem Erben anzufertigendes formloses privates Schriftstück. Auch für den Inhalt des Verzeichnisses sind besondere Vorschriften nicht vorhanden, insbes. ist § 2001 nicht anwendbar. Es genügt, daß das Verzeichnis eine Zusammenstellung der einzelnen Nachlaßbestandteile mit Einschluß der Forderungen und Passiven enthält.

2. Begrenzung der Rechte des nicht als Erbe eingesetzten Pflichtteilsberechtigten. **a)** HessRspr. **7** 151 (LG. Darmstadt). Der nicht als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte hat kein selbständiges

Recht, das Verzeichnis der Nachlaßgegenstände selbst aufzunehmen oder durch das Nachlaßgericht aufnehmen zu lassen, vielmehr steht ihm nur das im § 2314 vorgesehene Klagerecht gegen den Erben zu. **b)** OLG. **14** 293 (KG.). Der nicht als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte kann als Nachlaßgläubiger weder auf Grund des § 1993, noch des § 2314 BGB. unmittelbar das Nachlaßgericht mit dem Antrag angehen, das Inventar oder das Bestandsverzeichnis aufzunehmen (KGJ. **27** A 51).

§ 2315. Kretzschmar, ZBlFG. **8** 11 ff. (18). Ob der Erblasser durch die Bestimmung der Anrechnung einer Zuwendung auf den Erbteil damit die Anrechnung auf den Pflichtteil hat bestimmen wollen, ist Auslegungsfrage; die Frage wird meist zu bejahen sein. Umgekehrt wird auch die Bestimmung der Anrechnung auf den Pflichtteil für den Fall, daß es zur gesetzlichen Erbfolge kommt, die Verpflichtung des Erben begründen, sich die Zuwendung auf den Erbteil anrechnen zu lassen. — Die Anrechnung auf den Pflichtteil kann nicht stillschweigend bestimmt werden.

§§ 2315, 2316. Kretzschmar, ZBlFG. **8** 18. Die im § 2316 bestimmte Ausgleichungspflicht führt nicht zu einer Abminderung der Pflichtteilslast, sondern dient lediglich dem Zwecke, der bei der gesetzlichen Erbfolge stattfindenden Ausgleichung unter den Abkömmlingen des Erblassers auch bei der Bestimmung des Pflichtteils Geltung zu verschaffen. Die Pflichtteilslast im ganzen bleibt dadurch unberührt, eine Veränderung erfährt nur die Verteilung unter den Pflichtteilsberechtigten. Dagegen kann nach § 2315 BGB. der Erblasser, indem er bei einer unter Lebenden durch Rechtsgeschäft gemachten Zuwendung deren Anrechnung auf den Pflichtteil bestimmt, dadurch eine Abminderung der Pflichtteilslast herbeiführen (19). Die Anrechnung beruht auf dem Gedanken, daß die Zuwendung einen Vorausempfang auf den Pflichtteil bildet und der Pflichtteil deshalb eine entsprechende Minderung zu erfahren hat. Die Minderung wird nach § 2315 Abs. 2 in der Weise herbeigeführt, daß der Wert, den die Zuwendung zu der Zeit hatte, als sie erfolgte, bei der Bestimmung des Pflichtteils dem Nachlasse hinzugerechnet und die Hälfte des sich hiernach für den Erbteil des Pflichtteilsberechtigten ergebenden Wertes um den Betrag der Zuwendung gekürzt wird. Anders wie bei der Ausgleichung erfolgt dabei die Berechnung gegenüber jedem Pflichtteilsberechtigten besonders. Eine Gesamtberechnung findet nicht statt, weil sonst eine Ausgleichung herbeigeführt würde und die Anrechnung gerade der Minderung der Pflichtteilslast dient, daher auch lediglich dem Träger der Pflichtteilslast zustatten kommt. Der Fall, daß eine anrechnungsfähige Zuwendung zugleich der Ausgleichung unterliegt, ist im § 2316 Abs. 4 vorgesehen und geregelt. Eine Unstimmigkeit zwischen dieser Vorschrift und der des § 2315 Abs. 2 Satz 1 ergibt sich, falls man unter dem in der letzgenannten Vorschrift gebrauchten Worte „Nachlaß" den Gesamtnachlaß versteht, wie durch die 21, 22 aufgestellte Berechnung dargelegt wird. Infolgedessen findet sich die Meinung vertreten, daß hierbei eine besondere Berechnung erforderlich sei, so bei Strohal § 56 IV, Staudinger, Anm. V zu § 2316, Jacubetzky, R. **06** 286, alle drei Schriftsteller mit verschiedenem Ergebnisse. Infolgedessen wird einer einschränkenden Auslegung des § 2315 Abs. 2 Satz 1 das Wort geredet, nämlich dahin, daß unter „Nachlaß" im Sinne dieser Gesetzesstelle der auf den gesetzlichen Erbteil des Berechnungspflichtigen entfallende Teil des Nachlasses zu verstehen ist. Bei dieser Auslegung kommt der Anrechnung in allen Fällen gleichmäßig die Wirkung zu, daß sie eine Minderung des Pflichtteils um die Hälfte der anzurechnenden Zuwendung mit sich bringt. Bei der Berechnung kann man allgemein so verfahren, daß man den von dem gesetzlichen Erbteile berechneten Pflichtteil eines jeden Anrechnungspflichtigen um den halben Betrag der Zuwendung kürzt.

§ 2316. OLG. **14** 308 (Hamburg). Der § 2316 Abs. 4 greift nur Platz, wenn die ausgleichungspflichtige Zuwendung von dem Erblasser zugleich „mit der Bestimmung“ gemacht ist, daß sie auf den Pflichtteil angerechnet werden solle. Eine solche Bestimmung ist nicht in der Tatsache zu erblicken, daß nach dem zur Zeit der Zuwendung in Betracht kommenden Rechte Aussteuern auf den Pflichtteil anzurechnen waren.

§ 2318. OLG. **14** 308 (KG.). Der § 2318 regelt lediglich die Frage, ob und inwieweit der Erbe die ihm Dritten gegenüber obliegende Pflichtteilslast auf die Vermächtnisnehmer abwälzen darf. Die Verteilung der Pflichtteilslast zwischen dem Erben und dem Vermächtnisnehmer wird im Abs. 3 einer besonderen Regelung für den Fall unterworfen, daß der die Pflichtteilslast tragende Erbe selbst pflichtteilsberechtigt ist. Das Gesetz bringt hierbei durch die Worte „wegen der Pflichtteilslast“ deutlich zum Ausdrucke, daß der Erbe zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs eines Dritten sich nicht seinen eigenen Pflichtteil schmälern zu lassen braucht, vielmehr zu dem gedachten Zwecke das Vermächtnis, ohne seinen Pflichtteil anzugreifen, kürzen kann. Der Betrag der aus dem fremden Pflichtteil entspringenden Pflichtteilslast ist der Höchstbetrag, bis zu dem sich die Kürzung des Vermächtnisses erstrecken darf. Dagegen besagt die Vorschrift nicht, daß ein Erbe, der die Pflichtteilslast Dritten gegenüber nicht zu tragen hat, ein Vermächtnis zu dem Zwecke, die Verletzung seines eigenen Pflichtteils zu vermeiden, kürzen dürfe. Vielmehr kann sich der Erbe gegen die Beeinträchtigung seines eigenen Pflichtteils durch die Auferlegung von Vermächtnissen nur nach Maßgabe des § 2306 BGB. schützen (Planck Anm. 4, Staudinger Anm. 3 zu § 2318, Küntzel, GruchotsBeitr. **41** 613).

§ 2325. 1. *Natter, ZVlfG. **8** 303. Hat der Erblasser einen Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter (zugunsten der Ehefrau, der Erben, der Hinterbliebenen der Familie) abgeschlossen, so gehört der Anspruch auf Zahlung der Versicherungssumme nicht zum Nachlasse, da der Begünstigte einen direkten Anspruch gegen die Versicherungsanstalt erwirbt (§ 330 BGB.). Die Lebensversicherung hat sonach bei der Berechnung des Pflichtteils außer Ansatz zu bleiben, da der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls der Berechnung des Pflichtteils zugrunde zu legen ist (§ 2311 BGB.). Die Lebensversicherung zugunsten Dritter erfüllt jedoch den objektiven und subjektiven Tatbestand der Schenkung, was des näheren ausgeführt wird. Der Pflichtteilsberechtigte kann sonach als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn die Forderung gegen den Versicherer auf Zahlung der Lebensversicherungssumme zum Nachlasse hinzugerechnet wird.

2. BadRpr. **07** 31 (LG. Mannheim). Eine Bereicherung der Witwe aus dem Vermögen des Erblassers liegt nicht in dem Abschluß eines die allgemeine Gütergemeinschaft zwischen den Eheleuten begründenden Ehevertrags, vielmehr wurde dadurch nur eine Anwartschaft der Witwe darauf begründet, beim Tode die Hälfte der Gemeinschaft zugewiesen zu bekommen, falls noch Vermögen vorhanden sein sollte.

3. Vgl. auch Ziff. 3 zu § 2329.

§ 2329. 1. Meyer, SeuffBl. **07** 18. Der § 2329 kommt auch bei der gesetzlichen Erbfolge zur Anwendung. AM. Pütter, GruchotsBeitr. **47** 348. Die Beweislast, daß eine Schenkung vorliege, hat der Pflichtteilsberechtigte. Eine Schenkung kann in einem Verkauf unter dem Werte liegen. Besondere Schwierigkeiten entstehen, wenn das Geschäft ein gewagtes ist. Wird dargelegt an einem vom OLG. Breslau entschiedenen Rechtsfalle.

2. SchlHolstAnz. **07** 146 (Kiel). Der Fall des § 2329 liegt vor, wenn ein Aktivnachlaß nicht vorhanden ist und der Erbe daher gemäß § 1990 BGB. die

Ergänzung des Pflichtteils verweigern darf. Den Nachweis der Schenkung hat der Pflichtteilsberechtigte zu führen. Eine Schenkung liegt dann nicht vor, wenn aus besonderen Gründen (z. B. Not des Verkäufers, Verwandtschaft oder Freundschaft der Vertragsteile) der Preis unter dem Sachwerte bestimmt wird und beide Teile sich zwar dessen bewußt, dennoch aber dahin einverstanden sind, daß dieser Preis der Entgelt für den vollen Sachwert sein soll. Dies gilt namentlich bei der Gutsüberlassung an ein Kind des Verkäufers.

3. RheinA. **104** I 62 (Cöln). Dem Beschenkten sind im Falle des § 2329 die bis zum Erbfalle gezogenen Früchte nicht anzurechnen, denn nach § 2325 gehören zur Nachlaßmasse die tatsächlich gezogenen, aber zur Zeit des Erbfalls nicht mehr vorhandenen Früchte begrifflich niemals, und wenn im Falle des § 2329 für die Schenkmasse etwas anderes gelten sollte, hätte dies ausdrücklich bestimmt werden müssen. — Im Sinne des § 2329 Abs. 3 läßt sich von einem „früher Beschenkten" nicht reden, wenn von zwei gleichzeitigen Schenkungsversprechen die Vollziehung des einen auf einen späteren Termin hinausgeschoben ist.

§ 2332. 1. **RG. 66** 30, JW. **07** 335, DJZ. **07** 771, R. **07** 1201, ElsLothNotZ. **07** 235. „Kenntnis" im § 2332 bedeutet nicht nur eine durch amtliche Verkündung (§§ 2260, 2300) vermittelte. In der singulären Vorschrift des § 1944 ist nicht der Ausspruch eines auch nur auf erbrechtlichem Gebiet allgemeine Geltung beanspruchenden Grundsatzes zu erblicken. Diese Vorschrift hat Bedeutung, wenn es sich um die auch für die Beziehung zu den Nachlaßgläubigern wichtige Frage des Erbewerdens handelt; es ist aber kein Grund ersichtlich, den pflichtteilsberechtigten nahen Familienangehörigen des Erblassers die Berufung auf eine Formvorschrift auch dann zu gestatten, wenn sie bereits zur Zeit des Erbfalls von der Sachlage voll unterrichtet und sogar im Besitz einer Ausfertigung der sie beeinträchtigenden Verfügung gewesen sind.

2. OLG. **14** 309 (KG.). Die Verjährung beginnt schon von dem Zeitpunkt ab, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritte des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt hat; unerheblich ist, ob er auch von der Beeinträchtigung Kenntnis erhalten hat. Die nachteilige Verfügung muß er kennen, nicht den Nachteil, den sie bereitet, anders im Falle des § 852 BGB. Dahingestellt gelassen ist, ob unter besonderen Umständen der Verjährungseinrede gegenüber die Replik der Arglist statthaft ist.

§ 2337. Über die Rechtsnatur und Behandlung der Verzeihung vgl. *Manigk oben zu § 532.

§ 2338. **RG.** R. **07** 453, BayRpflZ. **07** 278, SeuffA. **62** 330, DJZ. **07** 483. Der Gesetzgeber kann nicht gewollt haben, daß der Abkömmling, den der Erblasser nach § 2338 Abs. 2 Satz 1 für verschwenderisch oder überschuldet erklärt hat, um dieser Erklärung willen besser dastehen, er also befugt sein soll, den über den Pflichtteil hinausgehenden Erbteil anzunehmen, die Beschränkungen und Beschwerungen dagegen je nach der Richtigkeit und Unrichtigkeit des in der letztwilligen Verordnung gegen ihn erhobenen Vorwurfs entweder, soweit sie über § 2338 hinausgehen, oder gänzlich zurückzuweisen. Will er vielmehr die Beschränkungen und Beschwerungen nicht hinnehmen, so bleibt ihm nur übrig, wie jeder andere Pflichtteilsberechtigte das im § 2306 Abs. 1 Satz 2 vorgesehene Recht auszuüben, also den größeren Erbteil auszuschlagen und den kleineren Pflichtteil zu fordern (Prot. V 571) Von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Vorwurfes hängt es dann ab, ob er den Pflichtteil nur mit den verordneten Beschränkungen des § 2338 oder ob er ihn unbeschränkt erhält.

Sechster Abschnitt. Erbunwürdigkeit.

Literatur: Hellwig, Erbrechtsfeststellung und Reszission des Erbschaftserwerbes, Beiträge zur Lehre von der querela inofficiosi testamenti des klassischen römischen Rechtes. Leipzig 1908.

§ 2340. Abs. 3. Zitelmann, Festschrift für Bekker 165. Die Frist ist nur gewahrt, wenn die erhobene Anfechtungsklage auch wirklich zu einer Erbunwürdigkeitserklärung durch den Richter führt. Die Anfechtungsklage kann nur dann wirksam zum zweiten Male erhoben werden, wenn die Anfechtungsfrist bei der Wiedererhebung noch nicht abgelaufen ist.

§ 2342. OLG. **14** 310 (Dresden) — schon JDR. **5** Ziff. 2 zu § 2342. Die gesetzliche Fiktion, daß der in Wirklichkeit stattfindende Anfall der Erbschaft an den Erbunwürdigen nicht geschehen sei, ist an die Rechtskraft des auf die Anfechtungsklage ergehenden, die Erbunwürdigkeit aussprechenden Urteils gebunden und wird nicht ersetzt durch das in öffentlich beglaubigter Form ausgesprochene Anerkenntnis der Erbunwürdigkeit, selbst wenn es auf Vertrag beruht und selbst wenn es im Prozesse durch Anerkenntnisurteil ausgesprochen ist.

§ 2344. *Hellwig aaO. 91 ff. Das Urteil, in dem ein Erbe für erbunwürdig erklärt wird, wirkt inter omnes nur, soweit sich daran die Reszission des Erbschaftserwerbes des Beklagten knüpft. Daß diese Reszission mit Recht erfolge, stellt das Urteil nur inter partes fest. Daher kann z. B. ein Erbschaftsschuldner, der an einen Erben geleistet hat, dessen Erbschaftserwerb nachträglich wegen angeblicher Erbunwürdigkeit zu Unrecht rückgängig gemacht wurde, gegenüber einer Klage des Siegers im Erbunwürdigkeitsprozeß, ohne gegen die Rechtskraft zu verstoßen, auch dann durch jene Leistung frei geworden sein zu behaupten, wenn er davon wußte oder wissen mußte (§ 142 Abs. 2 BGB.), daß sich der Kläger mit der Absicht trug, die nach der richtigen Ansicht des Erbschaftsschuldners unbegründete Anfechtungsklage wegen Erbunwürdigkeit zu erheben. — Die rückwirkende Kraft, die dem Wegfall eines Rechtssubjekts beigelegt wird, vermag nicht die Tatsache der Rechtsinhabung dieses Subjekts aus der Welt zu schaffen, sondern nur ihre rechtliche Berücksichtigung auszuschließen. Daher kann eine Bestimmung, die Rückwirkung statuiert, nicht über das Gebiet hinaus in Betracht kommen, für das sie gegeben worden ist. Demnach wirkt z. B. trotz der Bestimmung von § 2344 Abs. 1 BGB. die (prozeßrechtliche) Rechtskraft aus den Prozessen, die ein später im Wege der Erbunwürdigkeitsklage beseitigter Erbe geführt hat, nach § 325 Abs. 1 ZPO. für und gegen den Nächstberufenen; der erbunwürdige Erbe ist nicht nur tatsächlich, sondern innerhalb der Grenzen, die sich nach § 2344 Abs. 1 ergeben, auch rechtlich Rechtsvorgänger des siegreichen Anfechtungsklägers.

Siebenter Abschnitt. Erbverzicht.

§ 2348. PucheltsZ. **38** 659 (Düsseldorf). Ein Erbverzichtsvertrag ist nichtig, wenn Erblasser und Erbe zu verschiedenen Zeiten vor dem Notar erschienen sind und dieser die beiderseitigen Erklärungen in einer Urkunde zusammengefaßt hat. Zur Erfüllung der Formvorschrift des § 128 BGB. gehört, daß die notarielle Urkunde des Angebots fertiggestellt ist (§ 177 Abs. 3 FGG.), wenn die Annahme erfolgt.

§§ 2349, 2352. OLG. **14** 311, KGJ. **34** A 108 (KG.). Der § 2349 ist auf die Fälle des § 2352 BGB. nicht anwendbar, deshalb folgt aus allgemeinen Grundsätzen, daß das selbständige testamentarische Ersatzerbrecht (BGB. § 2097) der Abkömmlinge des Verzichtenden durch seinen Erbverzicht nicht berührt wird. Dahingestellt gelassen ist, ob der Erbverzicht auch für die Person des Verzichtenden dann als unwirksam erachtet werden könnte, wenn er sein Ziel, daß der Verzicht aus-

schließlich zugunsten eines, nicht auch eines anderen Abkömmlinges wirken sollte, nicht erreicht hat.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Vorbemerkung: Zu diesem Abschnitt ist fast ausschließlich über höchstrichterliche Entscheidungen zu berichten, in denen besonders bemerkenswerte Gesichtspunkte nicht hervorgetreten sind. Zu § 2368 wird von dem KG. das im Anschluß an § 36 GBO. von der Praxis geschaffene Zeugnis über die Annahme des Vollstreckeramts als gleichbedeutend mit dem Testamentsvollstreckerzeugnis angesehen.

Literatur: Fleischmann, Der Erbschein, Gesetz u. Recht 8 89.

§ 2353. 1. Antragsrecht a) des Nacherben. KG. KGJ. **33** A 98, OLG. **14** 300 Anm. 1, RJA. **8** 27, KGBl. **07** 10. Vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge kann der Nacherbe die Erteilung eines Erbscheins weder für sich selbst noch für den Vorerben beantragen. **b)** des Anerben (preuß. Recht). KGJ. **34** A 333. (KG.) Ist ein Hof rechtswirksam gemäß dem Höfegesetze für die Provinz Hannover v. 2. Juni 1874 in die Höferolle eingetragen, so ist der Anerbe des Hofbesitzers berechtigt, einen Erbschein mit dem Inhalte zu verlangen, daß er Anerbe des Hofes sei. Das Nachlaßgericht ist aber befugt, die Rechtswirksamkeit der Eintragung des Hofes in die Höferolle (als einer erleichterten Form der letztwilligen Verfügung) vor der Erteilung des Erbscheins gemäß § 2359 nachzuprüfen.

2. Inhalt des Erbscheins a) nur auf den Namen des Erben (nicht auch des Erbeserben oder des Anteilserwerbers nach § 2033). Die Entsch. des **RG.** — zufolge Dissenses zwischen KGJ. **30** A 101 (JDR. **4** Ziff. 1 zu § 2357) und RJA. **3** 229 (Colmar) u. Sächs. OLG. **24** 375 — jetzt auch **RG. 64** 173, R. **07** 574, ElsLothJZ. **32** 91, PucheltsZ. **37** 705. **b)** entsprechend dem Antrag und nur der gesetzliche Inhalt. α. RJA. **8** 32 (KG.). Der Erbschein darf nur den gesetzlichen Inhalt haben und nur die in den §§ 2363, 2364 bezeichneten Beschränkungen enthalten (KGJ. **31** A 120); deshalb darf auch eine testamentarische Bestimmung, daß der Erbe das Kapital erst später ausgezahlt erhalten solle, in den Erbschein nicht aufgenommen werden. — Unzulässig ist es, einen Erbschein mit beschränkterem Inhalt, als beantragt, zu erteilen (OLG. **8** 297, **9** 435, KGJ. **29** A 42, **30** A 100, 103). Vgl. auch Ziff. 1 zu § 2359. β. SchlHolstAnz. **07** 209 (Kiel). Die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins ist davon abhängig, daß der Antragsteller unter bestimmter Angabe der den Erben zuzusprechenden Erbteile einen bestimmten Antrag stellt, welcher Inhalt dem Erbscheine zu geben ist, und daß nach Ansicht des Richters der Antrag gerade das Richtige trifft. Anderenfalls ist der Antrag abzulehnen (OLG. **8** 297, **9** 435, 437). Nicht unzulässig, vielmehr zweckmäßig ist ein kurzer unverbindlicher Hinweis auf das dem überlebenden Ehegatten als Folge des Güterstandes (z. B. nach früherem sächs. Rechte) zustehende Recht, ebenso RundVf. des OLGPräs. in Kiel vom 16. Juli 1905 (I 9247). **c)** Angabe der Vornamen. KGBl. **07** 107 (LG. I Berlin). In den Erbschein ist nicht bloß der wirkliche Vorname des Erblassers aufzunehmen, sondern auch derjenige Vorname, den er im rechtsgeschäftlichen Verkehre zu führen pflegte; doch empfiehlt es sich, im Erbschein erkennbar zu machen, welcher Vorname der gesetzliche und welcher der tatsächlich geführte gewesen ist.

§ 2356. 1. Vorlegung öffentlicher Urkunden. **a)** Bei Beerbung von Geschwistern. NaumburgAK. **07** 38 (KG.). Zur Erteilung eines Erbscheins hinter Geschwistern sind nur die Geburtsurkunden der Geschwister, nicht auch die Heiratsurkunde der Eltern beizubringen, da die eheliche Abstammung durch die Geburtsurkunde nachgewiesen wird. Zum Nachweise des Erbrechts nach der Mutter bedarf es überhaupt nicht des Nachweises der ehelichen

Abstammung (§§ 1705, 1924). Vgl. auch Ziff. 1 a, b zu § 22 PStG. b) Bei Beerbung des Ehegatten. NaumburgAK. 07 80 (KG.). Zum Nachweise der Verheiratung des Erblassers kann die Heiratsurkunde nicht durch andere Urkunden, aus denen die Verheiratung hervorgeht, ersetzt werden. Daß in anderen standesamtlichen Urkunden auch Eintragungen vorgeschrieben sind, aus denen die Verheiratung einer Person entnommen werden kann (§ 22 Ziff. 5, § 59 Ziff. 4 PStG.), steht dieser Auffassung nicht entgegen, da diese Vermerke nur dazu bestimmt sind, die Feststellung der Identität der betreffenden Person zu ermöglichen und nur in dieser Beziehung eine Beweiskraft besitzen, nicht aber auch, losgelöst von dieser Beziehung, die Tatsache gerade der Verheiratung, wenn es auf diese ankommt, zu beurkunden bestimmt sind. Dasselbe gilt von dem Vermerke der Legitimation eines unehelichen Kindes (§ 26 PStG.), selbst wenn am Rande der Geburtsurkunde ausdrücklich auf die Eintragung der Eheschließung im Heiratsregister Bezug genommen ist, da auch dieser Vermerk lediglich zur Beurkundung der eingetretenen Veränderung der Standesrechte des Kindes bestimmt ist, also auch nur insoweit Beweiskraft nach § 15 PStG. beanspruchen kann. c) Zum Nachweise des Todes eines Verschollenen. α. R. 07 1325, OLG. 16 61, ElsLothJZ. 07 638 (Colmar). Durch die Unmöglichkeit, mittels Personenstandsurkunden den Tod eines seit Jahrzehnten Verschollenen zu beweisen, wird der Antragsteller nicht genötigt, das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung des Verschollenen einleiten zu lassen, da auch das hiernach ergehende Ausschlußurteil nur die Vermutung für den Tod begründet, also einer öffentlichen Urkunde im Sinne des § 2356 nicht gleichgestellt werden kann. Es genügt die Benutzung anderer für die Feststellung zu Gebote stehender Erkenntnisquellen. β. Seuff. Bl. 07 84 (LG. I München). Die Beschaffung einer Urkunde kann dann nicht als mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten verbunden erachtet werden, wenn sie in einem gesetzlich geregelten Verfahren (z. B. im Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung) zu erfolgen hat, sofern keine andere Schwierigkeit in Frage kommt, als daß die Erledigung des Verfahrens Zeit in Anspruch nimmt und Kosten verursacht.

2. Abgabe der Versicherung an Eidesstatt. OLG. 16 64, ElsLothJZ. 07 542, ElsLothNotZ. 07 313 (Colmar), übereinstimmend Freudenthal, R. 07 1506. Auch für einen solchen Minderjährigen, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, kann der Inhaber der elterlichen Gewalt die in §§ 2356 Abs. 2, 2357 Abs. 4 vorgeschriebene Versicherung an Eidesstatt abgeben. Es handelt sich hierbei um die Beteuerung des guten Glaubens an rechtliche Vorgänge, die einem Minderjährigen nicht zugemutet werden kann und auch durch § 473 Abs. 2 ZPO. nicht zugemutet wird, da andere Eide als über Wahrnehmung von Tatsachen (§ 459 Abs. 1 ZPO.) von der Beeidigung durch den Minderjährigen ausgeschlossen sind. AM. JDR. 4 Ziff. II zu § 2356, Weißler, Nachlaßverfahren 216, Boschan, Nachlaßsachen I 46, Münchmeyer, Erbnachweis 96, Eichhorn, GruchotsBeitr. 45 235.

3. Offenkundigkeit. Marcus, ZBlFG. 8 242. Stirbt ein zwei Jahre altes uneheliches Kind, so wird durch Vorlegung der Geburts- und Sterbeurkunde des Kindes das alleinige Erbrecht der Mutter nachgewiesen (§§ 2229 Abs. 2, 2275, 1589 Abs. 2, 1925 Abs. 3 BGB.). Die Rechtsnachfolge der Mutter ist hiernach offenkundig und es bedarf daher überhaupt keines Erbscheins.

§ 2357. 1. Abs. 2. Angabe der Erbteile. RJA. 9 6 (KG.). In dem Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins müssen die Erbteile der einzelnen Erben in Bruchteilen des Nachlasses angegeben werden, es genügt nicht die Angabe, die Erbteile seien die gesetzlichen. Nur wenn jeder Zweifel daran ausgeschlossen ist, daß der Antragsteller sich der Höhe der gesetzlichen

Erbteile bewußt ist, kann unbedenklich der Erbschein erteilt werden. Die Angabe der Erbteile braucht nicht in notarieller oder gerichtlicher Form zu erfolgen.

2. Abs. 3. Annahme der Erbschaft. a) ElsLothJZ. **07** 551 (Colmar). Die Ausstellung eines Erbscheins setzt die Annahme der Erbschaft durch sämtliche Erben voraus. b) ElsLothNotZ. **07** 312 (Colmar). Die Vorschrift, daß der nicht von allen Erben gestellte Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins die Angabe zu enthalten habe, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben, ist zwingenden Rechtes. Die Angabe ist auch dann erforderlich, wenn die Annahme der Erbschaft seitens der übrigen Erben beim Nachlaßgericht offenkundig ist.

3. Abs. 4. SchlHolstAnz. **07** 42, RJA. 8 27, OLG. **14** 300 Anm. 1, KGJ. **33** A **98**, KGBl. **07** 10 (KG.). Das Nachlaßgericht ist nicht berechtigt, von dem die Erteilung eines Erbscheins nachsuchenden Vorerben die Beibringung einer von dem Nacherben an Eidesstatt abzugebenden Versicherung zu fordern. § 2357 Abs. 4 bezieht sich nur auf Miterben, d. h. auf nebeneinander zur Erbschaft berufene Personen, nicht aber auf Nacherben im Verhältnisse zum Vorerben. OLG. 8 298 (KG) bezieht sich nur auf vorhandene, aber dem Gerichte bisher nicht zugänglich gemachte öffentliche Urkunden, nicht aber auf eidesstattliche Versicherungen.

§ 2358. **RG.** JW. **07** 366, R. **07** 702, BayRpflZ. **07** 347, SeuffBl. **07** 1041. Nach § 2356 Abs. 1 bildet die Unmöglichkeit, die das Erbrecht der Antragsteller ergebende Testamentsurkunde vorzulegen, kein Hindernis für die Erteilung des Erbscheins, wenn das Vorhandensein einer gültigen letztwilligen Verfügung mit anderen Beweismitteln dargetan werden kann. Selbst wenn der Erblasser das Testament vernichtet hat, so wäre doch nur nach § 2255 Abs. 2 die Vermutung dafür begründet, daß er die Aufhebung des Testaments beabsichtigt habe, und diese Vermutung könnte im Laufe des Ermittelungsverfahrens (§ 2358) mit allen zulässigen Beweismitteln widerlegt werden. Vgl. auch Ziff. 7 zu § 2231 und zu § 2255.

§ 2359. 1. OLG. **14** 314 (Darmstadt). Eine Verfügung von Todes wegen ist an erster Stelle aus sich selbst auszulegen, und nur zur Erläuterung und Bestätigung des hieraus gewonnenen Ergebnisses dürfen außerhalb liegende Beweise berücksichtigt werden. Es überschreitet die Grenzen einer zulässigen Auslegung, wenn lediglich aus äußeren Lebensumständen und unverbindlichen Äußerungen der Erblasserin Schlüsse hinsichtlich ihres Willens gezogen werden, die in dem Inhalte der Willenserklärung selbst keine Stütze finden.

2. KGJ. **34** A 112, ZBlFG. 8 501, OLG. **16** 62 (KG.). Hat der Testamentserbe nach Annahme der Erbschaft dem gesetzlichen Erben gegenüber im Wege des Vergleichs die Nichtigkeit des Testaments anerkannt, so enthebt dieses Anerkenntnis das Nachlaßgericht nicht der Pflicht zur Prüfung der Gültigkeit des Testaments. Der Vergleich ist nur Beweismittel für die Nichtigkeit des Testaments, macht es aber selbst nicht nichtig.

3. Vgl. auch Ziff. 1 u. 2 zu § 2360.

§ 2360. 1. BayObLG. 8 202, BayRpflZ. **07** 417, ZBlFG. 8 254, SeuffBl. **07** 895, OLG. **16** 59. (BayObLG.) Die Erteilung des Erbscheins wird durch einen Streit über das Erbrecht oder die Größe der Erbteile nicht gehindert. Vgl. § 54 Abs. 1 BayBek. v. 20. März 1903, das Nachlaßwesen betreffend (JMBl. 111). Bei der Auslegung einer Verfügung von Todes wegen ist das Nachlaßgericht weder an die übereinstimmende Ansicht der Beteiligten gebunden, noch durch eine Meinungsverschiedenheit gehindert, nach seiner Überzeugung zu entscheiden.

2. R. **07** 1141 (BayObLG.). Das Nachlaßgericht hat, wenn ein Antrag auf Erteilung oder Einziehung eines Erbscheins gestellt ist, Zweifel über die Gültig-

keit eines Testaments selbst zu lösen, auch wenn ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig ist. Die Verweisung der Beteiligten auf den Prozeßweg ist unzulässig. Andererseits trägt die Entscheidung des Nachlaßgerichts nur den Charakter einer vorläufigen Feststellung, während der endgültige Ausspruch, wer Erbe ist, nach wie vor dem Prozeßgerichte gebührt.

§ 2361. 1. a) BayObLG. **8** 411, OLG. **16** 66 Anm. 1. (BayObLG.). Wer im Erbschein als Nacherbe bezeichnet ist, kann, wenn ihm nach seiner Ansicht die Bezeichnung nicht zukommt, die Berichtigung des Erbscheins verlangen und über die Ablehnung sich beschweren, weil er der Gefahr ausgesetzt ist, mit Nachlaßangelegenheiten, die ihn nichts angehen, behelligt zu werden. b) PosMSchr. **07** 108 (LG. Stettin). Jeder einzelne Miterbe kann die Einziehung eines unrichtigen Erbscheins in Anregung bringen (§ 2361 Abs. 3) und die Erteilung eines neuen richtigen beantragen.

2. R. **07** 1325, OLG. **16** 66 (Braunschweig). Bei Prüfung der Richtigkeit des erteilten Erbscheins ist der Inhalt aller letztwilligen Verfügungen maßgebend, nicht nur der im Erbschein als maßgebend bezeichneten. Entscheidend ist nur, ob der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt des Erbscheins objektiv richtig ist, nicht ob die notwendigen Bezeugungen auf die angenommenen und im Erbschein (unnötigerweise) näher bezeichneten Grundlagen gestützt werden können.

§ 2363. 1. Die Entsch. des **RG.** — JDR. **5** Ziff. II 1 zu § 2363 — auch RJA. **8** 16.

2. OLG. **14** 300 (Hamburg). Enthält ein Erbschein nicht die Bemerkung, daß das Testament eine der im § 2137 BGB. vorgesehenen Befreiungen vorsieht, so weist er den Vorerben nicht als befreiten, sondern als nicht befreiten Vorerben aus. Sein Inhalt ist nach § 36 GBO. für das GBA. maßgebend.

3. Sorgenfrey, DJZ. **07** 422, bekämpft die Ansicht des KGJ. **24** A 185 — JDR. **1** Ziff. 2 zu § 2363 —, wonach das Nachlaßgericht festzustellen habe, wem zur Zeit der Ausstellung des Erbscheins das Nacherbfolgerecht zustehe, und ist der Ansicht, daß das Nachlaßgericht von dem Vorerben nur die Angaben gemäß § 2355 BGB. und keine Angaben über den Nacherben verlangen könne, daß jedoch, wenn der Vorerbe über die Person des Nacherben Angaben mache, die aus dem Testament allein sich nicht ergäben, das Nachlaßgericht gemäß § 2358 zu verfahren habe.

§ 2364. RJA. 8 32, 34, OLG. **14** 315. KGJ. **33** A 100 (KG.). Unzulässig ist die Erteilung eines Erbscheins ohne die Angabe, daß ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, auch wenn der vom Erblasser ernannte Testamentsvollstrecker das Amt abgelehnt oder gekündigt hat und ein anderer Testamentsvollstrecker an Stelle des weggefallenen nicht ernannt ist. Den Nachweis seiner freien Verfügungsbefugnis hat in diesem Falle der Erbe durch andere Mittel, insbes. Verfügungen des Nachlaßgerichts zu erbringen, aus denen erhellt, daß die Ernennung des Testamentsvollstreckers wirkungslos geworden ist.

§ 2366. **RG.** ZBlFG. 8 327. Wer von dem durch Erbschein legitimierten vermeintlichen Vorerben etwas erwirbt, kann sich auf den öffentlichen Glauben des Erbscheins auch dann berufen, wenn er von dessen Dasein und Inhalt keine Kenntnis hat.

§ 2368. 1. RJA. **8** 20, OLG. **14** 316, ZBlFG. **7** 767, DNotV. **07** 320 (KG.). Das Zeugnis über die Annahme des Vollstreckeramts, welches seine Anerkennung in der Praxis dem § 36 GBO. verdankt, ist in Wirklichkeit nichts anderes als das Testamentsvollstreckerzeugnis des § 2368 und unterscheidet sich von letzterem nur dadurch, daß es die aus der Verfügung von Todes wegen selbst ersichtlichen Angaben (vgl. BGB. § 2368 Abs.1, § 2224) nicht zu enthalten braucht.

Hieraus ergibt sich zwar für den Grundbuchverkehr, daß das Annahmezeugnis neben einem öffentlichen Testamente keine Erleichterung für die Beteiligten bedeutet (vgl. Predari 544), allein es bedarf auch eines solchen Zeugnisses nicht immer. Hat der in einem öffentlichen Testament Ernannte die Annahmeerklärung zum Protokolle des Nachlaßgerichts abgegeben, so genügt für den Grundbuchverkehr neben dem Testament und der Eröffnungsverhandlung eine Ausfertigung des Protokolls des Nachlaßgerichts; hat er die sonstwo in öffentlich beglaubigter Form abgegebene Annahmeerklärung dem Nachlaßgericht eingereicht, so kann sich der Grundbuchrichter mit einer solchen Urkunde und einem Zeugnisse des Nachlaßgerichts über den Eingang begnügen (vgl. § 36 Abs. 2 GBO.). Ein Zeugnis der letzteren Art kann das Nachlaßgericht ohne sachliche Prüfung ausstellen, dagegen setzt das Zeugnis über die Annahme des Amtes, weil es mittelbar auch die Ernennung des Annehmenden bescheinigt und infolgedessen eine dem § 2365 BGB. entsprechende Bedeutung hat, die im § 2368 angeordnete materielle Prüfung seitens des Nachlaßgerichts voraus.

2. DJZ. **07** 1264 (BayObLG.). Ein gemeinschaftliches Zeugnis, das mehreren vom Erblasser mit gleichen Befugnissen ernannten Testamentsvollstreckern vom Nachlaßgericht erteilt worden ist, ist nicht deshalb unrichtig, weil darin die Namen der Testamentsvollstrecker in anderer Reihenfolge als im Testament aufgeführt sind.

3. Die Entsch. des OLG. Hamburg — JDR. **5** Ziff. 3 zu § 2368 — auch SeuffA. **62** 254.

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf.

§ 2371. 1. **RG.** R. **07** 453. Ebenso wie § 313 BGB. verlangt auch § 2371 gerichtliche oder notarielle Beurkundung für den ganzen Vertrag (Prot. II 114). Auf die Verpflichtung zur Veräußerung läßt sich die Bestimmung des § 2371 nicht einschränken.

2. OLG. **14** 317 (Karlsruhe). Ist ein Testament rechtskräftig für nichtig erklärt, so kann der auf Grund dieses Testaments Berufene die ihm zufolge des Testaments angefallene Erbschaft nicht an einen Dritten verkaufen.

3. Vgl. auch Ziff. 1 u. 3 zu § 2033.

§ 2382. Die Entsch. des BayObLG. — JDR. **5** zu § 2382 — auch BayObLG. **7** 484, BayRpflZ. **07** 48.

§ 2385. OLG. **16** 64 (Dresden). Die vertragsmäßige Anerkennung eines ungültigen Testaments durch den gesetzlichen Erben und der zwischen diesem und dem eingesetzten Erben abgeschlossene Vergleich, durch den diesem der Nachlaß überlassen wird, enthält eine Erbschaftsveräußerung im Sinne des § 2371 oder § 2385 Abs. 1 oder eine Verfügung im Sinne des § 2033 Abs. 2, die zu ihrer Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf (JW. **05** 721, DJZ. **02** 485, SeuffA. **60** 30). Ein solcher vertragsmäßiger Verzicht auf die Rechte an einem Nachlasse hat die Bedeutung einer Ausschlagung der Erbschaft nicht, wenigstens dann nicht, wenn er nur zugunsten des anderen Vertragsteils abgegeben ist und Dritte Rechte daraus nicht gewinnen sollen.

Einführungsgesetz.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Art. 4. **RG.** ZBlFG. **7** 387. Das BGB. hat keinen allgemeinen Begriff der Schuldverschreibung aufgestellt, sondern beschäftigt sich nur mit der Schuldver-

schreibung auf den Inhaber. Die diese betreffenden Bestimmungen des BGB. können weder sinngemäß auf andere Fälle ausgedehnt, noch kann aus ihnen ein allgemeiner und allgemein gültiger Begriff der Schuldverschreibung entnommen werden.

Internationales Privatrecht.

Vorbemerkung zu Artt. 7—31: Das wichtigste inzwischen erschienene Werk ist das von Habicht: Internationales Privatrecht nach dem EG. (Einleitung 1—50, Kommentar zu Artt. 7—31 EG. 50—245), aus dem Nachlasse herausgegeben von Greiff. Der Kürze wegen wird hier nur aus den Vorbemerkungen ein Auszug gegeben. Die Anmerkungen zu den einzelnen Artikeln des Einführungsgesetzes müssen in dem Werke selbst nachgelesen werden; es ist auf sie bei jedem Artikel verwiesen.

Literatur: v. Baligand, Der räumliche Geltungsbereich der Rechtssätze über den Ehevertrag, ZJPR. **17** 202—223. — Beer, Zum Problem der Rück- und Weiterverweisung im internationalen Privatrechte, R. **07** 103. — Habicht, Internationales Privatrecht nach dem EG. zum BGB., herausg. von Greiff. Berlin 1907. — Ernst Isay, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. Tübingen 1907. — Klein, Zum Internationalen Privatrechte, SeuffBl. **07** (I) 471—474, (II) 922—928. — Neumeyer, Studien aus dem internationalen Verwaltungsrecht. I. Die religiöse Kindererziehung, ZJPR. **17** 50—129. — Wiedemann, Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen. Zürich 1908.

Zu Artt. 7—31. I. 1. Habicht aaO. a) Die Vorschriften des internationalen Privatrechts (JPR.) sind Bestandteil des positiven Rechtes eines jeden einzelnen Staates, dieser bestimmt dadurch den Anwendungsbereich seines eigenen und des ausländischen Rechtes (6—9). Der Gesetzgeber muß Normen aufstellen, mit denen sich für jedes Rechtsverhältnis diejenige Rechtsordnung finden läßt, nach deren sachlichen Vorschriften es zu beurteilen ist. Das kann er durch Aufstellung sog. vollkommener Kollisionsnormen, denen er entweder ausschließliche Kraft beilegt oder neben denen er durch Rück- und Weiterverweisung auch die Kollisionsnormen der fremden Rechtsordnung zuläßt. Sie enthalten die Norm zur Auffindung der Rechtsnorm, die angewandt werden soll (10—12). Er kann aber auch einseitige oder unvollständig zweiseitige Kollisionsnormen schaffen, nämlich entweder nur den Anwendungsbereich der eigenen Rechtsordnung bestimmen, oder die Zuständigkeit unter den verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen für bestimmte Fälle regeln (10—15). Im EG. finden sich alle drei Arten von Kollisionsnormen. Nicht dazu gehören die sog. ausschließlichen Normen, wodurch die ausschließliche oder unbedingte Anwendung einheimischer Rechtsnormen anbefohlen wird, z. B. im Falle des Art. 30 EG. (15). b) Bei der Auslegung der internationalen Kollisionsnormen ist auch ihre Verwandtschaft mit den Vorschriften über die zeitliche Statutenkollision zu beachten. Besondere Ausdrücke für die Grundbegriffe der Kollisions- und der Sachnormen im JPR. finden sich in den Artt. 7 ff. Der Ausdruck „Gesetze" in ihnen umfaßt regelmäßig nur die Sachnormen der für maßgebend erklärten Rechtsordnung, nicht auch deren Kollisionsnormen. Jedoch findet sich in den Art. 25 Satz 2 und Art. 27 auch der Ausdruck „Recht" für die ausländischen Kollisionsnormen, eine Abweichung auch in Art. 28 (26—28). c) Die Lücken im JPR. des EG. sind vollständige oder teilweise. Diese bestehen bei Rechtsverhältnissen für die Normen nur unter der Voraussetzung, daß bei ihnen gewisse Beziehungen zum Inlande vorliegen. Die Frage, wie die Lücken ausgefüllt werden sollen, ist sehr bestritten (Zitelmann, Niedner, Niemeyer, Kahn, Neumann). Der vermittelnden Meinung (Neumann) ist beizutreten. Zur Ausfüllung der Lücken, die durch die unvollkommenen Kollisionsnormen des EG. herbeigeführt werden, wird zunächst mittels des in diesen verwendeten Anknüpfungsbegriffs, nämlich der Staatsangehörigkeit, diejenige ausländische Rechts-

ordnung bestimmt, welcher das Rechtsverhältnis internationalrechtlich unterzuordnen ist. Bestimmt die so gefundene Rechtsordnung das Personalstatut nun ebenfalls nach der Staatsangehörigkeit, so findet diese Rechtsordnung auch materiell-rechtliche Anwendung auf das Verhältnis. Bestimmt dagegen diese Rechtsordnung das Personalstatut nach dem Wohnsitze, so weist sie damit das Rechtsverhältnis von sich ab und derjenigen Rechtsordnung zu, in deren Gebiet der Wohnsitz sich befindet oder befunden hat. Dasselbe gilt, wenn etwa die erste ausländische Rechtsordnung das Verhältnis nicht nach dem Personalstatut, sondern z. B. nach dem Realstatut beurteilt sehen will und als das Realstatut das Recht eines dritten Staates in Betracht kommt. Allerdings wird mit dieser Auffassung der vielfach angefochtene Grundsatz der Rück- und Weiterverweisung aufrechterhalten; diese ist aber, solange eine und dieselbe Anknüpfungsbeziehung im JPR. noch nicht anerkannt ist, ein Gebot der Notwendigkeit (28—35). Die vollständigen Lücken im JPR. des EG. können auch durch Analogie nicht ausgefüllt werden, es ist dies Sache der Rechtsprechung. Sie hat diese schwierige Aufgabe unter Anwendung der bisherigen Grundsätze des JPR. zu lösen, aber stets nachzuprüfen, ob diese noch den veränderten Verkehrsverhältnissen und Rechtsanschauungen der heutigen Zeit entsprechen. Dies gilt namentlich für das Recht der Schuldverhältnisse (36, 37). d) Die Kollisionsnormen der Artt. 7—31 haben in räumlicher Beziehung dasselbe Geltungsgebiet wie die Vorschriften des materiellen Rechtes; also gelten sie für die inländischen Gerichte und Verwaltungsbehörden, Konsuln und Konsulargerichte und in den ausländischen Rechtsgebieten, soweit deren Kollisionsnormen die Weiterverweisung zulassen. Ebenso in zeitlicher Beziehung, d. h. vom 1. Januar 1900 ab, bei Rechtsverhältnissen, die vor diesem Zeitpunkt entstanden sind, jedoch nur, wenn für sie nach Artt. 153 ff. EG. das neue Recht maßgebend ist. Ausgenommen ist jedoch der Fall, daß das Rechtsverhältnis überhaupt erst nach dem 1. Januar 1900 in den Herrschaftsbereich der deutschen Kollisionsnormen eingetreten ist. — In potentieller Beziehung werden die Kollisionsnormen der Artt. 7 ff. begrenzt durch anderes Reichsrecht (so Artt. 32 EG., 84—86 WO.) und das Landesrecht, soweit dieses durch die Vorbehaltsbestimmungen der Artt. 56 ff. EG. aufrechterhalten ist. Internationalprivatrechtliche Vorschriften der Landesgesetze, die nicht besonders für die Vorbehaltsgebiete getroffen sind, sind durch EG. Art. 55 beseitigt und die neuen Normen des Reichsrechts nach Art. 4 EG. an ihre Stelle getreten. Die Landesgesetze können jedoch auf den Vorbehaltsgebieten auch künftig von Artt. 7—31 EG. abweichende Bestimmungen treffen (37—42). e) Handhabung des JPR. im Prozesse: Der Richter hat von Amts wegen zu prüfen und zu erforschen, welches Recht er auf das ihm unterbreitete Rechtsverhältnis anzuwenden hat. Die inländischen Kollisionsnormen muß er selbst kennen und prüfen. Unterläßt er dies, so verletzt er eine Norm des Reichsrechts und seine Entscheidung unterliegt der Revision. Wenn er aber das Recht des unrichtigen ausländischen Staates oder das richtige ausländische Recht unrichtig anwendet, so liegt nur im ersten Falle eine Gesetzesverletzung vor, welche die Revision begründet (42—46). f) Die Parteien können nicht vereinbaren, daß bei Rechtsverhältnissen, die unter gesetzlichen Dispositivvorschriften stehen, die Bestimmung der maßgebenden Rechtsordnung durch sie erfolgen und diese dieselbe Bedeutung haben soll wie die Bestimmung durch die gesetzliche Kollisionsnorm (47, 48).

2. Nach *Klein aaO. 471—474, folgt aus der öffentlich-rechtlichen Natur der internationalrechtlichen Kollisionsnormen keineswegs, daß — soweit die Regelung unseres Internationalprivatrechts im EG. Artt. 7—31 lückenhaft ist — die örtlichen Anwendungsnormen der früheren Landesrechte gemäß EG. Art. 55 fortbestehen. Dies schon deshalb nicht, weil einmal der Gesetzgeber bei der Kodifikation des Internationalprivatrechts entsprechend der damals herrschenden Auffassung diese Normen als Privatrechtsnormen ansah und behandelte, und mithin die landesrechtlichen ört-

lichen Kollisionsnormen — mit Ausnahme für die Vorbehalte — aufgehoben hat, weil fernerhin das Internationalprivatrecht neben den örtlichen Anwendungsnormen auch materielle Verweisungssätze (Privatrechtsnormen) enthält. →→ Gegen Loewenfeld in v. Staudingers Kommentar (3/4) I 6—8 und Habicht, Internationales Privatrecht 29/30. ←←

3. Pollak, Die Quellen des internationalen Rechtes, ZIPR. **17** 251—266.

II. Rechtsprechung. **RG.** LeipzZ. **07** 282 Ziff. 12 a. Es ist ein allgemein anerkannter Rechtssatz, daß das Prozeßgericht nach seinem Rechte darüber zu entscheiden hat, welches Recht anzuwenden ist (Staub [8] Exkurs zu § 372 HGB. Anm. 5).

Art. 7. *Neumeyer, ZIPR. **17** 50 ff. S. zu Art. 19 EG., Habicht aaO. 50—61.

Art. 8. Habicht 61—66.

Art. 9. 1. Habicht 66—74.

2. R. **07** 575 Ziff. 1170 (Breslau). Art. 9 EG. spricht zwar wörtlich nur von den Voraussetzungen, unter denen ein Verschollener im Inlande nach deutschen Gesetzen für tot erklärt werden kann, ist aber wegen des Zusammenhanges der Vorschrift über die Lebensvermutung im § 19 BGB. auch auf diesen Paragraphen anzuwenden. Nach Art. 9 Abs. 1 ist daher auch für die Lebensvermutung nur Voraussetzung, daß der Verschollene bei Beginn der Verschollenheit, nicht zur Zeit des Erbfalls, ein Deutscher war.

Art. 10. 1. Habicht 74—85. S. auch Artt. 86, 88.

2. *Wiedemann 387, 389. Nicht unter diesen Artikel, sondern unter § 23 BGB. fallen die idealen und wirtschaftlichen Vereine, welche ihren Sitz in einem deutschen Schutzgebiet oder Konsulargerichtsbezirk haben (vgl. § 23 BGB.).

3. *Ernst Isay 180 ff. Art. 10 EG. und § 23 BGB. stehen in folgendem Verhältnisse zueinander. Art. 10 behandelt die „Anerkennung" ausländischer Vereine durch den Bundesrat. Sie hat die Rechtsfähigkeit des Vereins nur dann zur Folge, wenn dieser nach den Gesetzen seines Heimatsstaats gleichfalls als rechtsfähig anzusehen ist. Der Bundesrat kann aber einem Verein auch Rechtsfähigkeit gemäß § 23 BGB. „verleihen", ohne Rücksicht darauf, ob er bereits nach seinem Heimatsrechte rechtsfähig ist oder nicht. Ob im einzelnen Fall eine „Anerkennung" im Sinne des Art. 10 oder die ihrer Wirkung nach stärkere „Verleihung" im Sinne des § 23 vorliegt, ist eine Frage der Auslegung des Bundesratsbeschlusses. Im Zweifel wird man eine „Anerkennung" im Sinne des Art. 10 anzunehmen, die Rechtsfähigkeit des Vereins also nur dann zu bejahen haben, wenn sie auch vom Rechte seines Heimatsstaats anerkannt wird. Eine „Verleihung" im Sinne des § 23 BGB. liegt nur dann vor, wenn der Bundesrat den Verein für rechtsfähig hat erklären wollen, trotzdem seine Persönlichkeit vom Rechte des Heimatsstaats verneint wird. Der Bundesrat ist in der Wahl der Vereine, denen er diese Bevorzugung zuteil werden lassen will, nicht beschränkt. In Betracht kommen jedoch wohl nur solche Vereine, die trotz ihrer Ausländereigenschaft in engeren Beziehungen zu Deutschland stehen, z. B. Vereine mit ausländischem Sitze, aber deutschen Mitgliedern. — Die Frage, nach dem Rechte welches Staates sich die Rechtsfähigkeit einer juristischen Person beurteilt, ist von Art. 10 nicht entschieden. Er kommt erst dann zur Anwendung, wenn nach den (von Wissenschaft und Praxis aufzustellenden) allgemeinen international-privatrechtlichen Grundsätzen im konkreten Falle die Frage der Rechtsfähigkeit eines Vereins deutschem Recht unterliegt. Dann soll, wie Art. 10 als materiell-rechtliche Vorschrift des deutschen Rechtes bestimmt, die Rechtsfähigkeit unter zwei Voraussetzungen (Anerkennung durch den Bundesrat und Bejahung

der Rechtsfähigkeit durch das Heimatsrecht) zu bejahen sein. — Als Heimatsstaat des Vereins ist der Staat anzusehen, in dessen Gebiete sich sein faktischer Sitz befindet.

Art. 11. I. 1. Habicht 85—95.

2. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 93. Für die Beurteilung eines Vertrags ist nicht das Recht des Erfüllungsorts, sondern das Recht des Ortes maßgebend, an welchem der Schuldner Wohnsitz oder gewerbliche Niederlassung hat.

3. Schneider, ZVersWiss. **7** 413 ff., Über das Verhältnis zwischen deutschem und außerdeutschem Versicherungsrechte. Die vom **RG. 62** 380 aufgestellte Regel, daß Vertragsobligationen nach dem Personalstatute des Wohnorts des Schuldners zu beurteilen sind, ist für inländische Versicherer zumeist bei Abschlüssen von Versicherungsverträgen nach dem Auslande hin von Bedeutung. Der Fall, daß das Personalstatut des Heimatsstaats eines Schuldners wirksam wird, wird selten vorkommen.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 65** 357, BankA. **6** 243, PuceltsZ. **07** 406 ff., JW. **07** 295, R. **07** 1201 Ziff. 2889. Für die Prüfung der Frage, ob ein Übertragungsvertrag vorliegt, ist das Recht des Schuldners entscheidend. Soweit aber die Vorgänge, in denen ein Übertragungsvertrag liegen soll, sich im Ausland abgespielt haben, sind sie so zu beurteilen, wie die Beteiligten sie nach ihrer Rechts- und Verkehrsanschauung aufgefaßt haben, nicht wie sie aufzufassen wären, wenn sie in Deutschland von deutschen Geschäftsleuten vorgenommen wären (Übertragung einer Forderung durch Indossierung eines Wechsels). S. a. o. zu § 398 Ziff. 11.

2. R. **07** 1082 Ziff. 2647 (Colmar). a) Bei einer im Inlande durch einen im Inlande wohnhaften Zedenten an einen ebenda wohnhaften Zessionar vorgenommenen Abtretung der jenem gegen eine Versicherungsgesellschaft, die in Frankreich ihren Sitz hat, aus einer Lebensversicherung zustehenden Forderung ist zwischen der Form der Abtretung und deren Rechtswirksamkeit gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber den Gläubigern des Zedenten, zu unterscheiden. b) Die Form bestimmt sich nach den Gesetzen, die für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend sind; genügend aber ist auch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist. Formlose Abtretung der Forderung des Versicherten aus dem Lebensversicherungsvertrag ist sowohl nach französischem als nach deutschem Rechte gültig. c) Die Wirksamkeit der Abtretung richtet sich nach dem Rechte des Ortes, an welchem das den abgetretenen Anspruch begründende Rechtsverhältnis seinen Sitz hat. Demzufolge ist die Frage, ob die abzutretende Forderung mit der Abtretung auch im Verhältnisse zu den Gläubigern des Zedenten aus dessen Vermögen ausgeschieden und auf den Zessionar übergegangen ist, auf Grund des für den abgetretenen Anspruch maßgebenden, in erster Linie durch den Willen der Vertragschließenden bestimmten Rechtes zu entscheiden.

Art. 12. S. Art. 30. 1. Habicht 95—98.

2. **RG.** SeuffA. **62** 257. Für die Beurteilung der Rechtswirkung der unerlaubten Handlung ist in den Grenzen des Art. 30 EG. das Recht des Tatorts maßgebend. Tatort aber ist jeder Ort, an dem sich auch nur ein Teil des Deliktstatbestandes verwirklicht hat. Sofern sich die einzelnen Teile des Tatbestandes an verschiedenen Orten verwirklichen, wird die Handlung von einem jeden der in Betracht kommenden örtlichen Rechte beherrscht

Art. 13. S. Artt. 23, 27. 1. Habicht 98—116.

2. SeuffBl. **07** 642. Eheschließung von Bayern im Ausland und von Ausländern in Bayern.

3. ZBlFG. **7** 728 Ziff. 550 c, KGJ. **32** A 28 (KG.). Die Anfechtbarkeit der in

England geschlossenen Ehe einer minderjährigen Engländerin mit einem Deutschen wegen fehlender Zustimmung des Vormundes ist, wenn die Minderjährige vor und nach der Eheschließung ihren Wohnsitz im Deutschen Reiche hatte, nach deutschem Rechte zu beurteilen.

Art. 14. Habicht 116—122.

Art. 15. S. auch zu Art. 200 EG. 1. Habicht 122—131.

2. *v. Baligand (s. auch § 1432 BGB. Ziff. 1). a) Grundsätzlich gelten für die Zulässigkeit des Ehevertrags dieselben Kollisionsnormen wie für den gesetzlichen Güterstand, da die sog. Ehevertragsfreiheit nur der Ausdruck der dispositiven Natur der Güterrechtsnormen und ihre Beschränkung oder Negierung daher keine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ist (203). — Darüber, was als Ehevertrag im Sinne unserer Kollisionsnormen aufzufassen ist, entscheidet zunächst § 1432 BGB.; das für den Güterstand maßgebende Recht dagegen entscheidet darüber, ob es sich um Regelung „güterrechtlicher Verhältnisse" (§ 1432) handelt oder nicht (205 f.). b) Die Ausnahme des Art. 15 Abs. 2 Satz 2 gilt auch für den vorehelichen Ehevertrag, wenn der ersteheliche Wohnsitz ausländischer Ehegatten in Deutschland liegt (208). Art. 15 Abs. 2 Satz 2 gestattet sowohl einen nach dem an sich maßgeblichen Auslandsrechte zulässigen Vertragsinhalt als auch einen nach deutschem Rechte zulässigen Güterstand (209—213). Gegen Staudinger zu Art. 15 Note B 1 Abs. 2, Niedner Note 5 f, Wieruszowski II § 3 Note 60, 4, Niemeyer 146 ff., Mariolle, SeuffBl. **00** 89. — Damit fällt auch die Frage analoger Anwendung des § 1433 Abs. 2 weg (v. Baligand ebda). — Art. 15 Abs. 2 Satz 2 ist als Ausnahmevorschrift im Interesse der Billigkeit und zugunsten der deutschen Rechtsprinzipien nicht zur vollkommenen Kollisionsnorm zu ergänzen (213—217). c) Darüber, ob die an sich geschäftsfähige Ehefrau zum Abschlusse von Verträgen mit dem Manne, insbesondere von Eheverträgen eines ad hoc zu bestellenden Vormundes bedarf, entscheidet das nach Art. 15 maßgebliche Recht, wenn es sich um eine aus dem Güterrechte folgende Beschränkung handelt, dagegen das nach Art. 7 maßgebende Recht, wenn die Beschränkung allgemeine Folge der Ehe ist (218).

Art. 16. 1. Habicht 131—134.

2. a) *v. Baligand, ZIPR. **17** 221. Waren für einen Dritten bei Eintritt der Rechtshängigkeit oder Eingehung des Rechtsgeschäfts die Voraussetzungen des Abs. 1 und des § 1435 BGB. gegeben, so kann ihm das Recht der Berufung auf § 1435 nicht durch Verlegung des Ehewohnsitzes ins Ausland genommen werden. b) Ders., ZIPR. **17** 223. Soweit der Güterstand durch Bezugnahme auf ein ausländisches Gesetz geregelt ist, ist zur Zerstörung des durch Art. 16 gewährten Schutzes Dritter nur die genaue Bezeichnung des Güterstandes und des betreffenden Gesetzes ins Güterrechtsregister einzutragen. (S. auch o. Art. 15 Ziff. 2).

Art. 17. I. Habicht 134—147.

II. Rechtsprechung. S. auch Artt. 27, 29. 1. **RG.** JW. **07** 127. Die Zuständigkeit des Gerichts für Ehescheidungsklagen von Ausländern bestimmt sich nicht nach Art. 17 EG., sondern nach § 606 ZPO. Nach englischem Rechte, das hier anzuwenden ist, ist das Gericht des Wohnsitzes des Ehemanns für die Scheidungsklage zuständig und auch materiell das dafür geltende Ehescheidungsrecht anzuwenden, so daß hier das deutsche Gericht zuständig (§ 606 Abs. 4 ZPO.) und das deutsche Ehescheidungsrecht (Art. 27 EG.) anzuwenden ist. (Der Ehemann hatte die englische Staatsangehörigkeit, aber seinen Wohnsitz in Mainz.)

2. **RG.** BadRpr. **07** 337. Wenn der Ehemann, der Ehescheidungsklage gegen seine Ehefrau erhebt, keinem Staat angehört oder angehört hat, so ist nach Art. 17 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 29 EG. die Scheidungsklage nicht ohne weiteres nach dem Rechte des BGB. zu beurteilen. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die von dem Kläger behaupteten Tatsachen, welche sich im Auslande (England, Schweiz) er=

eigneten, nach deutschem Rechte einen Scheidungsgrund darstellen und auch nach den Gesetzen des Staates, in dem der Ehemann zu der Zeit, als sich die Tatsachen ereigneten, seinen Wohnsitz oder in Ermangelung des Wohnsitzes seinen Aufenthalt hatte, die Scheidung begründen.

3. BadRpr. **07** 57 ff. (Karlsruhe). Argentinisches Ehescheidungsrecht. Nach diesem ist die Ehescheidung unzulässig und selbst die in der Heimat eines der beiden Ehegatten ausgesprochene Ehescheidung wird nicht anerkannt, wenn einer von ihnen später nach Argentinien kommt. Kennt jedoch das Recht des Ortes der Eheschließung die Ehescheidung und gestattet es den Geschiedenen die Ehe, so wird diese auch in Argentinien für gültig erachtet. Die Rückverweisung des argentinischen Rechtes auf das deutsche Eheschließungs- oder Ehescheidungsrecht ist sehr wahrscheinlich.

Art. 18. Habicht 147—150.

Art. 19. 1. Habicht 150—157.

2. *Neumeyer aaO. Die staatlichen Zwangsvorschriften über das Bekenntnis der Kinder gehören ebenso wie die Vorschrift, daß die religiöse Erziehung dem Erziehungsberechtigten zustehen soll, dem öffentlichen Rechte an. Sie gelten demgemäß territorial, bestimmt durch den Wohnsitz des Erziehungsberechtigten oder des Kindes, durch den Erziehungsort des Kindes, ausnahmsweise auch durch Grundbesitz im Lande. Bei einem Statutenwechsel tritt grundsätzlich das Recht des neuen Wohnsitzes (Erziehungsorts) in Geltung, das jedoch in seinen eigenen Sätzen vielfach auf die vor der Übersiedelung erfolgte Ordnung des Bekenntnisses verweist. Auch bei dem für die religiöse Selbstbestimmung vorausgesetzten „Unterscheidungsalter" handelt es sich nicht um zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit, sondern um eine territorial verbindliche Anordnung des öffentlichen Rechtes.

Art. 20. Habicht 157—160, Neumeyer, ZJPR. **17** 50 ff. S. zu Art. 19.

Art. 21. Habicht 160—165.

Art. 22. Habicht 165—172.

Art. 23. I. 1. Habicht 172—181.

2. Wilsdorf, SächsRpflA. **07** 97 ff. Ersucht ein österreichisches Gericht, gestützt auf § 111 der Jurisdiktionsnorm, ein deutsches Gericht um Übernahme der Vormundschaft über einen österreichischen Staatsangehörigen, so hat der deutsche Richter die Vormundschaft selbständig und im ganzen Umfange kraft eigenen Rechtes und nach Maßgabe des deutschen Rechtes anzuordnen. Er hat sie auch nach Maßgabe der deutschen Gesetze fortzuführen, bis das österreichische Gericht durch den Widerruf seines Ersuchens zu erkennen gibt, daß der Mündel nun in seinem eigenen Lande wieder des vormundschaftlichen Schutzes teilhaftig werden solle. Dann ist die Vormundschaft aufzuheben und die Sache an das österreichische Gericht zurückzugeben. — Dazu Ehrenzweig, das. 362 ff., zur Frage der Übernahme der Vormundschaft über österreichische Staatsangehörige durch deutsche Gerichte.

II. Rechtsprechung. S. auch zu Art. 27. 1. HessRspr. **8** 110 (LG. Mainz). Nach nordamerikanischem Recht ist der Wirkungskreis des Vormundes auf die inländischen (amerikanischen) Angelegenheiten beschränkt, und nach amerikanischer Rechtsprechung bedarf es daher zur Wahrnehmung der Rechte des Mündels an dem im Auslande befindlichen Vermögen einer besonderen Vormundschaft im Auslande. Ein amerikanischer Vormund ist daher nicht befugt, seine Tochter bei Rechtsgeschäften in Deutschland zu vertreten, und es ist nach Art. 23 EG. zu verfahren [vgl. ZJPR. **12** 468, **13** 153 ff. (KG.)].

2. KGJ. **32** A 28 (KG.). Die Vormundschaft über eine im Deutschen Reiche wohnhafte Minderjährige, die im Ausland einen Deutschen geheiratet hat, bis zu ihrer Eheschließung aber Ausländerin war, ist durch das deutsche Vormundschaftsgericht, auch wenn die Ehe durch Klage angefochten oder nichtig ist, so lange zu führen, bis die Ehe für nichtig erklärt oder aufgelöst ist.

Art. 24. Habicht 181—191.

Art. 25. I. 1. Habicht 191—204.

2. *Klein aaO. 922—928. a) In Übereinstimmung mit **RG. 63** Nr. 88 wird ausgeführt, daß, falls Deutsche und Ausländer einen im Inlande verstorbenen Ausländer beerben und der Deutsche erbrechtliche Ansprüche nach dem deutschen Gesetze geltend macht, diese deutschen Gesetze nicht zugunsten von Ausländern maßgebend sind, die nach dem ausländischen Rechte nicht erbberechtigt sind. b) Macht der Deutsche von seinem Rechte aus Art. 25 Satz 2 EG. Gebrauch, so muß er sich gefallen lassen, daß auch solche Normen des deutschen Gesetzes auf seinen Anspruch Anwendung finden, die ihn ungünstiger stellen als das Personalstatut des ausländischen Erblassers (z. B. § 2339 Ziff. 1—4 BGB.). — Wird der Deutsche, der gestützt auf Art. 25 Satz 2 klageweise erbrechtliche Ansprüche geltend machte, mit seiner Klage abgewiesen, weil ihm nach deutschem Rechte keine erbrechtlichen Ansprüche zustehen, so ist damit über seine erbrechtlichen Ansprüche ein- und für allemal entschieden. Er kann nun nicht etwa hinterher erbrechtliche Ansprüche, gestützt auf das Erbrecht des Personalstatuts des ausländischen Erblassers geltend machen. c) „Erbrechtliche Ansprüche" = Ansprüche, „die ihre Wurzel im Erbrechte haben" (so auch Planck, Einführungsgesetz [3] 101). d) Analoge Ausdehnung des Art. 25 Satz 2 auf den Fall, daß der Erblasser zur Zeit seines Todes nur seinen Aufenthalt in Deutschland hatte, ist ausgeschlossen. Ebenso Eck, Vorträge (3) 252/3.

II. Rechtsprechung. OLG. **14** 153, R. **07** 893 Ziff. 2093, ZBlFG. 7 837 Ziff. 753 (Dresden). Diese Vorschrift bezieht sich nur auf das materielle Erbrecht, nicht auf das Nachlaßverfahren und nicht auf die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts.

Art. 26. Habicht 204—206.

Art. 27. 1. Habicht 206—220.

2. *Beer aaO. Wenn eine Kollisionsnorm des EG. auf fremdes Recht verweist, so ist unter dem fremden Rechte nur das materielle fremde Recht zu verstehen, nicht auch die internationalprivatrechtlichen Vorschriften dieses Rechtes. Der Art. 27 bildet eine Ausnahme von dieser Regel und ist deshalb auch als Ausnahme strikt zu interpretieren. Eine analoge Ausdehnung des Art. 27 ist, wenn überhaupt, nur in den engsten Grenzen zulässig. — Den Ausgangspunkt für die Auslegung der internationalprivatrechtlichen Vorschriften des BGB. bildet die positive Norm des Gesetzes. Sie gibt Aufschluß über Geist und Sinn der Gesetzgebung und Gesetzestendenz. Bei der Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung ist jedoch in besonderem Maße auf die Behandlung des internationalen Privatrechts in Theorie und Praxis Rücksicht zu nehmen. Auf deren Grundsätze ist zurückzugehen, insoweit das Gesetz nicht entgegensteht; mit dieser Beschränkung ist insbesondere die Verwertung der ausländischen Wissenschaft und Rechtsprechung ausländischer Gerichte zulässig und notwendig. Jede Auslegungstätigkeit muß im Auge behalten die rechtspolitische Aufgabe des internationalen Privatrechts: möglichst einheitliche Gestaltung des Rechtsverhältnisses, wo immer es auch geltend gemacht werden mag. Diese einheitliche Gestaltung ist aber nur zu erreichen, wenn an den einmal für richtig befundenen Anknüpfungsmomenten festgehalten wird; sie wird gefährdet, wenn man sich durch den Umweg der Rück- und Weiterverweisung die Anknüpfungsmomente ausländischer Rechte aufzwingen läßt. Insbesondere verstößt die Beachtung der Rückverweisung auf Grundlage des in einem fremden Rechte geltenden Domizilprinzips direkt gegen den klar ausgesprochenen Grundsatz des deutschen internationalen Privatrechts: Maßgeblichkeit des Heimatsrechts.

3. HessRspr. 7 146 (Darmstadt). Für die Ehescheidungsklage gegen einen Engländer, der in Deutschland seinen Wohnsitz hat, sind die deutschen Gerichte zuständig. Es ist ein feststehender Satz des internationalen Privatrechts, daß nach englischer Rechtsauffassung und Rechtsausübung für Fragen des Personen-

und Familienrechts, insbesondere auch der Ehescheidung, das Domizil und nicht die Staatsangehörigkeit entscheidend ist (so v. Bar, Theorie und Praxis des IPR. I 484, Lehrbuch IPR. §§ 10, 17). Da der Beklagte in Deutschland seinen Wohnsitz hat, verweist das englische Recht auf das deutsche, und nach Art. 27 EG. ist das Gericht des Wohnsitzes des Ehemanns zuständig und das Recht dieses Gerichts entscheidend. Das Haager Abkommen hat auf diesen Fall keinen Bezug, abgesehen davon, daß England ihm nicht beigetreten ist.

Art. 28. Habicht 220—226.

Art. 29. 1. Habicht 226—232.

2. OLG. **14** 288 (Hamburg). Ein Ausländer, der seinen Wohnsitz längere Zeit im Inlande hatte, dann ins Ausland geht und dort längere Zeit verweilte, ohne jedoch einen neuen Wohnsitz zu gründen, wird nach dem Rechte desjenigen Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte (österr. Recht).

Art. 30. 1. Habicht 232—242.

2. SeuffBl. **07** 672 (Hamburg). Die Frage, ob eine Vertragsstrafe, die in einem in Frankreich zwischen einem dort ansässigen französischen Arbeitgeber und einem dorthin übergesiedelten deutschen Arbeiter geschlossenen Vertrag ausbedungen ist, wenn der Vertrag auch Bestimmungen für die Zeit nach seiner Beendigung trifft und sich das Verbot, bei einem Konkurrenten einzutreten, auch auf Deutschland, und andere nicht französische Länder erstreckt, ist an sich nach französischem Rechte zu beurteilen. Die Anwendung dieses Gesetzes ist aber nach Art. 30 ausgeschlossen, wenn sie gegen die guten Sitten verstoßen würde. Ob dies der Fall, ist von den deutschen Gerichten unter Anwendung des deutschen Rechtes und der in Deutschland herrschenden Anschauungen darüber, was gegen die guten Sitten ist, zu entscheiden.

3. SächsOLG. **28** 419, OLG. **14** 345, R. **07** 987 Ziff. 2407 (Dresden). Der deutsche Richter hat, soweit Ansprüche aus einem dem ausländischen Rechte unterliegenden Dienstvertrag eines Handlungsgehilfen vor ihm erhoben werden, dem ausländischen Rechte, das eine rechtliche Gleichstellung der Handlungsgehilfen mit den Prinzipalen verneint, die Berücksichtigung gegenüber deutschen Staatsangehörigen zu versagen (§§ 67, 68 HGB.).

Art. 31. 1. Habicht 242—245.

2. BayRpflZ. **07** 198 (München). Wird im Auslande von Inländern bankmäßig gespielt, so liegt auch hierin eine vom deutschen Rechte verbotene Handlung, der gegenüber die Anwendung des abweichenden ausländischen Rechtes nach Art. 31 EG. ausgeschlossen ist. Dasselbe gilt für ein Darlehen zu Spielzwecken.

Anhang. Einzelne Entscheidungen aus dem internationalen Privatrechte (Sachenrecht, Recht der Schuldverhältnisse).

Rechtsprechung. 1. Kollisionsnorm. R. **07** 186 Ziff. 314 (Stuttgart). Für Vertragsobligationen ist das Personalstatut des Schuldners zur Zeit des Vertragsabschlusses maßgebend.

2. Verjährungseinrede (englisches Recht). HessRspr. **7** 172 (Darmstadt). Nach englisch-amerikanischem Rechte wird durch die Einrede der Verjährung die Verbindlichkeit selbst nicht aufgehoben, sondern die Verjährung ist nur ein prozessuales Mittel zur Verteidigung gegen den Anspruch. Weil die Verjährung sonach kein materiell-rechtliches Verteidigungsmittel ist, ist sie nach dem bezeichneten Rechte den Gesetzen unterworfen, welche am Orte des Prozeßgerichts gelten (v. Bar, Theorie u. Praxis des IPR. § 279 Anm. 1 a, Lehrb. des IPR. u. StrafR. § 32, **RG. 24** 392).

3. Annahmeverzug. **RG.** LeipzZ. **07** 282 Ziff. 126. Ob der auf Zah-

lung verklagte Käufer sich im Annahmeverzuge befindet, beurteilt sich nach dem Rechte seines Erfüllungsorts. Nach diesem Rechte bestimmt sich auch, ob der Käufer mit seiner Leistung nach § 320 BGB. zurückhalten kann.

4. Haverei. OLG. **14** 391 (Hamburg). Zusammenstoß deutscher Schiffe in österreichischem Gebiete. Ereignet sich ein Zusammenstoß zwischen zwei Schiffen, deren Eigentümer im Deutschen Reiche ansässig sind, im Auslande, so erscheint es unzweckmäßig, hierauf fremdes Recht anzuwenden, das den Beteiligten meistens unbekannt sein wird. Sie haben keinen Grund zur Beschwerde, wenn ihre Rechte und Pflichten nach ihrem heimatlichen Rechte entschieden werden.

Zweiter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.

Art. 33. **RG.** 9. 4. 07, GoltdA. **54** 305. Der Ehemann der Adoptivtochter des Angeklagten ist mit dem Angeklagten weder durch Adoption verbunden noch mit ihm verschwägert; das gilt auch nach dem Inkrafttreten des BGB.

Art. 41. 1. ZBlFG. **7** 727 Ziff. 548, R. **07** 130 Ziff. 183 (Colmar). Vor Genehmigung des Antrags des Inhabers der elterlichen Gewalt, das ihr unterworfene Kind aus dem Staatsverbande zu entlassen, hat das Vormundschaftsgericht mit Rücksicht auf die tiefgreifenden privatrechtlichen und politischen Folgen dieser Entlassung zu prüfen, ob sie, vom Standpunkte des Mündels aus betrachtet, dessen wohlverstandenem Interesse entspricht. Unrichtig ist die Ansicht, daß das Vormundschaftsgericht die Genehmigung, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt es wünscht, zu erteilen und sie nur dann zu versagen habe, wenn er im allgemeinen seiner Pflicht, für das Wohl des Kindes zu sorgen, nicht nachkommt.

2. KGJ. **33** A 49, R. **07** 894 Ziff. 2094 (KG.). Für die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Antrags auf Entlassung eines Minderjährigen aus dem Staatsverbande kann die Erwägung ausschlaggebend sein, daß dem Minderjährigen durch die Erfüllung der Wehrpflicht im Inlande die Ausbildung und die Tätigkeit in seinem erwählten Beruf im Ausland unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert wird. Das Vormundschaftsgericht darf die Genehmigung nicht um deswillen versagen, weil die Befreiung des Minderjährigen von der Militärpflicht dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung der Wehrkraft des Staates widerspricht. Die Wahrung dieses öffentlichen Interesses ist ausschließlich Sache der Verwaltungsbehörde, welche die Entlassung zu erteilen hat.

Dritter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Literatur: Klein, Neumeyer, Wiedemann s. o. zu Artt. 7—31. — Bogeng, Erwerbsbeschränkungen juristischer Personen nach deutschem Reichs- und Landesprivatrechte, mit besonderer Rücksicht auf den entgeltlichen Erwerb. —

Art. 55. 1. *Klein, SeuffBl. **07** 473. Bei der Auslegung des Art. 55 EG. kommt es nicht darauf an, was heute oder in Zukunft auf Grund neuer wissenschaftlicher Untersuchungen und Entdeckungen als öffentliches oder Privatrecht angesehen wird, sondern lediglich darauf, was der Gesetzgeber als öffentliches oder Privatrecht ansah, als er die Regelung im Art. 55 EG. traf.

2. **RG. 64** 197, R. **07** 650 Ziff. 1388. Die Bestimmung der bremischen Hafenordnung vom 14. Oktober 1888 § 16, wonach im Hafen gesunkene Fahrzeuge auf Kosten des Eigentümers entfernt werden sollen, ist eine öffentlich-rechtliche Vorschrift und wird durch Art. 55 EG. nicht berührt. Sie ist aber ungültig, weil sie mit dem Reichsrecht in Widerspruch steht; denn die Strandungsordnung vom 30. Dezember 1901 hat die Strandungsangelegenheiten und insbesondere durch § 25 die

behördlichen Befugnisse in bezug auf die Beseitigung von Schiffahrtshindernissen, namentlich auch gegenüber den Eigentümern, vollständig und abschließend geregelt.

Art. 59. I. *Regelein, Die rechtliche Natur und die Ausgestaltung der Sukzession in Fideikommisse 58. Es kommt nach Art. 4 EG. für die Auseinandersetzung zwischen dem Fideikommißfolger und den Allodialerben über die Nutzungen und Lasten seit dem 1. Januar 1900 ausschließlich das BGB. zur Anwendung. Vgl. Crusen-Müller, Komm. zum PrAGBGB. 908, Kretzschmar, Das bürgerliche Recht II 207; aM. Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht (3) 1906 II 52, Riedner, Kommentar zum EG. (2) 1901, zu Art. 4 EG.

II. Rechtsprechung. 1. R. **07** 1407 Ziff. 3536 (BayObLG.). (Art. 135 BayAGBGB.; §§ 26, 27 BayFamFideikommißedikt; §§ 873, 883, 892, 894 BGB.) Die §§ 26, 27 BayFamFideikommißedikt über die Ediktalladung sind weder ausdrücklich aufgehoben noch durch die Vorschriften der §§ 883, 873, 892, 894 BGB. gegenstandslos geworden. Darum kann auch die Genehmigung der Aufnahme eines Fideikommißkapitals zur Tilgung des Kaufpreises für neu erworbene, dem Fideikommiß einzuverleibende Grundstücke nicht schon nach Anordnung der Ediktalladung erfolgen.

2. SchlHolstAnz. **07** 238 ff. (Kiel). Das alte Recht ist, soweit Revenuenhypotheken bei Fideikommißgütern in Frage kommen, unberührt geblieben.

Art. 63. RIA. 8 278, R. **07** 1349 Ziff. 3434 (Rostock). Nach mecklenburgischem Rechte ist die Löschung eines Häuslerrechts auf Grund der einseitigen Erklärung der Berechtigten gegenüber dem Grundbuchamte, daß er das Recht aufgebe, unzulässig.

Artt. 65, 67, 68, 69. *Wiedemann, 141. Unberührt bleiben auch die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Stellung der diesem Sondergebiet angehörenden Vereine betreffen; solche Vereine sind nicht eintragungsfähig.

Art. 69. Rechtsprechung. 1. SchlHolstAnz. **07** 17 ff. (Kiel) — vgl. das. 166 (Kiel). In denjenigen Rechtsmaterien, deren Regelung nach Abschn. 3 EGBGB. dem Landesrechte vorbehalten ist, kann ein Rechtserwerb durch unvordenkliche Verjährung auch nach dem 1. Januar 1900 noch erfolgen, und es kann eine solche Verjährung auch nach diesem Zeitpunkte noch beginnen (Fischereirecht).

2. SchlHolstAnz. **07** 356 (Kiel). Die Bestimmung des Art. 69 EG., betreffend die Aufrechterhaltung der landesgesetzlichen Vorschriften über die Jagd, erstreckt sich auch auf die Bestimmungen über den Rechtsbesitz und den Schutz des Rechtsbesitzes.

Art. 74. KGJ. **33** A 216 R. **07** 986 Ziff. 2389, (KG.). Die vor dem Jahre 1810 entstandenen Realschankgewerbeberechtigungen sind durch die neuere Gesetzgebung nicht aufgehoben. Die vor diesem Jahre in einem Grundbuche bewirkte Eintragung des mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbundenen Rechtes, herrschaftliches Bier und Branntwein zu verschänken, kann regelmäßig nur auf Grund des Anerkenntnisses der jetzt für die Erteilung der Schankkonzession zuständigen Behörde dahin berichtigt werden, daß das Recht auf unbeschränkten Betrieb der Schankwirtschaft geht.

Art. 75. FrankfRundsch. **40** 195 ff. (KG.). Die Vorschriften des nassauischen Rechtes über die Versicherungspflicht der Besitzer der mit Hypotheken zu belastenden Gebäude sind auch unter der Herrschaft des BGB. in Geltung geblieben, obwohl sie die Zulässigkeit der Eintragung einer Hypothek betreffen und insofern Bestimmungen enthalten, die von dem Hypothekenrechte des BGB. abweichen.

Art. 77. I. 1. *Wiedemann, Vgl. die Bemerkung zu § 89 BGB.

2. Stier-Somlo, Die Haftung des Staates für die Beamten, DWirtschZ. **07** 289 ff.

II. Rechtsprechung. 1. RheinA. **103** I 6 ff. (Cöln). Nach Art. 1384 Code

civil, Art. 77 EG. ist der Fiskus für den Schaden verantwortlich, den ein Gerichtsvollzieher dadurch verursacht, daß er den Terminsvermerk einer ihm zur Zustellung übergebenen Berufungsschrift nicht beglaubigt und dadurch die Unzulässigkeit einer Berufung herbeiführt.

2. Nach Artt. 77 EG., 1384 code civil ist dieser Art., welcher den commettant für den Schaden verantwortlich macht, den ein préposé bei Ausführung der übertragenen Verrichtungen anderen zufügt, auf das Verhältnis des Staates zu seinen Beamten anzuwenden. Der die Ersatzpflicht der Beamten regelnde § 839 BGB. kommt nicht in Betracht. Die Haftung des Staates aus Art. 1384 hängt nicht davon ab, daß die Ersatzpflicht der Beamten nach § 839 BGB. festgestellt wird. [RheinA. **99** (I) 219, **100** (II) 135, **103** (I) 6; **RG. 54** 19, **56** 84, **57**, 154]. OLG. Cöln RheinA. **104** (I) 47. Haftung des Justizfiskus, Verschulden des Gerichtsschreibers].

Art. 83. *Wiedemann, 141. Die zu den Waldgenossenschaften zu zählenden Vereine sind nicht eintragungsfähig. Für sie gelten auch heute noch die landesgesetzlichen Vorschriften weiter.

Art. 84. *Wiedemann, 199. Diejenigen Kirchengesellschaften und geistlichen Orden des Privatrechts können als religiöse Vereine nach Maßgabe der §§ 21 und 61 Abs. 2 BGB. durch Eintragung ins Vereinsregister Rechtsfähigkeit erwerben, für welche keinen landesgesetzlichen Vorschriften bestehen, gemäß welchen sie Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung erlangen können. Art. 84 steht dieser Auffassung nicht entgegen. (Sehr bestritten.) S. a. o. zu § 21 BGB.

Art. 86. 1. Analyse der absoluten und relativen Tragweite dieses Artikels mit Beziehung auf Art. 88. *Bogeng erörtert, ausgehend von der geschichtlichen Entwicklung der deutschen Amortisationsgesetzgebung im weiteren Sinne, eingehend den hier nach Reichsrecht überhaupt möglichen und den nach Landesrecht (z. Z. in 15 Einzelstaaten) bestehenden Rechtszustand. Im besonderen (weil teilweise mit herrschenden Ansichten im Widerspruche stehend) ist im Art. 88 EG. nur ein besonderer Fall des Art. 86 EG. zu sehen (soweit es sich um einen Erwerb oberhalb der Wertgrenze dieses Artikels handelt). Der Einfluß des Art. 86 EG. auf die Rechtspersönlichkeit juristischer Personen äußert sich gegebenenfalls als eine Einschränkung ihrer Erwerbsfähigkeit wegen bestimmter Vermögensrechte, nicht aber als eine Beschränkung ihrer Rechtsfähigkeit oder als absolute Beschränkung ihrer Erwerbsfähigkeit. Maßgebend für die Wertberechnung (deren Theorie im Anschluß an das Reichserbschaftssteuergesetz entwickelt wird) ist der Nettowert. Die staatliche Genehmigung (die einzige durch landesprivatrechtliche Normen angeordnete Beschränkung juristischer Personen im Sinne des Art. 86 EG.) ist ein Verwaltungsakt der öffentlich-rechtlichen Staatsgewalt und erscheint vom Standpunkte des bürgerlichen Rechtes als wesentliches Tatbestandserfordernis. Eine Rückwirkung der staatlichen Genehmigung (im Falle des Art. 86 EG.) bei Erwerb unter Lebenden ist (mit Endemann) nicht anzunehmen.

2. S. auch Art. 88. *Wiedemann, 463/65. Um dieses Artikels willen, und weil nach der herrschenden Meinung (aM. **RG. 6** 141/42) das Indigenat des Art. 3 RV. für die juristischen Personen nicht besteht, bleiben, soweit nicht die pragmatische Summe von 5000 M. entgegensteht, die in den einzelnen deutschen Staaten bestehenden Vorschriften, wonach für ausländische Vereine der Erwerb von Rechten beschränkt oder von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht ist, nicht nur für die außerdeutschen gemäß Art. 10 EG. auch für Deutschland rechtsfähig gewordenen Vereine, sondern auch für die in den übrigen Bundesstaaten domizilierten Vereine bestehen. Ferner ist jeder deutsche Staat befugt, auch künftig durch Gesetz Anordnungen zu treffen, die den Erwerb von Rechten nicht nur für außerdeutsche gemäß Art. 10 EG. auch für Deutschland rechtsfähig gewordene Vereine,

sondern auch für die Vereine der übrigen deutschen Bundesstaaten beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, ohne daß deshalb auch die inländischen Vereine diesen Beschränkungen unterstellt zu werden brauchten. So auch die herrschende Meinung (468/69). Die genehmigungsfreie Summe von 5000 M. muß jedoch bei den in Deutschland domizilierten Vereinen stets respektiert werden (469/70). Sollen nur außerdeutsche Vereine und nicht gleichzeitig auch die innerdeutschen, aber in einem anderen Bundesstaate domizilierten Vereine im Rechtserwerbe beschränkt werden, so darf dies nur im Rahmen des Art. 88 EG. geschehen: der Grundstückserwerb darf auch für den Fall, wo sein Wert nicht 5000 M. ausmacht, von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht werden (vgl. Art. 88). — (461.) Wenn ein Bundesstaat, gestützt auf diesen Artikel, Vorschriften aufstellt, wodurch eine bestimmte Art von rechtsfähigen, idealen oder wirtschaftlichen Vereinen im Rechtserwerbe beschränkt wird, so kommt diesen Vorschriften in dem Sinne absolute Bedeutung zu, daß ihnen nicht nur die einheimischen, sondern auch die staatsfremden Vereine gleicher Art unterworfen sind, gleichviel, ob sie in einem anderen Teile des Deutschen Reichs oder außerhalb Deutschland domiziliert sind, im letzteren Falle aber gemäß Art. 10 EG. vom Bundesrate die Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit auch für Deutschland erwirkt haben. S. a. o. zu § 21 BGB.

3. Pätzold. PosMSchr. **07** 101 f. Außerdeutsche Versicherungsgesellschaften bedürfen zum Grunderwerb in Preußen nur der Königlichen Genehmigung, jedoch auch dieser dann nicht, wenn sie durch Staatsverträge zwischen dem Deutschen Reiche und dem Heimatsstaate der betreffenden Gesellschaft ausdrücklich für nicht erforderlich erklärt ist.

Art. 88. 1. *Wiedemann, 470. Nach diesem Artikel kann jeder Bundesstaat den Grundstückserwerb von außerdeutschen idealen und wirtschaftlichen Vereinen von einer staatlichen Genehmigung abhängig machen. Ferner kann er für die außerdeutschen Vereine auch die nach Art. 86 EG. gegen innerdeutsche, aber außerhalb des Bundesstaats, dessen Gesetzgebung in Betracht kommt, domizilierten Vereine zulässigen Beschränkungen aufstellen. Während er aber befugt ist, den Grundstückserwerb ohne Rücksicht auf die pragmatische Summe des Art. 86 auch nur einseitig für außerdeutsche Vereine von der staatlichen Genehmigung abhängig zu machen, darf er die Beschränkungen des Art. 86 auch für außerdeutsche Vereine nur vorschreiben, wenn er die gleichen Beschränkungen auch für die innerdeutschen, in einem anderen Bundesstaate domizilierten Vereine vorschreibt. — (519, 522.) Art. 88 kommt auch gegen die in der Schweiz domizilierten idealen und wirtschaftlichen Vereine zur Anwendung; der schweizerisch-deutsche Niederlassungsvertrag vom 31. Mai 1890 steht seiner Anwendung nicht im Wege. — (471.) Wenn die landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen zum BGB. Beschränkungen für „ausländische Vereine“ aufstellen, ohne nähere Bezeichnung der Vereine, die sie hierunter verstehen, so sind diese Beschränkungen, soweit nach Art. 86 EG. angängig, sowohl auf die außerhalb, wie auf die innerhalb der deutschen Reichsgrenzen domizilierten bundesstaatsfremden Vereine zu beziehen.

2. Brockhausen, DJZ. **07** 763 f. Durch § 85 Abs. 2 PrivVUntG. in Verbindung mit § 54 Abs. 2 das. ist Art. 88 EG. und damit die auf diesem Artikel beruhende landesgesetzliche Bestimmung PrAG. Art. 7 § 2 zugunsten ausländischer Privatversicherungsunternehmungen nicht außer Kraft gesetzt. Sie bedürfen daher zum Grunderwerb in Preußen der landesherrlichen Genehmigung.

Art. 93. Mittelstein, SeuffBl. **07** 361 ff. Die Räume müssen Immobiliarräume sein; die in beweglichen Sachen enthaltenen Räume fallen nicht unter Art. 93 EG.

Art. 95. Cordes, JW. **07** 383 ff. Die besondere Stellung, welche dem Landesrechte durch Art. 95 EG. eingeräumt ist, bezieht sich nur auf solche Rechts-

vorschriften, welche dem spezifischen Gebiete des Gesinderechts angehören; darunter fällt aber nicht die allgemeine Vorschrift des § 394 BGB., welche für alle dort bezeichneten Forderungen gilt, auf welchem Gebiet immer sie erwachsen sein mögen. Eine Aufrechnungsbefugnis gegenüber den Lohnansprüchen können Vorschriften der Landesgesindeordnungen dem Dienstherrn nicht geben.

Art. 113. OLG. **15** 362 (Königsberg). Das Recht der Straßenanlieger an der Straße richtet sich gemäß Art. 113 EG. nach bisherigem Rechte.

Art. 119. Jellinek, DJZ. **07** 1054 ff. Die Landesgesetzgebung ist unbeschadet der Vorschriften der Artt. 86, 87 EG. nicht befugt, die Veräußerung von Grundstücken aus privatrechtlichen oder polizeirechtlichen Wirkungen aus Gründen unmöglich zu machen, die in der Person des Veräußerers oder Erwerbers liegen (gegen Holtz, PrVerwBl. **07** 645 ff.). Gegen Jellinek: Sontag, DJZ. **07** 1252—1254.

Art. 124. S. auch Art. 181. 1. Marcus, Wie erlöschen die aufrecht erhaltenen Nachbarrechte des ALR.? GruchotsBeitr. **51** 770 ff. Das Erlöschen der durch Artt. 124, 181 EG. aufrechterhaltenen Nachbarrechte des ALR. richtet sich vom 1. Januar 1900 an nach den Vorschriften des BGB. Es genügt dazu ein einseitiger formloser Verzicht. Auch bloßes Schweigen kann einen solchen Verzicht enthalten, aber nur dann, wenn auf seiten der Berechtigten der Wille zu verzichten vorhanden gewesen ist. Nicht aber darf, wenn dieser Wille fehlt, wie nach preußischem Rechte, unter Umständen ein Verzicht fingiert werden.

2. FrankfRundsch. **40** 108 ff. (Frankfurt). Die Bestimmungen des neuen Frankfurter Baustatuts vom 11. Juni 1809 Kap. I § 11 und das Frankfurter Gesetz, betreffend den Wich, die Einfriedigungen vom 1. April 1851 Art. II § 12 gelten auf Grund des Art. 124 EG. noch fort.

Art. 134. 1. Kämper, Die religiöse Erziehung der Dissidentenkinder im Königreiche Sachsen, FischersZ. **06** 273 ff.

2. Neumeyer, ZJPR. **17** 50 ff. S. zu Art. 19 EG.

Art. 142. **RG.** LeipzZ. **07** 746 Ziff. 5, JW. **07** 508, R. **07** 1072 Ziff. 2578. Mitwirkung der Urkundsperson, eines Gemeindebeamten, s. o. zu § 313 BGB. I Ziff. 3c.

Art. 145. R. **07** 56 Ziff. 21 (BayObLG.) Das Hinterlegungswesen ist durch besondere Vorschriften geregelt. Nach Art. 145 EG. können die Landesgesetze über die Hinterlegung besondere Bestimmungen treffen, insbesondere den Nachweis der Empfangsberechtigung regeln. Die Landesgesetze können sogar für die Ansprüche gegen die Hinterlegungsstelle den Rechtsweg ausschließen (Staudinger, BGB. [2] Bem. 4 Abs. 2 zu Art. 145 EG., Planck, BGB. [3] Erl. 7 zu Art. 145 EG., Henle-Fischer, BGB. Anm. 2 zu Art. 145 EG., Mugdan, Mat. I 328).

Vierter Abschnitt. Übergangsvorschriften.

Literatur: Scherer, Rheinisches Recht in der Übergangszeit: Zusammenstellung, PuchseltsZ. **07** 530 ff., 606 ff., 673 ff.

Art. 155. Elsasser, BadNotZ. **07** 90. Örtliche Zuständigkeit des Nachlaßgerichts für den Nachlaß einer vor dem Jahre 1900 entmündigten, nach dem 1. Januar 1900 verstorbenen Person.

Art. 164, 165. *Wiedemann, Ideale Vereine 204/05. Bei den in diesen Artikeln genannten Verbänden entscheiden die landesgesetzlichen Vorschriften nicht nur über die Frage des Bestandes und die zur Erlangung der Rechtsfähigkeit notwendigen Erfordernisse, sondern sie sind auch maßgebend für die Frage ihrer Organisation und ihres Erlöschens. Für die anderen am 1. Januar 1900 bereits

zur Entstehung gelangten rechtsfähigen Vereine ist das alte Recht nur für die Frage ihrer Entstehung maßgebend.

Art. 169. I. 1. Reichel, Verjährung der Deliktsansprüche nach Übergangsrecht, R. **07** 178. Auch aus Ansprüchen auf Schadensersatz aus Delikten findet der Satz Anwendung: Hat der Verletzte erst nach dem Inkrafttreten des BGB. von Tat und Täter Kenntnis erlangt, so läuft, unvorgreiflich des Art. 169 Abs. 2 Satz 2 EG., § 852 Abs. 1 Halbs. 2 BGB. für wie gegen ihn die dreijährige Frist des § 852 vom Tage der Kenntniserlangung auch dann, wenn das frühere Recht die Verjährungsfrist nicht an den dies scientiae knüpfte. S. auch o. zu § 852 Ziff. 6.

2. Weiß, PosMSchr. **07** 84 ff. (gegen Wolff, JW. **07** 67). Über Verjährung von Alimenten für uneheliche Kinder, die vor dem 1. Januar 1900 geboren sind.

II. Rechtsprechung. S. auch u. zu Art. 201. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 630 ff. Ein nach § 405 I. 16 ALR. abgeschlossener Vergleich enthält eine die kurze Verjährung nach Art. 169 EG. § 196 BGB. ausschließende Umwandelung des Schuldverhältnisses nicht, wenn damit nur eine Stundung der eingeklagten Forderung beabsichtigt ist.

2. **RG. 65** 107, JW. **07** 123, R. **07** 894 Ziff. 2096. Diese Vorschriften haben eine nicht auf die Einführung des BGB. beschränkte, sondern eine allgemeine Bedeutung.

3. **RG. 64** 421, JW. **07** 44. Die Verjährung von Ansprüchen, die nach den früheren Gesetzen, nicht nach dem BGB. begründet sind, richtet sich, wenn sie am 1. Januar 1900 noch nicht vollendet war, auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach dem alten Rechte.

4. **RG. 65** 107, JW. **07** 123, R. **07** 894 Ziff. 2095. Unter der Herrschaft des alten GewUVG. von 1884 entstandene Regreßansprüche der Berufsgenossenschaft gegen die Haftpflichtigen stehen, wenn die Bedingung (strafgerichtliches Urteil gegen den Haftpflichtigen oder dessen Tod u. a.) eingetreten ist, den Ansprüchen nach dem neuen Gesetze von 1900 gleich. Deswegen findet die zweijährige Frist des § 138 des neuen Gesetzes, vorausgesetzt, daß zur Zeit seines Inkrafttretens (1. Oktober 1900) die Ansprüche noch nicht verjährt waren, auch auf sie Anwendung.

5. SächsRpflA. **07** 9 (Dresden). Auch eine vertragsmäßige Verlängerung der Verjährungsfrist fällt unter Art. 169 EG.

Art. 170. I. *Wiedemann, Ideale Vereine 215, 212. Ein solches Schuldverhältnis ist auch das Statut des vor dem 1. Januar 1900 gegründeten nichtrechtsfähigen Vereins. Wo bisher das Konzessions- oder das Registrierungssystem gegolten hat, bleibt ein solches Statut ein nach dem betreffenden bundesstaatlichen Rechte zu beurteilendes Schuldverhältnis. Wo durch Gewohnheitsrecht die deutschrechtlichen modifizierten Sozietäten zur Anerkennung gelangt sind oder das PrALR. gegolten hat, sind diejenigen Personenvereinigungen, die in ihren Statuten unzweideutig zum Ausdrucke gebracht haben, daß sie körperschaftlich organisierte, vom Wechsel ihrer Mitglieder unabhängig gestellte und zu einheitlichem Auftreten nach außen befähigte Verbände sein wollen, dem neuen Rechte unterworfen, und ihr Statut untersteht, abgesehen von der Frage der Entstehung des nichtrechtsfähigen Vereins, der Beurteilung nach den §§ 54 Satz 1 (705—740), Satz 2 BGB., 50 Abs. 2, 735 ZPO., 213 KO., deren Bestimmungen um ihres reformatorischen Charakters willen als speziellere Rechtsnorm der Anwendung der Vorschrift des Art. 170 vorgehen. So auch Gierke 51/52, Riedner 256; (vgl. § 54 BGB.).

II. Allgemeines. Rechtsprechung. S. auch zu Art. 169, 171, 181. 1. Vertragsfreiheit, Auslegung der Schuldverträge. a) **RG. 66** 216, JW. **07** 511, R. **07** 1399 Ziff. 3481. Durch Art. 170 EG. ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß, soweit einzelne Normen des BGB. einen reformatorischen oder prohibitiven Charakter haben, diese Normen auch auf die bei dem Inkraft-

treten des BGB. bereits bestehenden Schuldverhältnisse anzuwenden sind. Erforderlich ist jedoch hierzu, daß der Wille des Gesetzgebers dahin erkennbar ist, daß er nicht allein der Vertragsfreiheit für die Zukunft hat Schranken setzen, sondern daß er sogar wohlerworbene Vertragsrechte hat beseitigen wollen. Eine solche Absicht des Gesetzgebers ist für die Bestimmung im § 567 BGB. nicht zu erkennen. Dieser ist daher eine rückwirkende Kraft nicht beizulegen. S. a. § 567 BGB. Ziff. 2. **b)** **RG.** bei Soergel, Rechtsprechung (1907) 526. Die Auslegung eines Vertrags, welcher vor 1900 fertig vereinbart war, aber erst nach 1900 durch die Heilung eines Mangels in der Vertretung des vertragschließenden Vereins bei der Vertragschließung (Fehlen der Unterschrift eines Vorstandsmitgliedes) gültig geworden ist, richtet sich nach altem Rechte, so daß auch die Haftung der Vereinsmitglieder für die durch den Vertrag entstandenen Verbindlichkeiten nach altem Rechte zu beurteilen ist.

2. Gesetzliche Zinsen. **RG.** JW. **07** 739 Ziff. 4, R. **07** 1528 Ziff. 3765. S. o. zu § 247 BGB.

3. Schadensersatz, Verschulden, Verzug. **a)** **RG.** R. **07** 770 Ziff. 1675. Tritt infolge eines Verschuldens aus der Zeit vor 1900 in der Zeit nach 1900 ein Schaden ein, so regelt sich, sofern es sich nicht um ein Dauerdelikt handelt, das über den 1. Januar 1900 hinaus fortgedauert hat, die Frage, ob und inwieweit eine Ersatzpflicht besteht und insbesondere auch, inwieweit ein mitwirkendes eigenes Verschulden der Verletzten in Betracht kommt, nach dem früheren Rechte; dagegen ist die Frage, ob dem Verletzten ein eigenes Verschulden zur Last zu legen ist, nach dem hierfür allein maßgebenden Rechte (§ 276 BGB.) zu beurteilen. **b)** **RG.** R. **07** 1072 Ziff. 2581. Bei einem Schuldverhältnisse, das sich auf einen vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Vertrag gründet, finden die Bestimmungen des früheren Rechtes namentlich auch auf die Frage nach den Folgen des Verzugs des Schuldners Anwendung. Bei einem den Bestimmungen des HGB. a. F. unterliegenden Handelskaufe hatte der Verkäufer bei Verzug des Käufers Anspruch auf Schadensersatz statt der Erfüllung nur unter der Voraussetzung, daß er die Ware nach Vorschrift des Art. 354 für Rechnung des Beklagten hatte verkaufen lassen. Beim Sukzessivlieferungsgeschäft ist es zur Ausführung des Selbsthilfeverkaufs nicht erforderlich, daß der Verkäufer die Ware in genau denselben geringen einzelnen Mengen, in welchen er sie dem Käufer auf dessen Verlangen zu liefern gehabt haben würde und sofort nach Eintritt der Fälligkeit solcher Lieferungen zum Selbsthilfeverkaufe bringt. Er ist vielmehr hier wie überhaupt beim Selbsthilfeverkaufe zu Abweichungen von den Bedingungen des ursprünglichen Kaufgeschäfts befugt, sofern dadurch der Zweck der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nicht vereitelt und das Interesse des säumigen Käufers nicht verletzt wird. **c)** ElsLothJZ. **07** 144 (Colmar). Die Inverzugsetzung hat bei einem vor dem 1. Januar 1900 begründeten Schuldverhältnis in den durch Art. 1139 C. c. vorgeschriebenen Formen zu erfolgen. Die Sommation des französischen Rechtes bewirkt ohne weiteres den Erwerb des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags, die förmliche Mahnung, das BGB. (§ 286) nur den Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung. Um jenen nach deutschem Rechte zu erwerben, ist außer der Mahnung noch die Setzung einer angemessenen Frist mit der Erklärung nötig, daß die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist abgelehnt werde. **d))** **RG.** R. **07** 1538 Ziff. 3833. Allerdings sind die Erfüllungsgeschäfte, die das Erlöschen einer unter dem früheren Rechte entstandenen Forderung herbeiführen, nach dem zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Rechte zu beurteilen. Aber daraus ist nicht der Schluß zu ziehen, daß sich auch die Voraussetzungen und Wirkungen des nach dem 1. Januar 1900 eintretenden Annahmeverzugs in bezug auf ein vor diesem Zeitpunkt entstandenes Schuldverhältnis nach den Vorschriften des BGB. bestimmen. Denn im Falle des Annahmeverzugs liegt

nicht ein Erfüllungsgeschäft vor, sondern es handelt sich um die weitere Entwickelung des ursprünglichen Schuldverhältnisses infolge der durch den Gläubiger vereitelten Erfüllung. e) R. 07 254 Ziff. 476 (Frankfurt a. M.). Das Erfüllungsgeschäft und seine Wirkungen bestimmen sich nach den Gesetzen, die zur Zeit seiner Vornahme Geltung haben.

III. Einzelne Schuldverhältnisse. 1. Darlehen. **RG.** R. **07** 1072 Ziff. 2580. Auch bei einer vor dem 1. Januar 1900 begründeten Darlehnshypothek regelt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei Veräußerungen des belasteten Grundstücks der Hypothekenschuldner infolge Übernahme der Hypothek durch den Erwerber von seiner persönlichen Haftung frei wird, nach neuem Recht.

2. Verwahrungsvertrag. **RG.** R. **07** 1407 Ziff. 3537. Gegenüber der Forderung aus einem vor dem 1. Januar 1900 im Gebiete des gemeinen Rechtes abgeschlossenen Depositum ist der Ausschluß der Kompensation bestehen geblieben. Es handelt sich hier um eine Eigentümlichkeit des gemeinrechtlichen Depositums, die, da das gesamte Schuldverhältnis nach altem Rechte zu beurteilen ist, nicht weggefallen ist.

3. Gesellschaftsvertrag. a) R. **07** 826 Ziff. 1802 (BayObLG.). Die Vertretungsmacht eines Gesellschaftsmitglieds, so der Kesselverwalter eines Kommunbrauhausverbandes, bestimmt sich auch nach dem Inkrafttreten des BGB. den neu eintretenden und den Gläubigern gegenüber nach dem bisherigen Rechte. War der Kesselverwalter bis zum 1. Januar 1900 befugt, die Mitglieder des Verbandes nicht nur mit dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch für ihr übriges Vermögen zu verpflichten, so ist es dabei verblieben. Dagegen ist für die Entscheidung der Frage, ob die durch eine Handlung verpflichteten Mitglieder nebeneinander als Gesamtschuldner oder nur nach Anteilen haften, bei den unter der Herrschaft des BGB. eingegangenen Verbindlichkeiten dessen Bestimmung maßgebend (Habicht, Einw. [3] 314). b) **RG.** R. **07** 1072 Ziff. 2579. Erhebt der Käufer von Aktien, der sich zu diesem Ankaufe durch unwahre Veröffentlichungen über die Aussichten des Unternehmens, die teils vor, teils nach dem 1. Januar 1900 erfolgt und von der Gesellschaft ausgegangen sind, hat bestimmen lassen, wegen des ihm dadurch entstandenen Schadens gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats der Gesellschaft Schadensersatzansprüche, so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß nur, soweit ein Schaden durch die in der Zeit nach dem 1. Januar 1900 in die Öffentlichkeit gelangten, auf Revisionen aus dieser Zeit fußenden Irrtümer über die Gewinnaussichten der Gesellschaft herbeigeführt worden ist, das neue Recht, im übrigen aber das frühere Recht anzuwenden ist. c) **RG.** JW. **07** 314. Die in § 142 HGB. ausgesprochene Folge der Konkurseröffnung bezieht sich auch auf Gesellschaften des älteren Rechts.

4. Unerlaubte Handlungen. a) **RG.** bei Soergel (1907) 526. Wird für die teilweise in die Zeit vor dem 1. Januar 1900, teilweise in die Zeit nachher fallende widerrechtliche Vorenthaltung eines Gegenstandes Schadensersatz verlangt, so ist, soweit durch die Vorenthaltung aus der Zeit nach dem 1. Januar 1900 Schaden entstanden ist, das Recht des BGB. anzuwenden. b) **RG. 65** 107, JW. **07** 123. Wenn das neue GewUVG. vom 30. Juni 1900 (in Kraft seit 1. Oktober 1900) den Berufsgenossenschaften einen unbedingten Anspruch an den Schuldigen gibt, so kann dies nach Art. 170 nur für die unter seiner Herrschaft entstandenen Ansprüche gelten. Die unter dem alten Gesetze von 1884 entstandenen Ansprüche bleiben unbedingt, wie bisher, nämlich an die Bedingung oder Voraussetzung geknüpft, daß durch strafgerichtliches Urteil die Fahrlässigkeit des Haftpflichtigen festgestellt oder ein solches strafgerichtliches Urteil wegen eines in der Person des Haftpflichtigen liegenden Grundes, insbesondere wegen dessen Todes unmöglich war. Actio nata ist daher erst mit dem Eintritte dieser Bedingung vorhanden. c) **RG.** FrankfRundsch. **40** 173, R. **07** 704 Ziff. 1478. Wird ein vor dem 1. Januar 1900 ergangenes und zur Vollstreckung

gebrachtes, vorläufig vollstreckbares Urteil nach dem 1. Januar 1900 aufgehoben, so bestimmt sich die Schadensersatzpflicht der Partei, welche die Vollstreckung betrieben hat, lediglich nach altem Rechte.

Art. 171. **RG. 66** 216, JW. **07** 510. Art. 170 stellt den Grundsatz der Nichtrückwirkung des neuen Rechts bei dem Rechte der Schuldverhältnisse auf. Auch Art. 171 EG. bringt § 567 BGB. nicht auf die unter der Herrschaft des früheren Rechts geschlossenen Verträge zur Anwendung. § 567 BGB. hat daher keine rückwirkende Kraft. S. a. o. zu Art. 170 II Ziff. 1 a.

Art. 181. 1. S. auch Artt. 184, 189, 192. **RG. 65** 73, JW. **07** 125. Die Anwendung der Vorschriften des BGB. über den Überbau ist um deswillen, weil der Überbau schon vor 1900 erfolgt und auch schon vor 1900 die Klage erhoben ist, nicht ausgeschlossen. Die im Art. 181 Abs. 1 EG. verfügte Unterwerfung des bei dem Inkrafttreten des BGB. bestehenden Eigentums unter die Vorschriften dieses Gesetzbuchs muß auch eine Anwendung der Vorschriften des BGB. über den Überbau auf das schon bestehende Eigentum zur Folge haben, auch wenn darüber schon ein Rechtsstreit anhängig war. S. a. o. zu § 912 BGB. Ziff. II 1.

2. RheinA. **104** I 30 (Cöln) (s. a. o. zu § 96 BGB. Ziff. 1. Auch nach rheinisch-französischem Rechte konnte an einem Stücke (Bestandteile) der Scheidemauer Sondereigentum nicht erworben werden. Der Ersatzanspruch des Erbauers wegen Mitbenutzung gegen den anbauenden Nachbar haftet an dem Grundstücke des Erbauers, gilt als Bestandteil dieses Grundstückes nach § 96 BGB., kann zwar Gegenstand eines Sonderrechts sein, aber nur dem nachfolgenden Eigentümer übertragen werden. [Art. 23 PrAGzBGB.]

3. RheinA. **104** I 35 (Cöln). Der Anspruch auf Ersatz der halben Mauerkosten der unter der Herrschaft des Code civil errichteten Scheidemauer ist ein Bestandteil der mit der Errichtung der Mauer begründeten Dienstbarkeit. Er besteht unter dem BGB. unverändert fort gemäß Artt. 124, 184, 218 EGBGB. mit Artt. 23, 24 PrAGBGB. Er bedarf zur Wirksamkeit gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Nachbargrundstücks nicht der Eintragung in das Grundbuch.

4. RheinA. **104** I 38 (Cöln). Auf eine Sockelmauer, die nur zur Anbringung und Stütze eines Grenzgitters dient, findet Art. 23 PrAGBGB. keine Anwendung.

Art. 184. S. Artt. 181, 189, 192. I. Becker, Die Kellerrechte im Großherzogtum Baden, BadNotZ. **07** 87 ff. Es fehlt für die früheren Geltungsgebiete des Code civil, ausgenommen die bayerische Rheinpfalz und Hessen, an einer gesetzlichen Regelung des Sondereigentums an Teilen eines Gebäudes, so auch des sog. Kellerrechts, also in Rheinpreußen und Baden. Das BadJM. (Erlaß vom 14. September 1906, BadRpr. **06** 331), das **RG. 56** 260, Dorner-Seng (BadLPrR. § 100) haben sich dahin ausgesprochen, daß Kellerrechte als Eigentumsrechte nach § 93 BGB. nicht mehr begründet werden können und durch das EG. nicht aufrecht erhalten seien. Vielmehr seien sie vom Inkrafttreten des BGB. an als Rechte an fremder Sache — Erbbaurecht oder Grunddienstbarkeiten — aufzufassen und als solche durch Art. 184 EG. in ihrem bisherigen Umfang aufrechterhalten. Hiergegen ist aber auszuführen, daß das Stockwerkseigentum nach Art. 182 EG. auch da aufrechterhalten ist, wo es bisher als reines Sondereigentum aufgefaßt wurde. Als Stockwerkseigentum sind aber alle Eigentumsverhältnisse an Teilen eines Gebäudes anzusehen, bei denen die Teile durch horizontale Linien gebildet sind, wenn nur ihre wirtschaftliche Bedeutung und Entstehung dem Stockwerkseigentum im engeren Sinne nahe kommen. Darunter lassen sich die Kellerrechte ohne Zwang einordnen, auch wenn außer der horizontalen auch eine vertikale Teilung stattfindet. So können die in Baden wirtschaftlich wichtigen Kellerrechte ohne Zwang aufrechterhalten werden.

II. Rechtsprechung. 1. **RG. 66** 28, JW. **07** 326, R. **07** 1201 Ziff. 2890. Ein nach früherem Rechte wirksam begründetes dingliches Recht ist bei dem Inkraft-

treten des BGB. unverändert bestehen geblieben, auch wenn das Recht nicht im Grundbuch eingetragen war. Andererseits ist das Recht aber auch nur mit dem Inhalte bestehen geblieben, den es nach dem bisherigen Rechte hatte, also auch mit dem Mangel, der ihm infolge der unterbliebenen Eintragung nach § 12 PrEigErwG. anhaftete. Dort war bestimmt, daß rechtsgeschäftlich bestellte, dingliche Rechte an Grundstücken gegen Dritte nur durch Eintragung Wirksamkeit erlangen. Ohne Eintragung ins Grundbuch entbehrt ein solches Recht daher auch nach dem Inkrafttreten des BGB. der Wirkung gegen Dritte, gleichviel ob der dritte Erwerber des Grundstücks das Recht kennt oder nicht. Die Bestimmung des § 892 BGB. findet hier keine Anwendung.

2. KGJ. **33** A 268 (KG.). Die Rechtswirksamkeit des Pfandrechts und die Voraussetzungen für die Zulässigkeit und die Art des Pfandverkaufs bestimmen sich, wenn das Pfandrecht unter dem früheren Rechte bestellt ist, nach früherem Rechte.

3. R. **07** 1469 Ziff. 3674 (Braunschweig). Die Frage, ob begrifflich eine Grunddienstbarkeit im Sinne des Art. 184 Satz 2 vorliegt, ist nach altem Rechte zu beantworten.

4. RheinA. **103** I 1 ff. (Cöln). Das nach französischem Zivilrechte bestehende Dienstbarkeitsverhältnis zwischen Grundstücks- und Straßeneigentum ist infolge des Inkrafttretens des BGB. nicht weggefallen.

5. S. a. BGB. § 1094 Ziff. 2 über gemeinrechtliches Wieder- und Rückkaufsrecht.

Art. 187. *W i e d e m a n n , Ideale Vereine 204/05. Bei den in diesem Artikel genannten Verbänden entscheiden die landesgesetzlichen Vorschriften nicht nur über die Frage des Bestandes und die zur Erlangung der Rechtsfähigkeit notwendigen Erfordernisse, sondern sie sind auch maßgebend für die Frage ihrer Organisation und ihres Erlöschens. Für die anderen am 1. Januar 1900 bereits zur Entstehung gelangten rechtsfähigen Vereine ist das alte Recht nur bezüglich der Frage ihrer Entstehung maßgebend.

Art. 189. 1. ElsLothNotZ. **07** 79 (Colmar). Sind Rechte an einem Grundstück in einem Hypothekenamte gebucht, so erfolgt eine Änderung wegen ihres Bestandes, Ranges, Inhalts oder der Person des Berechtigten nach dem bisherigen Rechte. Die Begründung von Rechten an solchen Rechten aber kann nur nach dem neuen Rechte erfolgen.

2. **RG.** bei S o e r g e l (1907) 528. Der Wortlaut des Art. 189 Abs. 3 EG. ergibt klar, daß für nicht eingetragene Gerechtigkeiten nicht lediglich die Löschung als Aufhebungsgrund hat beseitigt werden sollen, sondern daß es der Zweck dieser Bestimmung gewesen ist, in bezug auf die Aufhebung dieser Rechte es allgemein bei den landesgesetzlichen Vorschriften zu belassen. Nach diesen letzteren Vorschriften richtet sich daher auch die Frage, ob und inwieweit zur Aufhebung einer nicht eingetragenen Gerechtigkeit eine Zustimmung Dritter, insbesondere von dem Hypothekengläubiger, erforderlich ist.

3. R. **07** 385 Ziff. 800 (BayObLG). Von den auf Grund des alten § 706 ZPO. erlassenen Vorschriften der Artt. 127—139 BayAGBGB. gelten die in den Artt. 127—134 und 136 enthaltenen noch in Ansehung der Hypotheken, die schon zu der Zeit bestehen, zu der das Grundbuch als angelegt anzusehen ist (Art. 189 EGBGB., Art. VIII EG. Ges. betr. Änderungen der ZPO. vom 17. Mai 1898 Art. 166 Abs. 2, Art. 177 AGBGB.). Aus Hypothekenurkunden findet nach Art. 127 AG. die Zwangsvollstreckung statt, wenn die Hypothek vertragsmäßig für einen durch die Urkunde festgestellten Anspruch bestellt ist, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstande hat.

4. HessRspr. 8 4 (LG. Darmstadt). Die Beurkundung des obligatorischen Vertrags über die Veräußerung eines im Großherzogtum Hessen gelegenen Grundstücks,

wofern das neue Grundbuch noch nicht angelegt ist, durch einen preußischen Notar ist unwirksam (Art. 31 HessAnlG., § 313 BGB., Art. 11 Abs. 1, 189 EG.).

5. S. a. o. zu § 313 BGB. Ziff. 4 a.

Art. 192. S. Artt. 181, 184, 189. 1. BadNotZ. **07** 94 (Karlsruhe) — s. auch **RG. 61** 375 —. Den unter der Herrschaft des bad. Landrechts eingetragenen Vorzugs- und Unterpfandrechten kommt, insoweit sie sich auf Beitreibungskosten erstrecken, deren Höhe mit einem eingetragenen Höchstbetrage bezeichnet ist, eine selbständige Bedeutung nicht zu. Sie können deshalb nicht zu Eigentümergrundschulden werden.

2. HansGZ. **07** Beibl. 167 (Hamburg). Zur Umwandlung einer Rente des früheren hamb. Rechtes in eine Hypothek (oder Grundschuld oder Rente) des neuen Rechtes auf Antrag des Grundeigentümers ist die Zustimmung der nachstehenden Hypothekengläubiger nicht erforderlich (§§ 1119, 1192 BGB.). Die Frage ist nach Reichsrecht zu entscheiden.

Art. 198. I. 1. Thiesing, Die Wirkungen nichtiger Ehen 239 f. Die bisherigen Gesetze sind auch für die Folgen der Nichtigkeit einer Ehe maßgeblich und zwar nicht nur hinsichtlich gewöhnlicher nichtiger Ehen, sondern auch solcher, die von den bisherigen Rechten aus irgendwelchen Gründen mit besonderen Rechtswirkungen ausgestattet werden. Ob die Nichtigkeitserklärung noch unter der Herrschaft des alten Rechtes erfolgt ist, oder ob die Ehe noch nach Inkrafttreten des BGB. fortgedauert hat, macht, von einer Ausnahme abgesehen, keinen Unterschied. Diese Ausnahme bezieht sich auf das Verhältnis der Ehegatten zu Dritten, da § 1344 BGB. bei nichtigen Ehen aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 bezüglich derjenigen Rechtsgeschäfte, die nach dem Inkrafttreten des BGB. abgeschlossen sind, auch dann Platz greift, wenn das betreffende alte Recht eine gleiche Fürsorge nicht kennen sollte. — Da das BGB. Ehen, deren Nichtigkeit auf einem Formmangel beruht, nur dann berücksichtigt, wenn die Ehe in das Heiratsregister eingetragen ist (§ 1344), so hat bei Ehen, die schon vor Einführung des Heiratsregisters eingegangen sind, dasjenige Buch an die Stelle zu treten, in das nach damaligem Rechte die Eintragung zu erfolgen hatte. — (243). Wenn das maßgebende alte Recht die Putativehegatten nicht schlechthin wirklichen Gatten gleichstellt, sondern durch eine Reihe Spezialbestimmungen einzelne bestimmte Wirkungen mit der nichtigen Ehe verknüpft, so können die Artt. 199, 213 auf die Gatten nicht in Anwendung gebracht werden. Denn diese setzen voraus, daß es sich um Ehegatten aus gültigen Ehen handelt. Wenn das alte Recht dem gutgläubigen Gatten nur einzelne Rechte einräumt, so behält es bei diesen altrechtlichen Vorschriften sein Bewenden. — Wird z. B. dem Gatten ohne Zuerkennung der Rechtsstellung eines solchen im übrigen etwa ein Erbrecht gewährt, so richtet sich dieses Erbrecht in Inhalt und Umfang nach dem alten Rechte. — Anders, wenn das maßgebende alte Recht den (gutgläubigen) Gatten die volle Rechtsstellung wahrer Gatten einräumt. Sie sind dann wie Gatten einer vollgültigen Ehe zu behandeln. Ihre persönlichen Rechtsbeziehungen bestimmen sich gemäß Art. 199 von 1900 ab nach BGB., während die güterrechtlichen Verhältnisse gerade wie bei Eheleuten vollgültiger Ehe nach Art. 200 dem alten Rechte grundsätzlich unterstellt bleiben, falls nicht Überleitungsvorschriften in Betracht kommen. S. a. o. zu § 1344 BGB. Ziff. 1 u. 2.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** JW. **07** 3. Die Gültigkeit einer vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossenen Ehe bestimmt sich grundsätzlich nach den bisherigen Gesetzen. Das neue Recht ist hier eben nur im Rahmen des Abs. 2 zur Anwendung zu bringen.

2. S. auch Artt. 15, 213. **RG. 65** 249, JW. **07** 238, DJZ. **07** 598, R. **07** 1201 Ziff. 2891. Die als Ausnahme fortbestehende Geltung des alten Rechtes ist in möglichst engen Grenzen zu halten. Die Normen, nach denen sich die Angliederung aller anderen

erbrechtlichen Verhältnisse an das aus dem Güterstande sich ergebende Gattenerbrecht vollzieht, sind dem neuen bürgerlichen Rechte, nicht dem früheren Landesrechte zu entnehmen.

3. BreslauAK. **07** 52 (Breslau). Ein vor dem 1. Januar 1900 geschlossener Ehevertrag behält auch in der Zeit nach dem 1. Januar 1900 im Falle der Verlegung des Wohnsitzes seine Wirkung.

4. (Märkisches Provinzialrecht.) **RG. 65** 249, JW. **07** 238, DJZ. **07** 598, R. **07** 1201 Ziff. 2892. Berechnung des Pflichtteils der Abkömmlinge bei Konkurrenz mit dem märkischen Ehegatten. S. o. zu § 2303 BGB. Ziff. 1.

5. OLG. **14** 242 (Hamburg). Der Art. 200 statuiert für bestehende Ehen ein besonderes örtliches Recht und stellt sich somit für seinen Bereich als Ausnahme gegenüber dem Prinzipe des Art. 15 dar. Indem der Art. 200 EG. auf bestehende Ehen das bisherige Recht anwendet, bestimmt er einschließend auch die Anwendung des bisherigen internationalen Privatrechts auf diese Ehe, so daß, wie bisher, der erste eheliche Wohnsitz das Güterrecht bestimmt, die am 1. Januar 1900 bestehende Ehe ihm auch zukünftig unterworfen bleibt.

6. SchlHolstAnz. **07** 209 ff. (Kiel). Der Vorbehalt im Art. 200 EG. für das Landesrecht kann und soll sich nur auf das Gebiet der güterrechtlichen Bestimmungen beziehen. Bei den nach den jeweiligen bisherigen Rechten dem überlebenden Ehegatten an dem Vermögen des verstorbenen zustehenden Rechten ist zu prüfen, ob es sich um Rechte güterrechtlicher Natur handelt. Nach § 2 Art. 46 AGBGB. sind aber diese Rechte erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes. Für die Beantwortung der Frage, was in dem jeweiligen Landesrechte Vorschriften über die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes im Sinne des Satz 2 Art. 200 EG. sind, gibt das Reichsrecht keine Richtschnur. Die Entscheidung über das Wesen des der Witwe nach Sachsenrecht zustehenden Rechtes an dem Nachlasse des verstorbenen Ehemanns ist daher in jeder Beziehung nach dem Sachsenrechte selbst zu treffen; nach diesem aber ist es nicht als Erbrecht im rechtlichen Sinne aufzufassen.

7. FrankfRundsch. **40** 223 (Frankfurt). Die Statutgebühr des überlebenden Ehegatten ist auch nach früherem Frankfurter Rechte, sonach auch in betreff der vor dem 1. Januar 1900 gelösten Ehen nicht als reines und wahres Erbrecht, sondern als erbrechtliche Wirkung des Güterstandes anzusehen.

Art. 201. 1. PuchetsZ. **38** 349 (Düsseldorf). Eine Ehescheidungsklage kann in dem früheren Gebiete des französischen Rechtes auf einen vor dem 1. Januar 1890 liegenden Ehebruch nicht mehr gestützt werden, wenn auch seit dem Ehebruche die häusliche Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben war.

2. RheinA. **104** I 146 (Düsseldorf). Im früheren Gebiete des französischen Rechtes ist das Recht auf Ehescheidung wegen einer vor dem 1. 1. 1890 liegenden Verfehlung (Ehebruch) seit Inkrafttreten des BGB. erloschen, auch wenn die häusliche Gemeinschaft früher als 10 Jahre nach Eintritt des Scheidungsgrundes aufgehoben und nicht wiederhergestellt worden ist. Der Art. 169 EG. ist auf die zehnjährige Ausschlußfrist des § 1571 Abs. 1 BGB. nicht entsprechend anwendbar. Weil § 1571 Abs. 2 BGB. nicht zurückwirkt, ist eine Rückwirkung der zehnjährigen Frist des § 1571 Abs. 1 möglich.

Art. 202. RheinA. **104** I 132 (Cöln). Die nach italienischem Rechte rechtswirksam gerichtlich bestätigte Vereinbarung der Trennung der Ehe von Tisch und Bett ist kein Erkenntnis im Sinne des Art. 202 EG. Jene Vereinbarung ist in Deutschland weder nach § 328 ZPO. noch nach dem Haager Eheschließungsabkommen vom 12. Juni 1902 (RGBl. **04** 221) noch überhaupt nach den allgemeinen Vorschriften des internationalen Privatrechts als rechtswirksam anzuerkennen. Der Art. 14 EGBGB. hat, soweit die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehe=

gatten zueinander durch zwingende Vorschriften des BGB., darunter § 1353, geregelt sind, rückwirkende Kraft.

Art. 203. **RG.** ZBlFG. **7** 832 Ziff. 721, BayRpflZ. **07** 211, R. **07** 312 Ziff. 609 (aM. KG., DJZ. **00** 166; ebenso **RG.** JW. **01** 357). War bei dem Inkrafttreten des BGB. eine vor diesem Zeitpunkte geschlossene zweite Ehe einer Frau durch den vor dem 1. Januar 1900 erfolgten Tod ihres zweiten Gatten getrennt, so verliert die Ehefrau nicht nachträglich auf Grund des § 1697 (vgl. Art. 201 EG.) die elterliche Gewalt, während sie diese, wenn die zweite Ehe am 1. Januar 1900 noch bestanden hätte, mit dem genannten Zeitpunkt auf Grund der angeführten Gesetzesbestimmungen allerdings verloren haben würde.

Art. 207. Thiesing, Die Wirkungen nichtiger Ehen 246 (gegen **RG. 52** 245 ff.). Ob ein Elternteil die Rechte und Pflichten ehelicher Eltern hat, ist nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen. Gewährt das bisherige Recht solche Pflichten und Rechte, so bestimmt sich ihr Inhalt nach dem BGB., und zwar einerlei, ob das alte Recht die Kinder in allen Punkten oder nur in einzelnen den ehelichen gleichstellt.

Art. 208. OLG. **14** 255 (KG.). Die §§ 622 ff. II. 2 ALR. sind für die vor 1900 im Gebiete des ALR. geborenen unehelichen Kinder in Geltung geblieben, da das dem Vater im § 622 gegebene Recht als ein Akt der Erfüllung der ihm obliegenden Unterhaltspflicht anzusehen ist. Hat bei der Vollendung des vierten Lebensjahres des Kindes die Mutter seine Herausgabe an den natürlichen Vater verweigert, so ist dieser von seiner Pflicht zur Bezahlung des Unterhalts, sofern nicht eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts aus § 624 II. 2 vorliegt, befreit worden. Allerdings ist die Unterhaltspflicht nicht dauernd erloschen, die Mutter kann ihren Entschluß betreffs Herausgabe des Kindes und dessen Verpflegung auf eigene Kosten nachträglich ändern und den Vater in Anspruch nehmen.

Art. 213. S. auch zu Artt. 198, 214. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 612 ff. Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers richtet sich, wenn der Erblasser vor dem 1. Januar 1900 verstorben ist, nach dem bisherigen Rechte, auch für dessen Handlungen nach 1900. Bestätigt die Urteile des LG. und OLG. Hamburg, HansGZ. **07** Beibl. 211.

2. KGJ. **33** A 102 (KG.). Ist ein Ehegatte vor dem anderen nach dem Inkrafttreten des BGB. verstorben, so müssen die in einem gemeinschaftlichen, vor dem 1. Januar 1900 eröffneten Testament enthaltenen Verfügungen des Überlebenden auch dann nochmals eröffnet werden, wenn das Testament nach dem Tode des Erstverstorbenen schon seinem ganzen Inhalte nach verkündet worden und offen bei den Akten des Gerichts verblieben ist.

3. **RG.** R. **07** 833 Ziff. 1860. Vor dem 1. Januar 1900 getroffene, den Vorschriften des BGB. entsprechende letztwillige Verfügungen eines nach dem 1. Januar 1900 verstorbenen Erblassers können nicht um deswillen vom Pflichtteilsberechtigten angefochten werden, weil ihr Inhalt nach altem Rechte anfechtbar gewesen.

4. **RG.** JW. **07** 127, ZBlFG. **7** 834 Ziff. 740. Das Rechtsverhältnis des Fiduziars zum Fideikommissar bestimmt sich als erbrechtliches Verhältnis, sofern der Erblasser vor 1900 gestorben ist, nach dem bisherigen Recht auch dann, wenn der Fal der Substitution erst nach dem Inkrafttreten des BGB. eingetreten ist (Artt. 213 ff.).

5. SchlHolstAnz. **07** 258 (Kiel). Korrespektive Testamente von Ehegatten, von denen der eine vor 1900 und der andere nach 1900 gestorben ist, sind insbesondere auch für die Bestimmung, daß der Nachlaß den beiderseitigen Verwandten zu gleichen Teilen zufallen solle, nach § 133 BGB. auszulegen, wonach der wahre Wille des Erklärenden auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse und des Rechtszustandes der Zeit, in der die Verfügung errichtet ist, erforscht werden muß.

6. R. **07** 702 Ziff. 1458 (Stuttgart). a) Ein gemäß Art. 213 EG. nach gemeinem Rechte zu beurteilender Erbschaftsanspruch erstreckt sich auf das Kapital mit den Erträg=

nissen — bei dem gutgläubigen Besitzer nur bis zum Betrage der Bereicherung und ohne Pflicht der Ersatzleistung für verbrauchte Erträgnisse, sofern nicht dadurch Ersparnisse am eigenen Vermögen erzielt wurden. b) Mit Ersparnis am eigenen Vermögen nicht verbundene Aufwendungen sind, sofern der Erbschaftsbesitzer Miterbe ist, an der gesamten Erbschaftsmasse, nicht bloß an dem herauszugebenden Teil, abzurechnen (l. 25 § 15 D. 5, 3). c) Hat der Beklagte eigenes Vermögen, so hat er den gewöhnlichen ordnungsmäßigen Aufwand an dem eigenen Vermögen abzurechnen und die nach Ziff. 2 abzugsfähigen Aufwendungen auf die gesamten Einkünfte, d. h. auf diejenigen aus dem eigenen Vermögen und aus der Erbschaft, anteilsmäßig zu verrechnen (l. 25 § 16 eod.).

Art. 214. S. zu Art. 213. 1. HansGZ. **07** Beibl. 145 (Hamburg). Nur die Errichtung und Aufhebung eines vor 1900 errichteten Testaments richtet sich nach Art. 214 EG. nach altem Rechte, der Inhalt und die Wirksamkeit solcher Testamente ist dagegen nach BGB. zu beurteilen. Dagegen sind die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes vor 1900 nach Art. 200 aufrechterhalten worden, und zu diesen ist auch das Recht auf Enterbung in guter Absicht zu rechnen. Ein vor 1900 errichtetes Testament ist trotz der Befugnis des Errichtenden, es jederzeit zu ändern, doch eine letztwillige, weil in diesem Sinne gewollte Verfügung.

2. OLG. **14** 289, ZBlFG. **7** 728 Ziff. 554a, HansGZ. **06** Beibl. 309 (Hamburg). Die Geltung des früheren Rechtes für die Bindung des Erblassers (Art. 214) umfaßt nicht nur die Frage, ob der Erblasser seine frühere Verfügung umzustoßen berechtigt war, sondern auch die, in welcher Form er dies konnte.

3. R. **07** 1141 Ziff. 2761 (BayObLG.). Obwohl die Bindung des Erblassers bei einem vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Erbvertrage sich nach den bisherigen Gesetzen bestimmt, erfolgt die hiernach zulässige Aufhebung unter der Herrschaft des BGB. nach dessen Vorschriften (Habicht, Einw. [3] 757, 762).

Handelsgesetzbuch.

Erstes Buch. Handelsstand.

Literatur: Lehrbücher: Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (7). Stuttgart 1903. — Gareis, Das deutsche Handelsrecht (7). Berlin 1903. — Gareis in Hinnebergs Kultur der Gegenwart. Berlin-Leipzig 1906. — Gierke in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (6). Leipzig 1904. — Hahn, Das deutsche Handels- und Seerecht (2). Berlin 1905. — Heilfron, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. III. Teil. Lehrbuch des Handelsrechts. 1. Bd. Berlin 1907. — Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts (7). Leipzig 1907. — Kommentare und Handausgaben: Basch (6). Berlin 1907. — Düringer-Hachenburg. Stuttgart 1899/1905. — Friedberg (8). Leipzig 1907. — Gareis (3). München 1904. — Goldmann. Berlin 1901/05. — Lehmann-Ring. Berlin 1899/1903. — Lithauer (13). Berlin 1905. — Makower (13). Berlin 1906/1907. — Staub (8), jetzt Stranz-Pinner-Könige. Berlin 1906/07. — Zweinert. Leipzig 1904. — Die Handelsgesetze des Erdballs, begr. v. Borchardt (3), von Kohler-Meyer usw. Berlin 1906/08.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

Literatur: Abraham, Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers. Diss. 1907.

§ 1. I. Abs. 1. 1. Silberschmidt, HoldheimsMSchr. **07** 213 ff. Wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb und Kaufmannseigenschaft ist auch bei juristischen Personen dann anzunehmen, wenn sie die Absicht haben, aus dem Unternehmen eine Erwerbsquelle für sich zu schaffen. Wenn der Staat, die Gemeinde, die Provinz,

die Handelskammer, die Landwirtschaftskammer, die Stiftung durch ein Unternehmen am Wirtschaftsverkehre teilnehmen, dann genügt es zur Begründung der Gewerbeeigenschaft, wenn der Erwerb den betreffenden Unternehmern zufließt, und es kann nicht weiter untersucht werden, wozu der Gewinn verwendet wird; auch wenn das zu gemeinnützigen Zwecken geschieht, wird dadurch am Erwerbscharakter nichts geändert. Das egoistische Erwerbsmoment erscheint zunächst gegeben. Dagegen erscheint dieses bei einer Personenvereinigung auch dann ausgeschlossen, wenn satzungsgemäß keiner der Teilnehmer, die wirtschaftlich als die Unternehmer erscheinen, von der Unternehmung einen Vorteil haben kann, wenn vielmehr der Gewinn zu altruistischen Zwecken, sei es auch des Vereins selbst, verwendet werden soll. — Umgekehrt ebenso, wenn der Unternehmer sich nicht an die Allgemeinheit wendet, sondern nur mit den eigenen Mitgliedern in Verkehr tritt. — Aus ähnlichen Gründen kann auch ein Unternehmen, z. B. des Staates oder einer Stiftung, den Erwerbscharakter verlieren, wenn z. B. nach Gesetz oder Satzung die Kosten oder ein Teil derselben in karitativer Weise bestritten werden. Entscheidend bleibt immer, ob die Absicht besteht, sich einen dauernden Erwerb zu schaffen.

2. Ullmann, LeipzZ. **07** 561 ff. (und ebenso OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **07** 68, SeuffA. **62** 29, HansGZ. **07** Hauptbl. 156). Der Kommanditist ist nicht Kaufmann, auch nicht der mit Geschäftsführungsbefugnis ausgestattete Kommanditist. Die Ausdehnung der Befugnisse des Kommanditisten durch Vertrag kann an der rechtlichen Natur seiner Stellung, wie sie sich aus seiner Zugehörigkeit zu einer Kommanditgesellschaft ergibt, nichts ändern. Er wird auch nicht Kaufmann, weil seine vertraglichen Befugnisse über die im Regelfall aus dem Gesetze sich ergebenden Befugnisse eines Kommanditisten hinausgehen.

3. GewuKfmG. **12** 131 (LG. I Berlin). Die Konsumvereine sind keine Gewerbetreibenden im gewöhnlichen Sinne; da sie aber Kaufleute kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift sind, auch wenn sie kein kaufmännisches Gewerbe betreiben, so müssen sie als Personen gelten, die ein Handelsgewerbe betreiben; denn nach § 1 Abs. 1 HGB. ist Kaufmann im Sinne des HGB. nur derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt.

II. Abs. 2 Ziff. 1. **a)** GewuKfmG. **13** 14 (KfmG. Breslau). Eine Waschanstalt und chemische Färberei ist ein kaufmännischer Betrieb, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht. In dem Betriebe findet nämlich eine Bearbeitung der zu reinigenden und färbenden Sachen statt, der Begriff der Bearbeitung setzt nicht eine Veränderung der Substanz voraus. Vielmehr ist unter Bearbeitung eines Gegenstandes die durch die Arbeit erfolgende beabsichtigte Herstellung eines bestimmten Zustandes, indem der Gegenstand dadurch insbesondere zu einem gewissen Gebrauche mehr geeignet gemacht wird, zu verstehen. **b)** Bay. RpflZ. **07** 302 (Bamberg). Eine mit Milch aus fremdem Viehstande betriebene Molkerei ist Handelsgeschäft.

Ziff. 2. BadRpr. **07** 16 (Karlsruhe). Wer nur die Reparaturen von Schuhwerk besorgt, ist nicht Kaufmann, selbst wenn er die Zutaten dazu anschafft.

§ 2. 1. ZVersWes. **07** 503. Ein Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ist an und für sich nicht als gewerbliches Unternehmen im Sinne des § 2 HGB. anzusehen, da die Erwerbsabsicht fehlt, und er daher auch nicht als Kaufmann bezeichnet werden kann. Dieser Grundsatz erleidet aber eine Ausnahme durch § 16 VUnfG., wonach die für die Kaufleute im 1. u. 3. Buche des HGB. gegebenen Vorschriften mit Ausnahme der §§ 1—7 auf die Gegenseitigkeitsgesellschaften entsprechende Anwendung finden sollen.

2. R. **07** 1329 (BayObLG.). Ein Ziegeleiunternehmen, das in der Weise betrieben wird, daß der Unternehmer die Ziegel durch einen Akkordanten herstellen, durch eigene Fuhrknechte an die in der nächsten Stadt und deren Umgebung gele-

genen Baustellen fahren, sich von den Bestellern Lieferscheine ausstellen läßt und von ihnen den Kaufpreis in kurzen Fristen einzieht, ohne kaufmännischen Kredit in Anspruch zu nehmen und sich auf Ausstellung von Wechseln einzulassen, ist als Handelsgewerbe nicht anzusehen.

§ 3. Vgl. JDR. **2** u. **3**.

§ 4. 1. **RG.** JW. **07** 55 schließt sich für die Frage der Anwendbarkeit des § 4 unter dem Gesichtspunkt, ob ein nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteter Betrieb vorliegt, der herrschenden Ansicht an, daß nicht nur der Geschäftsumsatz, sondern auch die ganze Art des Gewerbebetriebs, also die Art der Herstellung der Arbeitsprodukte, die Arbeitsteilung und überhaupt die ganze Einrichtung des Geschäftsbetriebs mit in Betracht zu ziehen ist.

2. OLG. **14** 330, R. **07** 987 (KG.). Der Minderkaufmann darf eine Firma, d. h. einen von seinem bürgerlichen Namen abweichenden Geschäftsnamen, nicht führen. Wenn ein Minderkaufmann eine von seinem bürgerlichen Namen verschiedene (eingetragene oder nicht eingetragene) Firma führt, die sich mit seinem bürgerlichen Namen nicht deckt, so ist das ein Mißbrauch, welchem das Registergericht nach § 37 Abs. 1 HGB. entgegenzutreten hat, um das Publikum vor Irreführung über Art und Umfang des Geschäfts zu schützen. Das Handelsregister ist der Eintragung einer solchen Firma verschlossen. Ist die Eintragung doch erfolgt, so ist sie gemäß § 142 FGG. von Amts wegen zu löschen.

3. A b r a h a m 25. Grundsätzlich wird der kaufmännische Handwerker vom Gesetz ebenso behandelt wie der Vollkaufmann. Es finden daher auf ihn die allgemeinen Bestimmungen des III. Buches HGB. Anwendung.

4. **RG.** DJZ. **07** 428. Wer selbständig ein Handwerk ausübt und daneben einen Kleingewerbebetrieb, fällt trotz der Verbindung beider Geschäfte in einer Person unter § 4, und wenn neben einem kaufmännischen Betrieb ein Kleingewerbe oder ein Handwerk selbständig betrieben wird, so erstreckt sich die Verpflichtung zur Buchführung nicht auf dieses letztere.

§ 5. Vgl. JDR. **2**, **4** u. **5**.

§ 6. Vgl. JDR. **2** u. **3**.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

L i t e r a t u r : H e y m a n n , Die Zweigniederlassung im deutschen Handelsrechte. Leipzig 1907.

§ 8. Vgl. JDR. **2**.

§ 9. Vgl. JDR. **2—4**.

§ 11. Vgl. JDR. **2—5**.

§ 12. OLG. **14** 336 (KG.). Die im § 12 vorgeschriebene öffentlich beglaubigte Form kann durch einen zu Protokoll erklärten Prozeßvergleich ersetzt werden, jedoch nur insoweit, als die danach einzutragende Bestimmung selbst Gegenstand des Rechtsstreits gewesen und nicht erst in den Vergleich hineingebracht worden ist.

§ 13. 1. B e g r i f f d e r Z w e i g n i e d e r l a s s u n g. a) OLG. **14** 332, R. **07** 903 (KG.). Von einem an einem anderen Orte befindlichen Nebengeschäfte, welches als Zweigniederlassung im Sinne des § 13 gelten soll, wird Selbständigkeit gegenüber dem Hauptgeschäfte hauptsächlich in folgenden Beziehungen verlangt: Es müssen von ihm aus s e l b s t ä n d i g e G e s c h ä f t e gemacht werden, und zwar nicht bloß nebensächliche, nicht bloße Vorbereitungs-, Vermittelungs- und Ausführungsgeschäfte oder nach genau gegebenen Anweisungen schematisch zu erledigende, sondern auch für das gewerbliche Unternehmen w e s e n t l i c h e, m i t e i n e r g e w i s s e n F r e i h e i t d e r E n t s c h l i e ß u n g für die Leiter der Filiale verbundene. Es muß bei ihm eine äußerliche selbständige Leitung vorhanden sein, ein n a c h i n n e n g e s o n d e r t e s G e s c h ä f t s v e r m ö g e n, mit

welchem es ausgestattet ist, und eine besondere Buchführung. Die Organisation muß somit im ganzen eine derartige sein, daß das Nebengeschäft auf Grund seines Geschäftsbetriebs beim Wegfalle der Hauptniederlassung als eigene Handelsniederlassung fortbestehen könnte. **b)** R. **07** 1148 (BayObLG.). Wird mit einem Handelsgewerbe eine Fabrik verbunden, so liegt der Schwerpunkt im kaufmännischen Betriebe; die Fabrik als solche bildet eine Zweigniederlassung nicht. Wird eine solche gegründet, so muß sie auch eine äußerliche selbständige Leitung und eine besondere Buchführung haben. Wird in der Zweigniederlassung vorwiegend die Fabrikation betrieben, so bildet der Sitz des kaufmännischen Betriebs die Hauptniederlassung. **c)** **RG.** LeipzZ. **07** 586. Ein Kommissionslager ist auch eine Handelsniederlassung, aber ihr Inhaber ist der Kommissionär, nicht der Kommittent. Hat also ein Kaufmann an verschiedenen Orten Kommissionslager, so hat er damit an diesen Orten keine Zweigniederlassungen.

2. Eintragung im Handelsregister. BayObLG., BayRpflZ. **07** 371, RJA. **08** 39, SeuffBl. **07** 897, R. **07** 1148. Die Anmeldung inländischer Zweigniederlassungen ausländischer Aktiengesellschaften zum Handelsregister liegt dem Vorstand ob, auch wenn er sich im Auslande befindet.

3. *Heymann 18 ff. Inhaber einer Filiale kann nur ein Vollkaufmann sein, Minderkaufleute können keine Zweigniederlassung haben, da sie nicht registerpflichtig, resp. -berechtigt sind (HGB. § 4) und erst durch die Eintragung die Zweigniederlassung zur Entstehung kommt. Die mehreren Handelsniederlassungen des Minderkaufmanns bilden jede ein selbständiges Handelsgeschäft.

4. *Heymann 35 ff., 72, 78. Die rechtliche Stellung der Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung ist vom Gesetze zwingend geregelt. Die Zweigniederlassung ist keine Pertinenz (oder Akzession) der Hauptniederlassung, es liegt auch kein pertinenzähnliches Verhältnis vor. Das BGB. kennt derartiges, anders als das gemeine Recht, nicht mehr. Es liegt auch kein Zubehörverhältnis (BGB. § 97) vor. — Das Gesetz deutet nirgends auf eine notwendige wirtschaftliche und rechtliche Abhängigkeit der Zweigniederlassung von der Hauptniederlassung. Danach liegt Koordination vor. Die Hauptniederlassung unterscheidet sich lediglich durch den Besitz des Registerprioritätsrechts (HGB. §§ 29 mit 13) von der Zweigniederlassung.

5. *Heymann 29 ff. Haupt- und Zweigniederlassung müssen nur räumlich, nicht notwendig auch örtlich getrennt sein. AM. OLG. Dresden, GoldschmidtsZ. **34** 563. Die Unterscheidung in unechte und echte Zweigniederlassung (Staub zu § 13 Note 4, Denzler 31), je nachdem diese in demselben Gerichtsbezirke liegt wie die Hauptniederlassung oder nicht, ist nicht annehmbar, da sie andeuten soll, daß die erstere juristisch nicht hervortrete. Dies trifft nicht zu. Für die erstere (bezirksgelegene) wie für die letztere (bezirksfremde) gelten HGB. § 50 Ziff. 3, GenG. § 14 Abs. 1 u. a., für die Anmeldung beider gilt § 29 HGB.

6. *Heymann 51 ff. Die Eintragung der Zweigniederlassung ist konstitutiv. AM. Staub zu § 201 Note 3, Makower zu § 201 IV, Denzler 89 ff. Lediglich durch das Handelsregister wird der Unterschied zwischen Hauptniederlassung und Zweigniederlassung begründet.

7. *Heymann 56/57. Keinen Untergang der Filiale bewirkt ein Urteil gemäß ZPO. § 894, welches einen Beschluß mehrerer Gesellschafter betreffs Löschung der Filiale im Register gegenüber einem Gesellschafter perfiziert. Dieses Urteil ist nur geeignet, die fehlende Stimme des widerstrebenden Gesellschafters dem um Löschung der Filiale angegangenen Registerrichter zu ersetzen.

8. *Heymann 80 ff. Prüfungsrecht des Filialregisterrichters. Aus § 15 Abs. 3 HGB. ergibt sich die — wenigstens teilweise — selbständige, rechtliche Tragweite der Eintragungen im Filialregister. Dieser entspricht eine materielle, verantwortliche Prüfungspflicht des Registerrichters der Zweig-

niederlassung (fast ebenso das KG., RJA. **3** 20). Eine selbständige rechtliche Tragweite haben für die Zweigniederlassung nur die für Haupt- und Zweigniederlassung deklaratorischen (nicht auch die für die Hauptniederlassung konstitutiven) und die für die Zweigniederlassung konstitutiven Eintragungen. Bezüglich solcher hat der Registerrichter der Filiale daher auch Recht und Pflicht selbständiger materieller Prüfung. Ein formelles Prüfungsrecht hat er überall (HGB. § 13).

9. *Heymann 77/78. Bei der Eintragung einer Handelsniederlassung als Zweigniederlassung muß für das Handelsregister nicht notwendig die Eintragung als Hauptniederlassung nachgewiesen werden. Anders ist es bei Eintragungen im Genossenschaftsregister, wo Nachweis der Eintragung der Hauptniederlassung erforderlich ist (RGBl. **99** 347).

§ 14. Vgl. JDR. **2**–**4**.

§ 15. 1. Publica fides der Eintragungen. **a)** *Wiedemann, Ideale Vereine 639. § 15 stellt für die Eintragungen ins Handelsregister die Regel auf, daß sie rechtsbestärkende oder modifiziert deklarative Wirkung haben. AM. Ehrenberg 300. — (712.) Die Pflicht des Dritten, die eingetragene und bekannt gemachte Tatsache überall da gegen sich gelten zu lassen, wo er nicht beweist, daß sie ihm ohne sein Verschulden unbekannt ist, und seine aus dem § 15 sich ergebende Berechtigung, diese Eintragung für sich anzurufen und dem Eintragungsinteressenten gegenüber zur Geltung zu bringen, machen zusammen die publica fides des Handelsregisters aus. Das Wesen des Eintragungsvermerks (vgl. § 55 BGB.) und die Natur der Eintragung als einer vom Registerrichter mit seiner Autorität gedeckten verlangen eine solche Ergänzung des § 15. AM. Ehrenberg 327/38, 291/96. — (639.) Die aus dem Prinzipe des öffentlichen Glaubens für das Kennen, bzw. das Kennenmüssen der Eintragung seitens des Dritten fließenden Rechtsvermutungen (vgl. § 64 BGB.) greifen erst Platz im Zeitpunkte der Bekanntmachung der Eintragung. Gegenteils greift die Rechtsvermutung von der Richtigkeit der Eintragung, d. h. dem Sichdecken der Eintragung mit den von ihr verurkundeten Tatsachen schon mit dem Vollzuge der Eintragung Platz. Inscriptione facta kann deshalb der Dritte die Tatsache der erfolgten Eintragung nur bestreiten, wenn er das Fehlen einer solchen Eintragungsvoraussetzung beweist, deren Nichtberücksichtigung die Eintragung nichtig macht. Dagegen kann er die aus der erfolgten Eintragung sich ergebenden Rechtsvermutungen durch Berufung auf die noch mangelnde Publikation bezüglich seiner Person für so lange wirkungslos machen, als ihm nicht bewiesen wird, daß er im maßgebenden Momente vom Vollzuge der Eintragung Kenntnis gehabt habe. — (716.) Wo Eintragung und Publikation divergieren, greifen die das Wesen der Eintragung mit rechtsbestärkender Wirkung ausmachenden Rechtsvermutungen von der Kenntnis, bzw. dem Kennenmüssen des Dritten nicht Platz. Der Eintragungsinteressent ist gemäß Abs. 1 des § 15 beweispflichtig. Dagegen greifen sie immer Platz, wo Eintragung und Publikation übereinstimmen, selbst dann, wenn die Eintragung wegen Mängeln (absolute oder relative Nullität) in den Eintragungsvoraussetzungen angegriffen werden kann. **b)** Geiler, LeipzZ. **07** 890, behandelt die Frage, ob und wieweit auch hinsichtlich der Handelsregistereintragungen, welche eine über die deklaratorische Bedeutung hinausgehende Wirkung haben, nämlich entweder eine konstitutive oder eine heilende Wirkung, das Publizitätsprinzip eingreift. Bei konstitutiven Handelsregistereinträgen ist die Anwendung des § 15 im vollem Umfange berechtigt. Die einzige Besonderheit, die hier gegenüber dem Regelfalle der Eintragung mit rein deklaratorischer Wirkung besteht, liegt darin, daß bei den konstitutiven Eintragungen der einzutragende Tatbestand vor der Eintragung rechtlich noch nicht existiert, sondern erst mit der Eintragung zur Entstehung kommen kann. Es ist aber durchaus nicht notwendig, daß die einzutragende Tatsache schon vor der Eintragung rechtlich existiert. Wird sie erst mit der Eintragung

existent, so ist sie sogar in verstärktem Maße eintragungsbedürftig, insofern sie nicht nur zu ihrer Beurkundung, sondern auch zu ihrer Entstehung der Eintragung bedarf. — Bei den Registereinträgen mit heilender Wirkung kann bezüglich des Heileffekts selbst das Publizitätsprinzip des § 15 nicht eingreifen; denn auch bei der weitesten Auslegung des Begriffs „der einzutragenden Tatsache" wird man den Heileffekt des Registereintrags nicht als „eine einzutragende Tatsache" im Sinne des § 15 ansehen können. Der Heileffekt der Eintragung tritt ohne Rücksicht auf eine etwaige Bekanntmachung jedem Dritten gegenüber mit der Eintragung ein. Aber bezüglich des nunmehr durch die Eintragung geheilten, d. h. als richtig geltenden Tatbestandes greift das allgemeine Prinzip des § 15 ein.

2. a) BadRpr. **07** 247 (Karlsruhe). Die Rechtsvermutung, daß das, was in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht sei, jedermann als bekannt gelte, ist aufgestellt für die rechtlichen Beziehungen der eingetragenen Firma zu Dritten. Sie findet aber keine Anwendung auf die Rechtsbeziehungen eines Dritten zu einem Dritten (glA. Lehmann-Ring Anm. 6 d u. 10 d zu § 15 u. Staub-Könige Anm. 7 zu § 15; aA. Goldmann Anm. 2 II zu § 15). **b)** **RG. 66** 416, JW. **07** 843, R. **07** 1472. Die Nichtigkeit des der Firmenübertragung zugrunde liegenden Kausalgeschäfts erzeugt eine Wirkung unter den Kontrahenten, nicht aber gegenüber Dritten, die sich auf Eintragung und Veröffentlichung der Firmenübertragung berufen können. **c)** **RG. 65** 412, JW. **07** 314. Wenn auch die Kaufmannseigenschaft stets mit der vollständigen Aufgabe des Gewerbebetriebs erlischt, gleichviel ob eine Löschung der Firma im Handelsregister erfolgt ist, oder nicht, so ist doch die Aufgabe eines unter einer im Handelsregister eingetragenen Firma betriebenen Gewerbes und die Einstellung jeder gewerblichen Tätigkeit eine ins Handelsregister einzutragende Tatsache; ist diese Tatsache nicht eingetragen worden, so kann sie einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war.

3. LeipzZ. **07** 358 (KG.). Es erscheint möglich, daß der allein nach dem Handelsregister vertretungsberechtigte Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft dadurch, daß er uneingeschränkt die Vertretung durch einen anderen Gesellschafter tatsächlich zuläßt, zu erkennen gibt, daß er diese Vertretung ein für allemal billige.

4. KGJ. **33** A 154 (KG.). § 15 hat keine konstitutive Wirkung. Daher kann das Grundbuchamt trotz Beibringung eines Handelsregisterzeugnisses über die Legitimation des Vertreters einer offenen Handelsgesellschaft bei sich ergebenden Zweifeln die Eintragung ablehnen. Es kann auch die Registerakten beiziehen.

§ 16. 1. OLG. **14** 336, ZBlFG. 8 61, R. **07** 581 (KG.). Da § 16 ausdrücklich eine Entscheidung des Prozeßgerichts verlangt, so erscheint seine Anwendung auf andere, eine Entscheidung nicht enthaltende vollstreckbare Titel ausgeschlossen. Ein Prozeßvergleich ist aber keine „Entscheidung".

2. OLG. **14** 336, ZBlFG. 8 61, R. **07** 581 (KG.). Die im Sinne § 16 ergangene Entscheidung erübrigt nur die Anmeldung des Unterlegenen, nicht auch die der obsiegenden Partei. Letztere Anmeldung wird auch nicht durch Ersuchen des Prozeßgerichts ersetzt.

3. Marcus, HoldheimsMSchr. **07** 20. Die Anmeldung aus dem Urteile gemäß § 127 hat allein seitens des obsiegenden Gesellschafters zu erfolgen dahin, daß der andere ausgeschlossen und er selbst allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist.

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

Literatur: Abraham, Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers. Diss. 1907. — Heymann, Die Zweigniederlassung im deutschen Handelsrechte. Leipzig 1907.

§ 17. 1. Mehrheit von Firmen. **a)** Marcus, HoldheimsMSchr. **07** 19. Wenn das HGB. dem Kaufmanne die Befugnis nicht abspricht, mehrere

Handelsetablissements mit verschiedenen Geschäftskreisen und verschiedenen Handlungsfonds, deren jeder von dem anderen getrennt, bestimmungsgemäß dem betreffenden Geschäftsunternehmen dienen soll, zu errichten, so muß ihm ohne weiteres die Führung verschiedener Firmen gestattet sein, und es kann keinen Unterschied machen, ob es sich um einen Einzelkaufmann oder um offene Handelsgesellschaften handelt. Dagegen für die korporativen Handelsgesellschaften, die Aktiengesellschaft und die GmbH. erscheint die doppelte Firmenführung durch Sonderbestimmung ausgeschlossen (§ 20 HGB., § 4 GmbHG.). **b)** **RG.** R. **07** 1473. Wenn ein Einzelkaufmann, was zulässig ist, zwei selbständige Geschäfte unter besonderer Firma betreibt oder wenn er sich neben seinem Einzelgeschäfte noch an einer offenen Handelsgesellschaft beteiligt, so liegt darin die nach außen in Erscheinung tretende Erklärung, daß es sich dabei um die Betriebe verschiedener, gegeneinander abgegrenzter Geschäfte handle. Die Verbindlichkeiten, die in dem Betriebe der einen Firma entstanden sind, sind — was bei einer Übertragung des anderen Geschäfts von Bedeutung wird — nicht deswegen Geschäftsverbindlichkeiten auch der anderen Firma, weil der Inhaber oder Gesellschafter für beide gleichmäßig mit seinem Vermögen haftet. **c)** KGJ. **34** A 23 (KG.). Die Führung zweier Firmen für eine Handelsniederlassung ist unzulässig. **d)** *Heymann, Zweigniederlassung 58 ff. Das Gesetz spricht das Prinzip der notwendigen Firmeneinheit mehrerer Handelsniederlassungen eines Handelsgeschäfts nicht aus, erkennt dagegen im HGB. § 22 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich an, daß eine Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien (extensive Interpretation auf die übrigen „Form"kaufleute, GmbH. und Genossenschaften) für eine als Filiale zum Hauptgeschäft erworbene Handelsniederlassung die alte, von der Hauptniederlassungsfirma verschiedene Firma führen dürfen, nur mit dem Zusatz „Aktiengesellschaft" ꝛc. Daraus ist die generelle Möglichkeit einer Firmenverschiedenheit gegeben. Wenn ein Grundstück unter einer Filialfirma ins Grundbuch eingetragen ist, so ist es als zu dem Vermögenskomplex dieser Filiale gehörig zu betrachten. Dies ist wichtig für die Vertretungsbefugnis des nach HGB. § 50 Ziff. 3 bestellten Filialprokuristen.

2. Die Firma im Prozeß. **a)** BraunschwZ. **07** 79 (Braunschw.). Mit der Firma allein ist die Partei schon genügend bezeichnet: wird überflüssigerweise der Inhaber der Firma genannt, ist diese Benennung aber unrichtig und wird schließlich im Laufe des Prozesses der richtige Inhaber aufgedeckt, so ist damit keine Änderung in der Person des Klägers eingetreten, keine andere Person in den Prozeß eingeschoben, es ist vielmehr nur die unrichtige Bezeichnung der Partei nachträglich richtiggestellt; dies ist aber während des ganzen Prozesses zulässig. Ebenso ist auch die Angabe des Wohnorts nur eine Frage der Bezeichnung der Partei, die jederzeit berichtigt werden kann. **b)** **RG.** R. **07** 1472. Aus § 17 folgt, daß bei einer unter den Namen einer Firma erhobenen Klage nur diejenige Person Kläger ist, die unter dieser Firma ihre Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Dies gilt auch dann, wenn ein anderer den Auftrag zur Klagerhebung erteilt hat. **c)** Im Strafprozesse. **RG.** (Straff.) DJZ. **07** 1148. Die Stellung des Strafantrags gegen die Firma V. u. S. kann nur den Sinn haben, daß der Antrag gegen die Personen gerichtet sein soll, welche im Betriebe des mit dieser Firma bezeichneten Geschäfts die den Gegenstand des Strafantrags bildenden Handlungen begangen haben. Eine namentliche Bezeichnung dieser Personen ist nicht geboten. **d)** Wachsmann, Die Firma als Bezeichnung der Prozeßpartei, GruchotsBeitr. **51** 313. **RG.** **54** 15 hat die Frage, ob die bloße Angabe der Firma ohne Klarstellung, ob ihr Träger ein Einzelkaufmann oder eine offene Handelsgesellschaft sei, in der Klage genügt, bejaht. Die Praxis hat darauf weiter gebaut, daß nicht bloß § 253 ZPO., sondern auch §§ 56 u. 313 ZPO. durch §§ 17 Abs. 2 u. 124 HGB. modifiziert seien. Staub (8) Anm. 29 zu § 17 führt aus, der Richter habe weder Pflicht noch Recht,

von Amts wegen ohne prozessualen Anlaß die Angabe zu verlangen, um welches Rechtsgebilde es sich handle, und welches die gesetzlichen Vertreter der unter der Firma prozessierenden prozeßunfähigen Partei seien. Gegen diese Rechtsanschauungen wendet sich Wachsmann. § 17 Abs. 2 hat lediglich eine Anordnung für die Klageschrift geben wollen, die Identität wird bei Bezeichnung des Einzelkaufmanns mit seiner Firma gesichert, dem daneben bestehenden Erfordernisse des § 253 Abs. 2 Ziff. 1 u. Abs. 4 i. Verb. mit § 130 ZPO., daß durch die Bezeichnung in der Klage die Partei zu individualisieren ist, wird aber nicht Genüge getan. — Ob eine oder mehrere natürliche Personen, ob eine juristische Person, eine der Handelsgesellten, eine GmbH. oder eine Genossenschaft auftritt, ist nicht bloß für materiellrechtliche Fragen, die zu entscheiden sind, sondern für das Verfahren selbst, in erster Linie das Zustellungsverfahren, von wesentlicher Bedeutung. In jedem dieser Fälle handelt es sich rechtlich oder tatsächlich um eine andere Partei, und es muß aus der Parteibezeichnung unmittelbar hervorgehen, welcher der Fälle gegeben ist. **e)** WürttJ. **07** 167 (Stuttgart). Bei der Klage gegen eine Firma gilt nur die Person als verklagt und verurteilt, welche zur Zeit der Klagerhebung Inhaber der beklagten Firma war.

§ 18. 1. Abs. 1. **a)** DJZ. **07** 776, R. **07** 905 (Darmstadt). Das Gesetz verlangt, daß der eine Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft mit seinem wirklichen Namen in der Firma vorkommt, ohne daß erst im Wege der Schlußfolgerung mehr oder weniger sicher der Inhaber der Firma ermittelt werden muß. **b)** **RG.** R. **07** 905. Wenn A. zufolge Vertrags mit B. berechtigt ist, dessen Geschäft unter der Firma „Buch-, Akzidenz- und Kunstdruckerei B. Nachfolger A." weiterzuführen und sein Geschäft nebst Firma an C. weiterveräußert, so kann er ohne B.s Einwilligung den C. nicht ermächtigen, in Zukunft die Firma „Buch-, Akzidenz-, Kunstdruckerei B. Nachfolger C." zu führen. **c)** OLG. **14** 341, RJA. **8** 38, ZBlFG. **7** 780 (KG.). Unzulässig ist die Fortführung und Eintragung einer Firma, die den Familiennamen des geschiedenen Ehemanns der Geschäftsinhaberin enthält, wenn der Mann der allein für schuldig erklärten Frau vor der Eintragung die Führung seines Namens untersagt hat. Erst durch die Eintragung der Firma nämlich erwächst dem Kaufmann ein Recht auf Firmenschutz. Dies ergibt die Vorschrift des § 30 HGB. Auf die nicht eingetragene Firma kann auch nicht die den Rechtsschutz und damit die Eintragung der Firma voraussetzende Vorschrift des § 21 HGB. angewendet werden. Die Beschwerdeführerin hat mithin durch die Führung der nicht eingetragenen Firma „Emma S." kein Recht auf die Führung dieser Firma erworben.

2. Abs. 2. **a)** OLG. **14** 339, ZBlFG. **7** 733, KGJ. **33** A 122, BankA. **6** 159, 289, R. **07** 261, 987, (KG.). Ein Unternehmen darf nur dann als Bank firmieren, wenn es der Begriffsbestimmung entspricht, d. h. wenn es ein mit großem Kapital ausgestattetes, in einer handelsrechtlichen Form der juristischen Person betriebenes Unternehmen im Bereiche des Bankiergewerbes darstellt. Nur ausnahmsweise kann abgesehen werden: vom Erfordernisse der Beträchtlichkeit der kapitalistischen Grundlage, z. B. bei genossenschaftlichen Vorschußvereinen, vom Erfordernisse des gesellschaftlichen Betriebs bei sehr großem Geschäftskapitale. **b)** BayObLG. **8** 90, BayRpflZ. **07** 215, LeipzZ. **07** 517, SeuffA. **62** 288, SeuffBl. **07** 546, ZBlFG. **8** 50, R. **07** 581. In der Aufnahme eines an sich statthaften Zusatzes in die Firma hat der Kaufmann freie Hand; aber es steht nicht in seinem Belieben, wenn er eine einen Zusatz nicht enthaltende Firma führt, ihr gelegentlich einen Zusatz als Bestandteil beizufügen; wenn er eine einen Zusatz enthaltende Firma führt, den Zusatz bald zu gebrauchen, bald wegzulassen. **c)** R. **07** 519 (KG.). Zusätze zu der eigentlichen Firma unterliegen an sich der freien Wahl des Kaufmanns, sie finden ihre Zulässigkeitsgrenze nur in der Täuschungsmöglichkeit oder in etwa sonst bestehenden Verbotsgesetzen. Unerheblich ist, ob der den Zusatz wählende Kaufmann mit diesem täuschen will,

entscheidend aber allein, daß der Zusatz zur Herbeiführung einer Täuschung o b j e k t i v geeignet ist. **d)** FrankfRundsch. **07** 137 (KG.). α. Zusätze zur Firma zur Unterscheidung der Person oder des Geschäfts entbehren der selbständigen Übertragbarkeit. β. Der Zusatz: „Konsumgeschäft" zu einer Firma ist geeignet, in dem Publikum die Meinung hervorzurufen, es handle sich bei dem betreffenden Geschäft um ein solches, das gleich oder ähnlich sei den Geschäften, die von Konsumvereinen betrieben und im Verkehre häufig kurz als Konsum bezeichnet werden. Ein solcher Zusatz ist also zur Täuschung über Größe und Betriebsart des Geschäfts geeignet. **e)** DJZ. **07** 776 (Darmstadt). Es ist unzulässig, daß ein Kaufmann die von ihm neu gegründete Firma aus dem Namen seines Vaters mit dem Zusatze „Sohn" bildet. **f)** RJA. **7** 35, BayersZ. **14** 182, MecklZ. **25** 251 (KG.). Besteht eine GmbH. aus 4 Gesellschaftern, so darf sie nicht „A. u. O., GmbH." firmieren, da dies die Täuschung hervorrufen würde, als seien A. und O. die einzigen Gesellschafter; es bedarf vielmehr in diesem Falle eines Firmenzusatzes, aus dem hervorgeht, daß die in der Firma einer GmbH. als Gesellschafter genannten Personen nicht die einzigen Gesellschafter sind. **g)** OLG. **14** 338, ZBlFG. **8** 62, SächsRpflA. **07** 254, R. **07** 987 (Dresden). Führt ein seit 16 Jahren in einem Hause Leipzigs bestehendes Café ebenso lange die Bezeichnung „Café Bauer", und wird dieser Name auch als Ortsbezeichnung für das Haus selbst wie für das Café benutzt, so liegt hierin nicht die Fortführung der Firma „Café Bauer" durch den gegenwärtigen Inhaber, die mangels eines Erwerbsakts unzulässig wäre, sondern „Café Bauer" ist durch den Gebrauch im Publikum Ortsbezeichnung geworden und damit ein zulässiger Zusatz nach § 18 Abs. 2, eine nähere Bezeichnung des Gewerbebetriebs, die n i c h t geeignet ist, eine Täuschung hervorzurufen. **h)** ThürBl. **07** 215 (Jena). Zu den Verhältnissen, über welche die Firma nicht täuschen darf, gehören die in ihr angegebenen Verwandtschafts- und Geschlechtsbeziehungen; die Firma einer offenen Handelsgesellschaft, welche die Gesellschafter fälschlich als „Gebrüder" bezeichnet, verstößt daher gegen § 18 Abs. 2.

§ 19. Vgl. JDR. **2**, **3** u. **5**.

§ 20. Vgl. JDR. **2**.

§ 21. Vgl. JDR. **2**.

§ 22. 1. V o r a u s s e t z u n g e n d e r F i r m e n ü b e r t r a g u n g. **a)** **RG. 65** 14, LeipzZ. **07** 139, JW. **07** 82, ZBlFG. **7** 733, R. **07** 1148. Für die Anwendbarkeit des § 22 ist es nicht Voraussetzung, daß die Firma eingetragen ist (abgesehen von den Fällen der §§ 2 u. 3 HGB.). Weder die Wirksamkeit der Einwilligung, noch das Recht zur Fortführung der Firma ist von der Eintragung im Handelsregister abhängig. Der Erwerber des Geschäfts kann aber von dem Veräußerer die Mitwirkung zur Eintragung in Anspruch nehmen, wenn noch keine Eintragung bestand. **b)** **RG. 65** 14, LeipzZ. **07** 139, JW. **07** 82, ZBlFG. **7** 733, R. **07** 1148. Wer sein Handelsgeschäft mit Firma an einen anderen veräußert hat, kann diese Firma nicht nachträglich dadurch aufgeben, daß er, ehe die Umschreibung auf den neuen Bewerber bewirkt ist, ihre Löschung im Handelsregister herbeiführt. Die Firma besteht in solchem Falle trotz der Löschung fort, weil der die Löschung Beantragende zu ihrer Aufgabe nicht mehr in der Lage war, und der Fortbestand der Firma (von den Fällen der §§ 2 u. 3 HGB. abgesehen) von ihrer Eintragung unabhängig ist. **c)** BraunschwZ. **07** 79, ZBlFG. **8** 61 (Braunschw.). Ist die Firma zwar angemeldet, wird aber das Geschäft noch nicht unter ihr, sondern unter einer anderen Firma betrieben, so kann die angemeldete Firma auch nicht auf einen anderen übertragen werden. **d)** BraunschwZ. **07** 79 (Braunschw.). Die Abtretung eines Geschäfts mit der Firma setzt voraus, daß der bisherige Firmeninhaber das Geschäft a u c h w i r k l i c h g e f ü h r t und nicht bloß zum Zwecke der alsbaldigen Abtretung ihrer Eintragung herbeigeführt hat. **e)** R. **07** 581 (Frankfurt). Bei Verwandlung

einer eine abgeleitete Firma führenden Zweigniederlassung in ein selbständiges Geschäft ist die Mitübertragung der Firma von der Einwilligung auch des früheren Firmeninhabers abhängig, den Beweis dieser Einwilligung hat der die Einräumung eines unbeschränkten Rechtes zur Ausnutzung der Firma Behauptende zu erbringen.

2. Fortführung der Firma. a) **RG.** RJA. 7 114, MecklZ. **25** 263. Eine Aktiengesellschaft, die zu ihrem Unternehmen ein bestehendes Handelsgeschäft hinzuerwirbt, kann dieses zwar nicht als selbständiges Geschäft mit der bisherigen Firma fortführen, es kann aber bei Eintragung des Geschäfts als Zweigniederlassung der Aktiengesellschaft der Firma ein Zusatz hinzugefügt werden, welcher ersichtlich macht, daß die Zweigniederlassung aus dem erworbenen Geschäfte gebildet ist. **b)** Marcus, HoldheimsMSchr. **07** 19. Im Falle des Erwerbes eines bestehenden Handelsgeschäfts eines Einzelkaufmanns seitens einer offenen Handelsgesellschaft ist die Fortführung der bisherigen Firma statthaft. Die registerliche Eintragung der Inhaber des erworbenen Geschäfts bestimmt sich nach §§ 124, 22, 18 Abs. 2 HGB. Eine Zusatzbeifügung ist im Falle des § 22 nicht als ausgeschlossen anzusehen. Erwirbt eine offene Handelsgesellschaft das Geschäft einer GmbH. mit der Firma, so ist bei deren Fortführung das „GmbH." als bloßes Individualisierungsmerkmal fortzulassen. Es darf aber in diesem Falle zu der jener Bezeichnung entkleideten Firma ein Zusatz, insbesondere in Gestalt der Firma der Nachfolgerin, also der offenen Handelsgesellschaft, gegeben werden. — Aus der Übernahme der Firma kraft Sukzessionsrecht folgt nicht die Unzulässigkeit, diese Firma umzugestalten, soweit vernünftige Interessen dies rechtfertigen zur Klarstellung der Person des Nachfolgers und soweit das im Rahmen des Abs. 2 § 18 geschieht; denn dieser gilt für alle Formbildung, sowohl die primäre als auch für die abgeleitete als Norm. **c)** LeipzZ. **07** 845 (LG. Hamburg). Dem Inhaber einer ursprünglichen Firma steht das Recht der Vervielfältigung in vollstem Umfange zu. Er kann daher beliebig viele Zweiggeschäfte gründen und zu Hauptgeschäften (mit der alten Firma) wandeln. Da er bezüglich dieser das Veräußerungsrecht in vollstem Umfange hat, kann er auch alle seine Rechte dem Erwerber übertragen, ohne daß das Prinzip der Firmenwahrheit die Fortführung des ehemaligen Zweiggeschäfts mit der alten Firma hindert. AA. KG., KGJ. **15** 10.

3. Umfang der Firmenübertragung. **a)** R. **07** 519 (KG.). Zusätze zu einer Firma entbehren der selbständigen Übertragbarkeit. **b)** Wertheimer, GewRSchutz **07** 349. Bei der Veräußerung eines Geschäfts mit den Aktiven gilt die Telegrammadresse mangels entgegenstehender Vereinbarung als mitveräußert. Vgl. OLG. Dresden, SächsA. **5** 336. **c)** R. **07** 581 (Frankfurt). Wenn ein Handelsgeschäft als solches verkauft ist, so sind auch die Handelsbücher unter Einschluß der auf das Geschäft sich beziehenden Rechnungen und Briefe dem Käufer zu übergeben, und zwar auch dann, wenn die Aktiven von ihm nur zum Zwecke der Einziehung für den Verkäufer übernommen und die Schulden vom Verkäufer zu bezahlen sind.

§ 23. 1. BauersZ. **14** 183 (Dresden). Eine GmbH. in Liquidation kann ihre Firma (natürlich nur mit samt dem Geschäfte) veräußern. Eine Änderung des Gesellschaftsvertrags während der Liquidation ist statthaft, falls sie mit dem Liquidationszweck in Einklang steht.

2. **RG. 66** 320, LeipzZ. **07** 738, R. **07** 1329. Die zwischen den Gesellschaftern einer Handelsgesellschaft getroffene Vereinbarung, daß, falls das Geschäft auf Dritte, nicht zur Deszendenz der Gesellschafter gehörige Personen einmal übergehen sollte, eine Überlassung der Firma an diese unstatthaft sei, trifft zunächst das interne Verhältnis der Gesellschafter, und es ist insoweit ihre Rechtsverbindlichkeit nicht zu bezweifeln, insbes. steht sie nicht in Widerspruch mit § 23, da eine Führung oder Übertragung der Firma ohne das Geschäft nicht vorgesehen ist. Die Verabredung

kann im Einzelfall aber auch weiter die Bedeutung haben, daß dadurch eine Schuld der Gesellschaft selbst begründet sein soll, dergestalt, daß sie gemäß § 130 HGB. auch für alle in der Folge in die Gesellschaft eintretenden Gesellschafter maßgebend bleiben, daß also auch diese für ihre Erfüllung haften sollen. In solchem Falle sind diese zur Unterlassung der Firmenführung verpflichtet und zwar, da ein Schutz des guten Glaubens hier nicht in Frage kommt, auch dann, wenn sie bei ihrem Eintritt in die Gesellschaft jene Verpflichtung nicht gekannt haben.

§ 24. **RG. 65** 379. Ein Recht auf Fortführung der Gesellschaftsfirma gewährt § 142 Abs. 2 HGB. dem zur Geschäftsübernahme berechtigten Gesellschafter nicht. Die Vorschrift des § 24 HGB. wird durch § 142 in keiner Weise berührt.

§ 25. I. Abs. 1. 1. Fortführung der Firma. **a)** Bode, DJZ. **07** 823 f. Unter „Fortführen" einer Firma versteht das Gesetz nicht etwa nur eine vorübergehende, sondern eine dauernde, auf Fortsetzung des bisherigen Zustandes in die Zukunft hinein gerichtete Betätigung. Fehlt diese Absicht, so kann von einem „Fortführen" nicht gesprochen werden. Die Benutzung noch vorhandener Düten und sonstiger Enveloppes kann eine Haftung aus § 25 HGB. nicht begründen. **b)** BadRpr. **07** 246, LeipzZ. **07** 753 (Karlsruhe). Fortführung der bisherigen Firma liegt auch vor, wenn die bisherige Firma „W. D." als „W. D. Baugesellschaft mbH." weitergeführt wird.

2. Übergehende Forderungen. **a)** **RG.** BadRpr. **07** 218. Auch die Rechte des Firmeninhabers aus einem Konkurrenzverbote gehen mit auf den Erwerber über, wenn nach dem Inhalte des das Verbot begründenden Vertrags derjenige, für den das Verbot gilt, nicht nur gegenüber dem damaligen Firmeninhaber, sondern auch gegenüber dritten Erwerbern hat verpflichtet werden sollen. **b)** BadRpr. **07** 246 (Karlsruhe). Zu den nach § 25 übergegangenen, im Betriebe des übernommenen Geschäfts begründeten Forderungen gehört auch der schon mit dem Abschlusse des Bauvertrags zur Entstehung gelangte Anspruch auf Bezahlung der Akkordsumme, wenn auch dessen Geltendmachung erst noch von vorheriger Lieferung der übernommenen Arbeiten abhängig war. Daß Forderungen aus gegenseitigen Verträgen auch schon vor der Erfüllung des forderungsberechtigten Teiles durch Rechtsgeschäft übertragbar sind, steht in der Rechtsprechung bereits fest. **c)** **RG.** R. **07** 1473. Die Vorschrift erstreckt sich auch auf betagte und bedingte Verbindlichkeiten. Unerheblich ist weiter, ob der Erwerber des Geschäfts von der Verbindlichkeit Kenntnis hatte.

3. **RG. 64** 129, LeipzZ. **07** 50, JW. **07** 722. Der § 25 verlangt, daß das Geschäft bereits in der Hand des Veräußerers ein Handelsgeschäft, und zwar ein selbständiges Handelsgeschäft, kein bloßer Zweig eines Handelsgeschäfts war. Die Tatsache, daß die Selbständigkeit erst in der Hand des Erwerbers eintritt, beweist gerade den Mangel der Kontinuität des Unternehmens. Dahingestellt hat das RG. gelassen, ob anders zu entscheiden ist, wenn der veräußerte Geschäftsteil als Hauptzweig eines Handelsgeschäfts anzusehen ist.

II. Abs. 2. 1. Leist, ACivPr. **102** 279. Der Ausschluß einer gegenüber den Geschäftsgläubigern wirksamen Täuschungsanfechtung des Erwerbers verstößt gegen § 123 BGB., wenn die Erklärung des Erwerbers nicht als „verantwortliche Erklärung" von den Willenserklärungen abzusondern ist.

2. HessRspr. 8 41 (Darmstadt). Der im Abs. 2 vorgesehenen Bekanntmachung, daß ein Geschäft ohne die Passiva übernommen werde, ist gegenüber den Branchengenossen (Buchhändlern) damit Genüge geschehen, daß durch Inserat in einem Fachblatte (Börsenblatt für den deutschen Buchhandel), und zwar in einer Abteilung, welche nach den Vereinssatzungen Veröffentlichungen mit der Wirkung enthält, daß sie „als regelrecht veröffentlicht" gelten, die Nichtübernahme der Passiva bekannt gegeben wird.

3. **RG.** R. **07** 1473. Die Mitteilung, daß bei einer gemäß § 25 Abs. 1 erfolgten Geschäftsübernahme die Schulden nicht mit übernommen seien, ist zwar zunächst die Mitteilung einer Tatsache, nämlich der Vereinbarung über den Ausschluß der Haftung. Dies schließt aber nicht aus, daß die Mitteilung zugleich den Charakter des Rechtsgeschäfts trägt, d. i. einer Willenserklärung, welche Rechtsfolgen herbeiführen kann und soll. Die gegenüber dem Zedenten erfolgte Mitteilung muß daher unter den Voraussetzungen des § 407 BGB. auch der Zessionar gegen sich gelten lassen.

4. **RG.** JW. **07** 679, HansGZ. **07** Hauptbl. 283, R. **07** 1473. Bei Fortführung eines unter Lebenden erworbenen Handelsgeschäfts ist eine abweichende Vereinbarung wegen Überganges der Forderungen aus dem Geschäftsverkehre mit einer Zweigniederlassung im Handelsregister d i e s e r , und nicht der Hauptniederlassung einzutragen.

5. KGJ. **33** A 127 (KG.). Das Recht der Beteiligten auf Eintragung der Vereinbarung ist zeitlich nicht begrenzt. Der Registerrichter ist daher auch nicht berechtigt, die Rechtsgültigkeit der Anmeldung zu prüfen.

§ 26. Vgl. JDR. 2.

§ 27. Vgl. JDR. 2 u. 3.

§ 28. 1. **RG.** R. **07** 642. Der in ein Geschäft als persönlich haftender Gesellschafter Eintretende haftet auch für den Anspruch eines ausgeschiedenen Gesellschafters auf Abfindung wegen seines Geschäftsguthabens.

2. **RG.** LeipzZ. **07** 500, HoldheimsMSchr. **07** 146, SächsRpflA. **07** 377, ZAktWes. **15** 44. Der ausscheidende Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft hat einen Anspruch auf Abfindung wegen seines Geschäftsguthabens gegen den oder die Mitgesellschafter, die bei der Dissoziation vertragsmäßig das Geschäft nebst Firma mit Aktiven und Passiven übernehmen. Für diese Verbindlichkeit der fortgesetzten Gesellschaft haftet als für eine im Betriebe des Geschäfts entstandene auch der an Stelle des ausscheidenden neu eintretende Gesellschafter mangels entgegenstehender Vereinbarung.

3. **RG.** LeipzZ. **07** 822. Tritt jemand als offener Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns ein, der daneben noch ein zweites selbständiges Handelsgeschäft betreibt, so bewirkt dies nicht, daß die neue Gesellschaft nun auch für die Schulden dieses zweiten Handelsgeschäfts haftet, auf dessen Betrieb sie nicht gerichtet ist.

§ 29. 1. *H e y m a n n , Zweigniederlassung 20 ff. Der Kaufmann kann rechtlich verschiedene Arten von Niederlassungen haben: a) H a n d e l s n i e d e r l a s s u n g e n: Dies sind örtlich fixierte, abgegrenzte Vermögensteile eines Handelsgeschäftsvermögens, mit denen dauernd von einem Orte aus Handel getrieben wird. Hat ein Geschäft mehrere Handelsniederlassungen, so ist für die einzelne nur Abschluß und Erfüllung von Handelsrechtsgeschäften erforderlich, alle zusammen aber müssen ein Handelsgewerbe betreiben (vgl. oben zu HGB. § 13 Ziff. 1). b) N e b e n e t a b l i s s e m e n t s: Diese sind keine Handelsniederlassungen. Entweder fehlt ihnen der b e g r i f f l i c h selbständige Leiter (so bei Kaisers Kaffeegeschäftsstellen, oben HGB. § 13 Ziff. 2), oder von ihnen aus werden lediglich Geschäfte a b g e s c h l o s s e n, die Erfüllung aber einer Haupt- oder Zweigniederlassung überlassen (so bei Spindlers Geschäftsstellen). Für diese Nebenetablissements können keine b e s o n d e r e n Firmen angenommen (wie bei Zweigniederlassung z. B. HGB. § 30 Ziff. 3) und keine besonderen Prokuren gemäß HGB. § 50 Ziff. 3 bestellt werden. Für sie ist der Kaufmann überhaupt nicht registerpflichtig, weil sie nicht unter HGB. § 29 fallen. c) H i l f s e t a b l i s s e m e n t s: Diese sind Niederlassungen des Kaufmanns, von denen aus weder Handel getrieben wird, noch auch nur Handelsrechtsgeschäfte abgeschlossen werden (Fabriken, Warenlager). Für

Firmen-, Prokuren- und Registerpflicht(recht) gilt dasselbe wie unter b für Nebenetablissements.

2. OLG. **14** 330 (KG.). Für die Frage der Eintragung des Handelsgewerbes ist lediglich dessen derzeitiger Charakter (als Klein- oder Vollhandelsgewerbe) maßgebend und nicht sein etwaiger zukünftiger, von dem Inhaber angestrebter.

§ 30. I. Abs. 1 u. 2. — 1. BayRpflZ. **07** 474, R. **07** 1473 (BayObLG.). Die Firma eines Einzelkaufmanns, der mit einem seiner Vornamen und seinem Familiennamen zeichnet, unterscheidet sich wesentlich von der Firma einer Gesellschaft mbH., die aus dem Vorund Familiennamen jenes Kaufmanns mit dem Beisatze „GmbH." besteht

2. OLG. **14** 342, LeipzZ. **07** 518 R. **07** 987, (Hamburg). Der Zusatz „u. Co." begründet eine deutliche Unterscheidbarkeit zweier im übrigen gleichlautenden Firmen.

3. **RG.** R. **07** 642. Die Vorschrift des UnlWG. richtet sich auch gegen solche Firmen, die nach firmenrechtlichen Grundsätzen befugt geführt werden. Keinen Anhalt in den Gesetzen hat die Ansicht, daß neben dem Schutze des § 30 für die an demselben Orte bestehenden Firmen die Bestimmung des § 8 UnlWG. nur auf die dieses Schutzes entbehrenden Firmen zu beziehen sei, die an verschiedenen Orten geführt werden.

4. OLG. **14** 342, LeipzZ. **07** 673, R. **07** 987 (Hamburg). Der § 30 Abs. 1 ist im öffentlichen Interesse gegeben, und die Sorge für die Verhütung von Zuwiderhandlungen ist nach § 37 dem Registergericht und nach § 143 FGG. dem diesem im Instanzenzuge vorgesetzten Gericht als eine von Amts wegen zu beobachtende Pflicht anvertraut. Eine Befugnis eines, wenn auch an der Sache interessierten Privaten, wegen Nichtbeobachtung dieser Pflicht Beschwerde zu führen, ist im Rechte nicht begründet.

II. Abs. 3. *Heymann, Zweigniederlassung 68. Wenn ein Hauptgeschäft in A. ein Nebenetablissement (vgl. HGB. § 29 oben) in B. aufmacht (und zwar notwendig unter derselben Firma, vgl. HGB. § 29), und es besteht in B. bereits ein anderes Geschäft unter derselben Firma, so kann dieses letztere sich gegen ersteres nicht Hilfe aus HGB. § 30, insbes. Abs. 3 erholen, da das Nebenetablissement keine Zweig- und überhaupt keine Handelsniederlassung ist (Gesetzeslücke!). Eventuell kann sich der infolge der Firmengleichheit Geschädigte Hilfe aus § 8 UnlWG. erholen.

§ 31. BayObLG., ZBlFG. **8** 149. Die Verpflichtung zur Anmeldung des Erlöschens einer Firma (§ 31 Abs. 2) wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß aus dem Handelsbetriebe noch einzelne Rechtsverhältnisse fortdauern.

§ 33. Vgl. JDR. **5**.

§ 34. Vgl. JDR. **2** u. **3**.

§ 36. ZBlFG. **7** 733, SächsRpflA. **07** 66 (LG. Freiburg). Als Kommunalverband im Sinne des § 36 ist auch ein aus mehreren Gemeinden bestehender Verband anzusehen, der eine gemeinsame Bezirksanstalt unterhält.

§ 37. I. Abs. 1. 1. Anregung der Tätigkeit des Registerrichters. **a)** RJA. **8** 196, ZBlFG. **8** 97 (KG.). Die Handelskammer kann wohl den Registerrichter zu einer Tätigkeit aus § 37 anregen, sie hat aber kein Beschwerderecht. Gegen den Beschluß des Registergerichts, durch welchen der Antrag der Handelskammer, gegen eine Person behufs Unterlassung des Gebrauchs einer ihr nicht zustehenden Firma einzuschreiten, abgelehnt wird. **b)** FrankfRundsch. **07** 74 (KG.). Anträge aus § 37 liegen außerhalb der den Handelsorganen nach § 126 FGG. verliehenen auf Berichtigung des Handelsregisters abzielenden Zuständigkeit.

2. Zu beanstandende Firmen. **a)** BayObLG. **8** 90, ZBlFG. **8** 50. Zusätze zu einer Firma, die nicht in das Handelsregister eingetragen sind, dürfen nicht in Gebrauch genommen werden. **b)** Abraham, Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers 27. Betreibt der Handwerker ein Geschäft unter einem Namen, der nicht sein bürgerlicher Name ist, so ist gegen ihn aus § 37 einzuschreiten. Ebenso KG., KGJ. **34** A 33, auch bezügl. des Gewerbetreibenden, dessen Unternehmen kein

Handelsgewerbe ist. c) RJA. 8 114, BauersZ. 14 256 (KG.). Es ist Pflicht des Registergerichts, die Eintragung einer GmbH. abzulehnen, wenn der Gegenstand des Unternehmens im Gesellschaftsvertrage nicht bestimmt bezeichnet ist. d) Schl. HolstAnz. 07 145 (Kiel). Die Verwendung einer fremden Firma zu einer Aufschrift am Geschäftslokale des Inhalts, daß Alleinverkauf dieser Firma stattfinde, enthält einen unbefugten Gebrauch im Sinne des § 37.

II. Abs. 2. 1. R. 07 1272 (Frankfurt). Der firmenrechtliche Schutz des § 37 Abs. 2 umfaßt nur die Firma als Ganzes, erstreckt sich nicht auf bloße Firmenzusätze im Sinne des § 18 Abs. 2 Satz 2 HGB.

2. Einzelfälle. a) **RG.** LeipzZ. 07 909. Die Aufnahme der Worte „Kakao Kompagnie" in eine Firma stellen keine Verletzung der Rechte einer älteren Firma, welche die gleichen Worte führt, dar. „Kakao" ist Beschaffenheitsbezeichnung der Ware und „Kompagnie" ist eine Gattungsbezeichnung, welche der älteren Firma nicht ausschließlich zusteht. b) FrankfRundsch. 07 74 (KG.). Einer Bäderstadt steht kein ausschließliches Recht auf Führung des Wortes „Kurhaus" für ihre Unternehmungen zu. Sie kann den Schutz des Abs. 2 hierfür nicht beanspruchen. c) **RG.** BadRpr. 07 218, JW. 07 523. Ohne Zustimmung des Veräußerers einer Firma darf der Erwerber bei Weiterübertragung der Firma diese nicht ändern.

3. FrankfRundsch. 06 90 (Frankfurt). Auch Ausländer können Ansprüche aus § 37 Abs. 2 erheben.

4. Die hier gewährte Klage auf Unterlassung ist nur ein Anwendungsfall der allgemeinen Unterlassungsklage. Über Voraussetzungen, Ziel und Bedeutung dieser Klage s. die eingehenden Ausführungen von *Eltzbacher, Unterlassungsklage (näheres oben im Anhange zum 6. Abschn. des Allgemeinen Teiles des BGB., hinter § 231).

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

Vorbemerkung: Über die Frage, ob das Privatvermögen in die Bilanz des Einzelkaufmanns gehöre, ist eine heftige Kontroverse entbrannt, die jedenfalls zur Klärung der Materie viel beigetragen hat. Auch sonst zeigt die Literatur ein zunehmendes Interesse juristischer Kreise an Buchführungsfragen.

Literatur: Maatz, Die kaufmännische Bilanz und das steuerbare Einkommen. Berlin 1907. — Reisch-Kreibig, Bilanz und Steuer. Wien 1907. — Stern, Die kaufmännische Bilanz 2c. Leipzig 1907.

§ 38. 1. Das Privatvermögen in der Bilanz des Einzelkaufmanns. In Nr. 653 BerlTagebl. 1906 behauptete Stern, im Anschluß an eine Resolution des Verbandes deutscher Bücherrevisoren, daß der Einzelkaufmann bei Aufnahme der Inventur und Errichtung der Bilanz sein Privatvermögen unberücksichtigt lassen könne, weil sich diese Art der Aufnahme zum Handelsbrauche herausgebildet habe. Ihn widerlegt Sontag in Nr. 657 BerlTagebl. Handelszeitung 1906 mit dem Hinweise darauf, daß die §§ 38—40 HGB. zwingendes Recht dahin enthalten, daß der Kaufmann sein gesamtes Vermögen in Inventur und Bilanz aufnehmen müsse, und daß sich contra legem Gewohnheitsrecht nicht bilden kann. Stern versucht in Nr. 6 BerlTagebl. 1907 die herrschende und von sämtlichen Kommentaren des HGB. vertretene Auffassung des § 38 HGB. zu bestreiten. Dawider Sontag in Nr. 19 BerlTagebl. 1907. — Übereinstimmend mit Sontag, FrankfZ. 07 Nr. 43, und Schär, DWirtschZ. 07 98. Der Einzelkaufmann ist nicht berechtigt, sein Vermögen in zwei Teile zu zerlegen, in einen Teil, den er als Geschäftskapital in seiner Firma engagiert, und in einen zweiten Teil, den er als Privatperson behält und anderweitig anlegt. Der Einzelkaufmann hat nur ein ganzes Vermögen, mit dem er für die Verbindlichkeiten seiner Firma haftet, und das soll

er in der Eingangsbilanz genau verzeichnen. — De lege ferenda empfiehlt Oberbach, DWirtschZ. **07** 725, eine Änderung der §§ 38—40 dahin, daß der Kaufmann nur verpflichtet sei, die geschäftlichen Aktiva und Passiva in die Bilanz aufzunehmen. Gegen diesen Vorschlag Sontag, Nr. 438 BerlTagebl. 1907.— Für die Ansicht Sterns tritt ein Rehm, R. **07** 160 u. DJZ. **07** 317. Das HGB. verpflichte nur zur Führung von Handelsbüchern, solche werden aber nur über Geschäftsvorfälle geführt. Allerdings müßten die Bücher nach § 38 die „Lage des Vermögens" ersichtlich machen, dies aber nur „nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung". Diese Grundsätze verlangten die Buchung des Privatvermögens nicht. Allerdings hafte der Kaufmann auch mit seinem Privatvermögen für seine Geschäftsverbindlichkeiten, aber weil Handels- und Privatvermögen des Einzelkaufmanns eine Haftungs- und eine Konkurseinheit bilden, müssen sie nicht auch eine Buchhaltungseinheit darstellen. — Dawider Sontag, DJZ. **07** 590, welcher nachweist, daß die Praxis „ordnungsmäßiger Buchführung" nach Äußerungen von Kaufleuten, Handelszeitungen und Handelskammern dahin gehe, auch daß Privatvermögen des Einzelkaufmanns in den Büchern zu führen, womit der Vorschrift des § 38, die „Lage seines Vermögens" ersichtlich zu machen, nur genügt wird, wenn auch das Privatvermögen angegeben ist. Weiter würdigt Rehm den Einwand, daß Privat- und Geschäftsvermögen eine Haftungs- und eine Konkurseinheit bilden, nicht ausreichend, wenn er nicht auch auf den in diesem Einwande liegenden Zweckgedanken des Gläubigerschutzes eingeht. Soll die Buchführung der Tatsache, daß das gesamte Vermögen des Kaufmanns den Gläubigern haftet, irgendwie dienstbar gemacht werden, so kann sie es nur dadurch, daß in den Büchern neben dem geschäftlichen auch das Privatvermögen eine Stätte findet. — Für Aufnahme des Privatvermögens in die Bilanz des Einzelkaufmanns weiter Leo, LeipzZ. **07** 732 f. — Die Fragestellung lautet bei Betzinger, LeipzZ. **07** 311, „Schreibt das HGB. vor, daß der Einzelkaufmann sein Privatvermögen in der Buchführung technisch ebenso behandle wie das Geschäftsvermögen?" Diese Frage verneint Betzinger im wesentlichen mit den Gründen Rehms. ➸ Aber sie kann auch verneint werden, ohne daß man deshalb zu der Auslegung gelangt, das Privatvermögen brauche in die Buchführung nicht aufgenommen zu werden. — Red. ⇜ Betzinger empfiehlt auch aus praktischen Gründen eine Buchführung über das Privatvermögen in großen Umrissen, indem er die Frage, ob sich eine Vertragssitte für oder gegen Buchführungspraxis bezüglich des Privatvermögens gebildet habe, offen läßt. ➸ Nach der Praxis der besseren Kaufmannskreise Berlins und Ostdeutschlands geht auch die kaufmännische Anschauung dahin, daß das Privatvermögen in die Bilanz aufgenommen werden müsse. Von einer Verkehrssitte kann nicht gut gesprochen werden, da zwingendes Gesetzesrecht für vorliegend erachtet wird. — Red. ⇜

2. Reisch, BankA. **6** 201. Im HGB. kommt der Ausdruck „Reinvermögen" nicht vor: Als Reinvermögen wird der Überschuß der Aktiva über die Passiva verstanden; hieraus ergibt sich, daß man sich das Reinvermögen nicht in einzelnen physischen Vermögensbestandteilen verkörpert denken darf, sondern daß das Reinvermögen einerseits in einem ideellen Anteil an jedem einzelnen Aktivum besteht, andererseits für jedes einzelne Passivum ideell verhaftet ist.

3. Hecke, LeipzZ. **07** 645 ff. Die Dauerkontenbücher, d. h. Bücher aus einzelnen Blättern bestehend und durch Metallmechanismus zusammengehalten, entsprechen, wenn sie als Kontokorrentbuch Verwendung finden sollen, nicht dem HGB. §§ 38 u. 43, ihr Gebrauch kann daher Strafe zur Folge haben.

§§ 38 ff. *Hörle, Die Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach dem BGB. 8 ff. Mit dem selbständigen Betrieb eines Handelsgeschäfts durch die Frau nach §§ 1405, 1452 BGB. gehen alle mit der Kaufmanns-

eigenschaft verbundenen Rechte und Pflichten auf die Frau über, und das Ordnungsstrafverfahren nach §§ 14, 37 HGB., 132 ff. FGG. richtet sich ausschließlich gegen die Frau. Ist ihre Firma im Firmenregister eingetragen, so ist sie bei Zuwiderhandlungen gegen §§ 38 ff. HGB., 1 DepotG. im Falle des Konkurses oder der Zahlungseinstellung den strafrechtlichen Folgen der §§ 239 ff. KO., 10 DepotG., 51 ff. StGB. ausgesetzt. Das gleiche gilt, wenn die minderjährige Ehefrau nach § 112 BGB. ein kaufmännisches Geschäft selbständig betreibt; betreibt sie es aber ohne Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters oder ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, so liegt kein rechtsgültiger Handelsgewerbebetrieb vor, und jene strafrechtliche Haftung besteht nicht (5, 22).

§ 39. 1. **RG.** R. **07** 710. Die für die Forderung eines Kaufmanns bestellten Pfänder gehören nicht zu seinem Vermögen, sie sind daher nicht in seine Bilanz aufzunehmen. Sie können dagegen, da die Forderungen nach ihrem gegenwertigen Wert einzustellen sind, wohl bei der Bewertung der Forderungen in Betracht kommen. Jedoch ist eine Prüfung, ob eine Forderung durch die Pfänder genügend gesichert sei, erst dann geboten, wenn der Schuldner und etwaige Bürgen nicht solvent sind oder doch Zweifel an ihrer Solvenz bestehen.

2. Reisch, BankA. **6** 202. § 39 verwendet den Ausdruck „Vermögen" — im Gegensatze zu § 38 — nicht mehr als Brutto, sondern nur mehr als Aktivvermögen. Weiter kann wohl auch noch mit ziemlicher Sicherheit angenommen werden, daß mit dem „Abschlusse" die üblicherweise dem Inventarium beigefügte „Zusammenstellung" gemeint sein dürfte, deren Zweck es ist, durch Gegenüberstellung der Aktiva und der Passiva das schließliche Reinvermögen, und durch weitere Gegenüberstellung des schließlichen und des anfänglichen Reinvermögens den erzielten Erfolg zu ermitteln.

§ 40. 1. **RG.** R. **07** 838. Rechtlich zulässig ist eine Bestimmung im Gesellschaftsvertrage des Inhalts, daß jährlich Abschreibungen von 4 pCt. auf den Kostenpreis von Gebäuden, Maschinen 2c. stattfinden sollen, auch wenn infolgedessen der Wert der Fabrik ganz zur Abschreibung gebracht wird, so daß er in einem gewissen Zeitpunkte mit Null zu Buch steht.

2. a) **RG.** LeipzZ. **07** 587. Weder das alte noch das neue HGB. enthalten eine Vorschrift des Inhalts, daß es verboten wäre, Teile des Gesellschaftsvermögens unter ihrem Werte in die Bilanz einzusetzen oder gänzlich abzuschreiben. Vielmehr ist hierfür die unter den Gesellschaftern getroffene Vereinbarung maßgebend. **b)** *Ehrenberg, JheringsJ. **52** 216 ff. Abs. 2 soll besagen: Sämtliche Vermögensgegenstände dürfen zu dem Werte, der ihm im Augenblicke der Aufstellung der Bilanz zukommt, aber sie dürfen nicht zu einem höheren Werte in die Bilanz eingestellt werden. Dagegen ist die Einstellung eines niedrigeren Wertes (die Anlegung sog. stiller Reserven) nicht verboten. Vgl. dazu HGB. § 261 u. § 271 Abs. 3 Satz 2.

3. DJZ. **07** 364 (PrOVG.). Bei der Bemessung der Abschreibungen in steuerrechtlicher Hinsicht für den in einer Ziegelei durch die Ausziegelung des Grundstücks entstandenen Substanzverlust darf der Wert, den das Grundstück erst nach seiner Ausscheidung aus dem gewerblichen Betriebe je nach seiner Verwendung für andere Zwecke haben kann, nicht in Betracht kommen. Der Gewerbetreibende hat vielmehr ein Anrecht auf Abschreibungen ohne Rücksicht auf die spätere Benutzung des Grundstücks zu anderen Zwecken.

4. *Adler, Rückstellungs- und Ergänzungszinsen in der Bilanz, BankA. **6** 88. Zinsen sind vom Standpunkte der Buchhaltung aus entweder Lasten, wenn man sie zu zahlen, oder Erträgnisse, sofern man sie einzufordern hat. Das Zinskonto in der doppelten Buchführung ist also — im Gegensatze zu den Konten, die über die Bestandteile des Vermögens und der Schulden Rechnung führen — eine Abteilung

des Gewinn- und Verlußkontos und hat den Zweck, den durch Zinsen verursachten Erfolg besonders nachzuweisen. — § 40 besagt, daß bei der Aufstellung des Inventars und der Bilanz sämtliche Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Werte anzusetzen sind, der ihnen in dem Zeitpunkte beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet. Hieraus ergibt sich, daß auch die Lasten und Erträgnisse eines Geschäftsjahrs so berechnet werden müssen, daß sie genau dem Zeitpunkt entsprechen, für welchen die Bilanz aufgestellt wird. Sind daher im Laufe eines Geschäftsjahrs auf einer Abteilung des Verlust- und Gewinnkontos positive oder negative Erfolge berechnet, die zum Teile in eine spätere Geschäftsepoche (meist das folgende Geschäftsjahr gehören), so müssen die betreffenden Konten beim Abschlusse derart richtiggestellt werden, daß nur diejenigen Erfolge als Gewinn oder Verlust erscheinen, die wirklich auf die gegenwärtige Geschäftsperiode, für die sich der Abschluß versteht, zu verrechnen sind; Gewinn späterer Epochen (antizipierte Gewinne) aber müssen in der Bilanz als Passiva, Verluste solcher Art (antizipierte Verluste) aber als Aktiva verbucht werden. Andererseits müssen Gewinne und Verluste, die noch nicht verrechnet sind, aber in das gegenwärtige Geschäftsjahr gehören, in der Bilanz als sog. Ergänzungsposten zum Ausdrucke kommen. — Adler erörtert dann des näheren den — bei Bankinstituten nicht seltenen — Fall der Berichtigung der Zinskonten.

§ 43. Vgl. JDR. 2.

§ 45. 1. ElsLothNotZ. **27** 378 (Colmar). Nach der früher herrschenden, namentlich von Staub vertretenen Auffassung soll § 45 allerdings nur in Handelssachen Anwendung finden; dieser Auffassung ist jedoch nicht beizutreten. Vielmehr kann die Vorlegung der Handelsbücher auch verlangt und angeordnet werden bei Vermögensauseinandersetzungen, und auch dann, wenn nach der ZPO. oder dem sonstigen Zivilrecht eine Mitteilungspflicht nicht besteht.

2. BraunschwZ. **07** 45 (Braunschweig). Im Falle, daß einem Kaufmanne der Alleinverkauf eines Artikels für einen bestimmten Bezirk übertragen worden ist, ohne daß ein Kommissionsverhältnis vorliegt, ist ein Anspruch auf Einsicht der Handelsbücher aus § 45 nicht herzuleiten, ebensowenig aus § 422 ZPO. Es liegt ein rein zivilrechtlicher Anspruch vor.

§ 46. Vgl. JDR. **5**.

§ 47. Vgl. JDR. **3**.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht.

Literatur: Calmon, Die rechtliche Stellung des Prokuristen im Grundstücksverkehre. Berlin 1907. — Heymann, Die Zweigniederlassung im deutschen Handelsrechte. Leipzig 1907.

§ 48. 1. BayObLG., R. **07** 1148. Wird zwei Beamten einer Aktiengesellschaft in der Weise Prokura erteilt, daß jeder mit einem Vorstandsmitgliede zu zeichnen berechtigt sein soll, so liegt die Einräumung einer Befugnis nach § 232 HGB. vor, nicht die auf § 48 beruhende Prokura.

2. LeipzZ. **07** 237 (LG. Neiße). Testamentsvollstrecker können für das zum Nachlasse gehörige Handelsgeschäft Prokuristen bestellen, falls es in den ihnen vom Erblasser übertragenen Geschäftskreis fällt. Zur Anmeldung haben sie dann weder die Mitwirkung der Erben noch eines Vormundes oder Vormundschaftsgerichts nötig.

§ 49. I. Abs. 1. — 1. **RG.** R. **07** 316. Der Prokurist berechtigt und verpflichtet den Geschäftsinhaber nach der rechtlichen Natur der Prokura als rechtsgeschäftlich erteilter Vollmacht nur insofern, als er in seiner Eigenschaft als Prokurist handelt.

2. **RG. 66** 240, LeipzZ. **07** 51. Zwischen einem Kläger, der zugleich der einzige gesetzliche Vertreter eines prozeßunfähigen Beklagten ist, und diesem Beklagten kann

kein materiell wirksames Prozeßverhältnis bestehen, und dieser Mangel wird auch nicht dadurch geheilt, daß sich der Beklagte durch seine Prokuristen auf den Prozeß einläßt. Denn wie weit auch die Vertretungsbefugnisse des Prokuristen (auch zur Prozeßführung) reichen, so ist er doch nie gesetzlicher Vertreter des Prinzipals.

II. Abs. 2. — Calmon, Die rechtliche Stellung des Prokuristen im Grundstücksverkehre. Veräußerung und Belastung umfaßt nicht nur die Fähigkeit zum Abschlusse der dinglichen, sondern auch die Fähigkeit zum Abschlusse der obligatorischen Rechtsgeschäfte: pacta de alienando und pacta de obpignorando fundo fallen demnach nicht in den Rahmen der Vertretungsmacht des Prokuristen. — Der Prokurist ist nach Entscheidung des KG. (KGJ. **29** A 240) nicht für befugt zu erachten, eine Restkaufgeldhypothek dinglich einzuräumen, „selbst wenn mit dem Kaufvertrag auch die obligatorische Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek rechtswirksam für den Prinzipal entstanden ist". Diese Auffassung ist zu eng. Stellt nach richtiger Ansicht des KG. die Bestellung einer Restkaufgeldhypothek bei der Auflassung eine Belastung im Sinne des § 49 Abs. 2 dar (aM. Marcus, DJZ. **06** 906, Staub [8] 233) — die Belastung, die Restkaufgeldhypothek wird erst eingetragen, nachdem die Firma bzw. der Prinzipal als Eigentümer eingetragen ist —, so ist der Prokurist auch nicht zur Bestellung der Restkaufgeldhypothek im obligatorischen Vertrage berechtigt. Die Möglichkeit des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts, des obligatorischen Vertrags, kann nicht in so schneidendem Widerspruche mit der Unmöglichkeit des Abschlusses des Leistungsgeschäfts, des dinglichen Vertrags, stehen.

§ 50. Abs. 3. *Heymann 71. Die Beschränkung eines Prokuristen gemäß HGB. § 50 Abs. 3 auf eine Filiale (analog zu behandeln sind geschäftsführende Gesellschafter, HGB. §§ 126, 161 Abs. 2, 320 Abs. 2) hat eine Wirkung nur insofern, als der Prokurist in seiner Verfügungsmacht auf diesen Geschäftsvermögensteil beschränkt wird, und zwar sowohl dem Prinzipal als auch Dritten gegenüber. Begrifflich bleibt seine Vollmacht unbeschränkt im Rahmen des HGB. § 49. Der für eine Filiale mit besonderer Firma bestellte Prokurist ist Vertreter ohne Vertretungsmacht, wenn er Sachen veräußert, welche nicht zum Fonds der Filiale gehören.

§ 51. Vgl. JDR. **2** u. **5**.

§ 53. Thür. Bl. **07** 215 (Jena). Für eine noch nicht im Handelsregister eingetragene Firma kann keine Prokura eingeiragen werden.

§ 54. 1. **RG.** NaumburgAK. **07** 9. In der Regel ist für den Umfang einer stillschweigend erteilten Vollmacht der Umfang maßgebend, in welchem jemand für einen anderen mit dessen Wissen und Dulden gehandelt hat. Wenn der Inhaber des geschäftlichen Unternehmens sich jeder tatsächlichen Mitwirkung bei der Geschäftsführung enthält und diese ganz einem anderen überläßt, so kann aus der völlig selbständigen Geschäftsführung dieses anderen, die mit Wissen und Dulden des Geschäftsinhabers geschieht, eine unbegrenzte Bevollmächtigung ohne Rechtsirrtum gefolgert werden.

2. **RG.** BayRpflZ. **07** 297. § 54 bezieht sich auch auf die einem Kaufmann ertelte Einzelvollmacht zum Abschluß eines Vergleichs, der ein Handelsgeschäft betrifft

3. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1073, R. **07** 582. Auch in der Ermächtigung zur Vornahme eines einzelnen Handelsgeschäfts liegt die Erteilung einer Handlungsvollmacht.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1073, R. **07** 582. Auch Vergleiche, durch die ein Rechtsstreit beigelegt wird, sind Handelsgeschäfte, zu deren Vornahme die Handlungsvollmacht im Zweifel ermächtigt.

§ 55. Vgl. JDR. **2** u. **5**.

§ 56. Vgl. JDR. **2**.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Vorbemerkung: Die Überfüllung der Literatur mit Entscheidungen zu den §§ 59, 70, 72 dauert infolge der allzu reichlichen Veröffentlichung von Urteilen der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte fort. Der wissenschaftliche Gewinn dabei ist gering. So ist z. B. die Frage, wieweit der Verdacht des Prinzipals gegen den Handlungsgehilfen als sofortiger Kündigungsgrund anzuerkennen sei, nicht durch die hierzu ergangenen Urteile der KfmG., sondern erst durch den bei § 70 referierten, die maßgeblichen Gesichtspunkte glücklich herausschälenden Aufsatz Brückmanns geklärt worden.

Literatur: Bolze, Das Recht der Angestellten und Arbeiter an den Erfindungen des Etablissements. Leipzig 1907. — Guggisberg, Die Konkurrenzklausel mit besonderer Berücksichtigung der Schweizer Praxis. Bern 1907. — Harnapp, Die Beendigung des kaufmännischen Lehrverhältnisses. Hannover 1907. — Leonhardt, Das Dienstzeugnis des Handlungsgehilfen. Bonn 1907. — Siemens, Das Recht der Angestellten an den Erfindungen. Berlin 1907.

§ 59. 1. Begriff. **a)** R. **07** 1474 (Hamm). Wenn von einem Angestellten eines kaufmännischen Geschäfts sowohl kaufmännische wie technische Dienste geleistet werden, so finden auf ein solches Dienstverhältnis nicht ohne weiteres die Bestimmungen des BGB. über den Dienstvertrag Anwendung, sondern nur dann, wenn die technischen Dienste überwiegen. **b)** KGBl. **07** 119 (KG). Die Frage, ob eine Arbeiterin in einem mit Fabrikbetrieb zusammenhängenden kaufmännischen Betrieb als Gewerbe- oder Handlungsgehilfin zu betrachten ist, hängt davon ab, ob ihre Tätigkeit vorwiegend auf ihre technische Dienstleistung zur verkaufs- und versandbereiten Fertigstellung der Waren, oder aber auf deren Umsatz gerichtet ist. Vorliegendenfalls ist das Sortieren, Zusammenstellen und Verpacken verkaufter fertiger Fächer als eine kaufmännische Tätigkeit angesehen worden. **c)** GewuKfmG. **13** 15 (KfmG. München) u. ebenda **13** 62 (KfmG. Elberfeld). Ein Schaufensterdekorateur ist Handlungsgehilfe. **d)** BayRpflZ. **07** 302 (Bamberg). Der Verwalter in einer Molkerei, welche mit Milch aus fremdem Viehstande betrieben wird, ist, wenn ihm einerseits die Anschaffung der Milch, Eier, die Veräußerung von Butter, Eier, Käse und die Kassa- und Buchführung, andererseits die Leitung und Beaufsichtigung des Molkereibetriebs obliegen, Handlungs- oder Gewerbegehilfe je nach dem, welche Dienste überwiegen. **e)** GewuKfmG. **12** 131 (LG. I Berlin). Die in einem Konsumverein angestellten Personen sind Handlungsgehilfen, wenn sie kaufmännische Dienste leisten. Über die aus dem fingierten Handelsgewerbe der Konsumvereine hergeleitete Begründung s. o. bei § 1 HGB. Ziff. 13. **f)** Plutus **07** 302 (KfmG. Berlin). Der Platzmeister eines Unternehmens für Eisenbahnbau ist Handlungsgehilfe. **g)** Plutus **07** 266 (KfmG. Berlin). Der Geschäftsführer einer GmbH. ist nicht Handlungsgehilfe. **h)** Plutus **07** 205 (KfmG. Berlin). Anprobierdamen sind Gewerbegehilfinnen. **i)** Plutus **07** 225 (KfmG. Berlin). Der Fahrer einer Selterwasserfabrik ist als Handlungsgehilfe angesehen worden, weil er die Gelder für die Waren beim Ausfahren selbst einzog, neue Kunden warb, eine feste Vergütung von täglich 5 M. und nach seiner Behauptung auch Provision erhielt. **k)** Plutus **07** 646 (KfmG. Berlin). In der Konfektionsbranche gibt es sog. „Eintreiber", welche die Heimarbeiter zu eiliger Ablieferung anhalten. — Die im „Eintreiben" der Sachen bestehende Tätigkeit ist als eine kaufmännische und der Eintreiber daher als Handlungsgehilfe anzusehen. **l)** Plutus **07** 702 (KfmG. Berlin). Versicherungsinspektoren sind Handlungsgehilfen. **m)** GewuKfmG. **12** 86 (KfmG. Elberfeld). Der gegen Wochenlohn beschäftigte Lagerist eines Warenhauses ist Handlungsgehilfe. **n)** Plutus **07** 842 (KfmG. Berlin). Die Verkäuferin in einer Selterbude ist Gewerbegehilfin. Entgegengesetzt hat KfmG. Plauen, GewuKfmG. **12** 158, sie für eine Handlungsgehilfin erklärt. **o)** Plutus **07** 335 (KfmG. Berlin). Die bloße kaufmännische Nebenbeschäftigung (Kläger führte alle 1—2 Abende die Korrespondenz

für den Beklagten) gewährt keine Ansprüche auf Kündigung und Zeugnis. ➵ Diese Entsch. ist rechtlich nicht unbedenklich. Als was für eine Tätigkeit stellt sich die des Klägers nach Ansicht des KfmG. dar? Ist er, wie anzunehmen, nach seiner Tätigkeit und der Art des Geschäfts des Beklagten Handlungsgehilfe, so stehen ihm auch die Ansprüche aus §§ 59 ff. zu, gleichviel, ob er nur abends und nur im Nebenamt arbeitet. — Red. ⇠ **p)** Plutus **07** 945 (KfmG. Berlin). Der Vertreter einer Firma auf einer Ausstellung, der die von der Firma ausgestellten Möbel sauber zu halten und dem Publikum zu empfehlen hatte, aber keine Kaufverträge tätigen durfte, ist Gewerbe- und nicht Handlungsgehilfe. **q)** Plutus **07** 91 (KfmG. Berlin). Adressensammeln zur Vorbereitung von Offerten ist als kaufmännische Tätigkeit angesehen worden. **r)** Plutus **07** 720 (KfmG. Berlin). Lohnbuchhalter sind Gewerbegehilfen, wenn ihnen nur die Führung der Lohnbücher und die Berechnung der Löhne und Akkorde obliegt. **s)** ZVersWes. **07** 503 berichtet, daß bei einem Streite zwischen einem Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit und einem Angestellten ein Kaufmannsgericht sich für unzuständig erklärt hat, da die betreffende Gesellschaft kein Handelsgewerbe betreibe und Kaufmann aus diesem Grunde auch durch Eintragung der Firma in das Handelsregister nicht werden könne. Diese Ansicht wird gestützt auf § 2 HGB. und Staub, HGB. Anm. 2 zu § 2. **t)** ZVersWes. **07** 503. Die Versicherungs-Inspektoren sind nach der Rechtsprechung des KfmG. nicht als Handlungsagenten, sondern als Handlungsgehilfen anzusehen, auch dann, wenn sie im Vertrag ausdrücklich als Handlungsagenten bezeichnet sind. Denn es kommt nicht auf die Vertragsbestimmungen, sondern auf die wirkliche Stellung des Inspektors an. Während der Agent als freier Gewerbetreibender akquiriert, ist der Inspektor dazu verpflichtet, seine ganze Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft zu stellen, untersteht ihrer Disziplin und hat alle sonstigen Aufträge der Gesellschaft auszuführen, die Agenten zu kontrollieren, die Versicherten zu beobachten und in jeder Beziehung die Interessen der Gesellschaft wahrzunehmen.

2. Reisende. **a)** HansGZ. **07** Hauptbl. 296 (Hamburg). Der mit Reisen beschäftigte Handlungsgehilfe hat prinzipiell Anspruch auf Ersatz für nicht gezahlte Reisegelder. Er hat also ein Recht auf Reisetätigkeit. Deren Dauer zu bestimmen, steht im Ermessen des Prinzipals, aber nicht in seiner Willkür. Die bloße Behauptung, daß das Reisen wegen der Erfolglosigkeit des Angestellten ihm verboten worden sei, genügt nicht. Es muß hinzukommen, daß der Mißerfolg verschuldet ist. Anderenfalls ist ihm das zu ersetzen, was er infolge Unterbleibens der Geschäftsreisen für seinen Unterhalt aus eigener Tasche hat aufwenden müssen. **b)** GewuKfmG. **12** 183 (KfmG. Chemnitz). Der „Saisonreisende" hat nach Kündigung keinen Anspruch darauf, bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist auf eine neue Reise ausgeschickt zu werden. Auch haftet der Prinzipal für den Verlust, der dem Reisenden durch Verlust der Spesen entsteht, nicht.

3. Leistungen. **a)** **RG.** R. **07** 1330, DJZ. **07** 1321. Der Erfüllungsanspruch des Prinzipals gegen den Handlungsgehilfen beschränkt sich nicht auf das Verlangen, daß dieser seine Vertragspflichten positiv, durch Leistung der versprochenen Dienste, erfülle, sondern er umfaßt auch negativ die Forderung auf Unterlassung jedes Verhaltens, das diesen Pflichten zuwiderläuft, insbesondere auf Unterlassung von Dienstleistungen für einen Dritten während der Geschäftszeit. **b)** Gutachten der HK. Chemnitz, SächsRpflA. **07** 167. Ein Färbermeister ist im allgemeinen verpflichtet, seinem Prinzipal über die von ihm verwendeten Färberezepte Auskunft zu geben, auch wenn es im Anstellungsvertrage nicht besonders vorgesehen ist. Nur wenn er engagiert ist, um Neuerungen einzuführen oder den Betrieb einzurichten, ist es üblich, im Anstellungsvertrag ausdrücklich zu vereinbaren, daß gegen Extravergütung das ganze Verfahren Eigentum der Firma werde. Nach Beendigung des Dienstverhältnisses besteht eine Auskunftspflicht nicht mehr. **c)** Plutus **07** 880 (KfmG.

Berlin). Bei niedrigen Gehältern widerstreitet es den guten Sitten, daß den Angestellten Mankozahlungen aufgebürdet werden.

4. Entgelt. a) GewuKfmG. **12** 157 (KfmG. Fürth). Eine vertragsmäßig „beim Bücherabschlusse" zu zahlende Jahresgratifikation ist auch anteilig zu leisten, wenn der Dienst des Handlungsgehilfen während des Geschäftsjahrs endet. **b)** GewuKfmG. **12** 157 (KfmG. Fürth). Es ist im Handelsgewerbe üblich, daß die Gratifikation mindestens die in den früheren Jahren erreichte Höhe behält, es sei denn, der Gehilfe habe durch mangelhafte Arbeit berechtigten Grund zu ihrer Herabsetzung gegeben oder die Höhe der Gratifikation sei von dem Jahreserträgnis abhängig gemacht. **c)** KGBl. **07** 10 (KG.). Der Handlungsangestellte hat nur dann einen Anspruch auf eine Weihnachtsvergütung, wenn der Prinzipal sich durch Zusage dazu verpflichtet hat. **d)** Gutachten der HK. Chemnitz, SächsRpflA. **07** 167. Ein Handelsbrauch, wonach einem Angestellten Umzugskosten nur unter der stillschweigenden Voraussetzung gewährt werden, daß der Anzustellende dauernd in der Stellung bleibe, besteht nicht.

5. Erfüllungsort. HessRspr. 8 59 (Darmstadt). Der Erfüllungsort für die mit dem Handlungsgehilfen vorzunehmende Abrechnung über seinen Umsatz und die ihm bereits gewährten Bezüge zur endgültigen Feststellung seines Gehalts ist im Zweifel da, wo der Prinzipal seine Niederlassung hat.

§ 60. 1. HessRspr. 8 50 (Darmstadt). Wenn einem Angestellten in seinem Engagementsvertrage die Verpflichtung auferlegt ist, auf seinen Reisen nur die Waren seiner Firma zu verkaufen, so handelt er dem nicht zuwider, wenn er durch einen Dritten anderwärts andere Waren verkaufen läßt.

2. **RG.** BankA. 7 150, LeipzZ. **07** 216, JW. **07** 110, R. **07** 710. Es ist nach dem geltenden Handelsrechte nicht ausgeschlossen, daß ein Kaufmann, welcher Inhaber eines eigenen Handelsgeschäfts ist und für dieses eine bestimmte Firma führt, gleichzeitig sich von einem anderen Kaufmanne, der unter seiner eigenen Firma ein Handelsgeschäft betreibt, als dessen Handlungsgehilfe anstellen läßt, wenn ihm zur Annahme einer solchen Stellung noch Zeit übrig bleibt, und der Kaufmann, der ihn anstellt, sich mit der dem an sich selbständigen Kaufmann noch möglichen anderweiten Dienstleistung begnügt.

§ 61. Vgl. JDR. **2**–**5**.

§ 62. 1. Plutus **07** 665 (KfmG. Berlin). Wird ein Angestellter durch den am Abend im Hofe bereits losgelassenen Geschäftshund gebissen, so liegt unter Umständen ein Verstoß gegen die Aufgabe des Prinzipals, die Geschäftsräume so zu halten, daß den Angestellten ein Schaden an Leib und Leben nicht entstehe, vor.

2. GewuKfmG. **13** 38 (KfmG. Stettin). Schadensersatzansprüche wegen Überanstrengung fallen unter § 62 Abs. 1, solche wegen nicht ordnungsmäßig gelieferter Verpflegung, soweit es sich nicht um Wertersatz handelt, unter § 62 Abs. 2.

§ 63. 1. Plutus **07** 20 (KfmG. Berlin). Ist einem Handlungsgehilfen eine Mindesttantième garantiert, so hat er im Krankheitsfall auf diese für dieselbe Zeitdauer Anspruch, für welche ihm der Gehalt nach § 63 weiterzuzahlen ist.

2. GewuKfmG. **12** 204 (KfmG. Charlottenburg). Eine Vereinbarung ist zulässig, daß dem Handlungsgehilfen nur für die Tage Gehalt gezahlt wird, an denen er im Geschäfte wirklich tätig ist. Damit ist die Bestimmung des § 63 Abs. 1 HGB. ausgeschlossen.

§ 64. Vgl. JDR. **2** u. **5**.

§ 65. Plutus **07** 128 (KfmG. Berlin). Für ein vermitteltes Sukzessivlieferungsgeschäft gebührt dem Handlungsgehilfen die Provision auch für die Teillieferungen, welche nach seinem Austritt aus der liefernden Firma erfolgen.

§ 66. 1. BadRpr. **07** 207 (KfmG. Konstanz). Der Einwand des beklagten Handlungsgehilfen, daß beim Engagement über die Kündigung nicht gesprochen worden

sei und deshalb die Kündigungsfrist des § 66 Platz greife, stellt sich nicht als das Bestreiten einer Klagebehauptung dar, sondern als Behauptung einer neuen Tatsache, die, wenn sie erwiesen wird, geeignet ist, den Beklagten zu befreien.

2. ElsLothJZ. **07** 519 (Colmar). Darin, daß der Handlungsgehilfe bei vorzeitiger Kündigung durch den Prinzipal nicht sofort Widerspruch erhebt, auch sich nach einer anderen Stelle umsieht, liegt noch nicht die Erklärung des Einverständnisses mit der vorzeitigen Lösung.

3. R. **07** 135 (Hamm). Die in Dienstverträgen enthaltende Festsetzung des Dienstverhältnisses auf einen längeren Zeitraum, z. B. auf ein Jahr, mit gegenseitig vierteljährlicher Kündigung, ist im Zweifel dahin auszulegen, daß der Vertrag auf den bestimmten Zeitraum fest abgeschlossen ist, und daß es, um dessen stillschweigende Verlängerung über den Zeitraum hinaus auszuschließen, einer der Vollendung des Zeitraums vorausgehenden vierteljährlichen Kündigung bedarf.

4. GewuKfmG. **13** 13 (KfmG. Mannheim). Die mit einem Werkmeister getroffene Kündigungsabrede gilt weiter, wenn er in den kaufmännischen Betrieb übernommen wird, sofern sich die Kündigungsabrede mit §§ 66, 67 verträgt.

§ 67. 1. DJZ. **07** 488 (KfmG. Berlin). Der Beklagte hatte seinen kaufmännischen Angestellten unter Fortzahlung des Gehalts Sommerurlaub mit der Bedingung gewährt, daß sie sich bei ihrem Austritte vor Ende des Jahres den für die Urlaubszeit gezahlten Gehalt wieder abziehen ließen. Die gestellte Bedingung ist als Verletzung des im § 67 Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes der Gleichheit der Kündigungsfristen und deshalb als nichtig angesehen worden. Sie verstößt auch wider die guten Sitten.

2. BankA. **6** 242, R. **07** 987 (Stuttgart). Eine Vereinbarung, durch welche der Prinzipal sich der Einhaltung einer längeren Kündigungsfrist unterwirft als der Handlungsgehilfe, verstößt gegen die zwingende Vorschrift des § 67 und ist deshalb nichtig (ebenso Goldmann I 326). ➵ AA. die herrschende Meinung, Staub I 313, Düringer-Hachenburg I 218, Makower I 119, nach welcher § 67 sich nur gegen eine zu ungunsten der Handlungsgehilfen bedungene Verschiedenheit der Kündigungsfristen wenden will. — Das OLG. Stuttgart stützt sich bei seiner abweichenden Ansicht auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des übereinstimmenden § 133 aa GewO.; gleichwohl darf bezweifelt werden, ob sich die Praxis dieser Entscheidung anschließen wird. — Red. ⇜

3. OLG. **14** 345, R. **07** 987 (Dresden). Wenn Ansprüche aus einem dem ausländischen Rechte unterliegenden Engagement eines Handlungsgehilfen vor einem deutschen Gericht erhoben werden, so hat dieses dem ausländischen Rechte, soweit es die im § 67 vorgesehene Gleichstellung zwischen Prinzipal und Angestellten nicht kennt, wenigstens gegenüber deutschen Staatsangehörigen die Berücksichtigung zu versagen.

4. SchlHolstAnz. **07** 310 (Kiel). Die Vereinbarung, wonach halbjährige Kündigung gilt, der Prinzipal aber erst in 10 Jahren kündigen kann, während der Angestellte nur auf 3 Jahre gebunden ist, verstößt nicht gegen den § 67.

5. **RG.** R. **07** 1474. Aus Wortlaut und Zweck der Vorschrift des § 67 Abs. 4 ist zu entnehmen, daß die dort ausgesprochene Nichtigkeit einer gegen § 67 Abs. 1—3 verstoßenden Vereinbarung nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrags bedingt, sondern nur den Wegfall des Abkommens über die Kündigungsfrist zur Folge hat. Die Vorschrift des § 139 BGB. findet also keine Anwendung.

6. Hilse, R. **07** 50. Der Dienstverpflichtete hat zwar Anspruch auf Innehalten der gesetzlich oder vertraglich geltenden Kündigungsfrist und braucht eine verspätet erklärte nicht gelten zu lassen. Doch hält Hilse ihn für schuldig, seinen Widerspruch sogleich zu erklären, wenn er Ansprüche aus verspäteter Aufkündigung

gegen den Dienstberechtigten geltend machen will, weshalb eine fortgesetzte Dienstleistung die Vermutung des Einverständnisses mit der Dienstlösung begründen soll.

§ 68. Vgl. JDR. 3.

§ 69. 1. Plutus **07** 702 (KfmG. Berlin). Es läßt sich nicht miteinander vereinen, jemanden auf einen Monat und gleichzeitig mit eintägiger Kündigung anzunehmen: Das Engagement ist dann fest auf einen Monat abgeschlossen.

2. GewuKfmG. **12** 205 (KfmG. Hamburg). Das Engagement nach § 69 ist nur dann zulässig, wenn der objektive Tatbestand eines Aushilfsverhältnisses gegeben ist, nicht aber bei einer Probedienstleistung und nicht bei einer Ungewißheit darüber, wie viel Angestellte dauernd benötigt sind. Die Form der vorübergehenden Aushilfe darf nicht gewählt werden, um den Prinzipal in die Lage zu versetzen, entgegen der zwingenden Vorschrift des § 67 ungeeignetes Personal nach Bedarf abzuschieben. Die Bezeichnung der Anstellung als vorübergehende Aushilfe ist in solchen Fällen bedeutungslos.

§ 70. 1. Der Verdacht als Kündigungsgrund. Brückmann, „Tag" vom 26. November 1907. Der Verdacht (selbst der dringende Verdacht) kann nur als Grund sofortiger Kündigung anerkannt werden, wenn dem Angestellten bei der dadurch hervorgerufenen Zerrüttung des zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen notwendigen Vertrauens ein Verschulden zur Last fällt. Der Prinzipal, dessen Vertrauen durch einen leeren Verdacht erschüttert wird, hat solche übermäßig subjektive Empfindlichkeit selbst zu vertreten. Die daraufhin ausgesprochene Kündigung verpflichtet ihn zum Schadensersatze. Wohl aber hat der Handlungsgehilfe auf einen gegen ihn geäußerten Verdacht, über den ihn der Prinzipal zur Erklärung auffordert, sich zu äußern. Verweigert er dies, so ist dieses Verhalten ein vertragswidriges, welches einen Grund zur Kündigung gibt und ihn ersatzpflichtig macht. S. u. Ziff. 2 f u. 3 a.

2. Einzelfälle. **a)** Springer, Plutus **07** 52, bekämpft eine Entscheidung des KaufmG. Berlin, daß außerehelicher Geschlechtsverkehr eines verheirateten Angestellten ein Entlassungsgrund sei. Eine Nachprüfung der Gründe, aus denen eine verheiratete Person außerehelichen Verkehr sucht, stehe dem Richter nicht an. Zieht sich der Angestellte bei diesem ehebrecherischen Geschlechtsverkehr eine Geschlechtskrankheit zu, so sei diese nicht anders zu beurteilen, als sonst eine geschlechtliche Erkrankung eines Angestellten, d. h. sie bilde nur einen Entlassungsgrund, wenn sie ekelerregend oder ansteckungsgefährlich sei. **b)** **RG.** BauersZ. **15** 45, GewuKfmG. **13** 15, LeipzZ. **07** 741, JW. **07** 543, DJZ. **07** 1201, R. **07** 1079. Ein wichtiger, vor der Anstellung liegender Grund (2 Jahre Zuchthaus wegen Bandendiebstahls) berechtigt zur Entlassung des Handlungsgehilfen. Die vor der Anstellung liegenden Gründe sind nicht bloß als Anfechtungsgründe wegen Irrtums verwendbar. **c)** Plutus **07** 720 (KfmG. Berlin). Aufhebung der Verlobung mit einer Schwester des Chefs ist Grund zur Auflösung des Dienstverhältnisses; denn es kann Prinzipal und Angestellten, welche sich schon duzten, nicht zugemutet werden, danach miteinander weiter zusammen zu arbeiten. **d)** GewuKfmG. **13** 42 (KfmG. Mannheim). Ein jüdischer Prinzipal darf einen Handlungsgehilfen wegen antisemitischer Äußerungen sofort entlassen. **e)** GewuKfmG. **13** 41 (KfmG. Stuttgart). Der Prinzipal darf einen Angestellten wegen Verdachts des Diebstahls entlassen, zumal wenn dieser Verdacht zu einer — später allerdings aufgehobenen — Untersuchungshaft des Angestellten geführt hat. **f)** GewuKfmG. **13** 40 (KfmG. Solingen). Die als Filialleiterin angestellte Verkäuferin ist nicht verpflichtet, in einer mit der Fabrik verbundenen Verkaufsstelle Dienste zu tun. Die Beschäftigung als Verkäuferin in einem im Fabrikbetriebe befindlichen Raume enthält eine Zurücksetzung gegen die frühere Stellung als Filialleiterin und eine Verschlechterung des Dienstverhältnisses. (S. o. Ziff. 1 u. u. Ziff. 3 a.) **g)** SchlHolstAnz. **07** 310 (Kiel).

Die Liquidation einer Aktiengesellschaft und die hierdurch veranlaßte Veräußerung einer Filiale gibt noch keinen wichtigen Grund im Sinne des § 70, dem als Leiter dieser Filiale Angestellten zu kündigen. **h)** ElsLothJZ. **07** 519 (Colmar). Wenn bei der Veräußerung des Geschäfts der neue Inhaber dem Handlungsgehilfen eine gleichartige und gleich dotierte Stelle anbietet, wie er sie beim Veräußerer inne hatte, so liegt in der Ausschlagung dieser Stellung aus triftigen Gründen keine böswillige Unterlassung. **i)** Plutus **07** 266 (KfmG. Berlin). Ein Angestellter, der vertraglich sich verpflichtet hat, im Krankheitsfalle sich vom Vertrauensarzt des Prinzipals untersuchen zu lassen, braucht sich nicht zum zweiten Male von einem anderen Arzte (Kreisphysikus) untersuchen zu lassen, nachdem er bereits vom Vertrauensarzt untersucht worden ist. **k)** OLG. **14** 344, ElsLothJZ. **07** 513, BankA. **6** 255 (Colmar). Die teilweise Pfändung des Gehaltsanspruchs eines Kassierers berechtigt den Prinzipal noch nicht unbedingt zu dessen sofortiger Entlassung, es kommt vielmehr auf die Umstände des einzelnen Falles an. Ein Kündigungsgrund wird allerdings in der Pfändung zu erblicken sein, wenn sie den größeren Teil des Gehalts des in einem größeren Handelshause gegen hohe Vergütung angestellten Kassierers trifft. **l)** Plutus **07** 801 (KfmG. Berlin). Unterschlagung des Handlungsgehilfen außerhalb seiner geschäftlichen Tätigkeit (er hatte während einer früheren Stellungslosigkeit eine Uhr entwendet und versetzt) ist nicht ohne weiteres Entlassungsgrund.

3. Folgen der Kündigung. **a)** GewuKfmG. **12** 203 (KfmG. Straßburg). Eine unbegründete Strafanzeige des Prinzipals berechtigt den Gehilfen zum sofortigen Austritte. Nicht aber ist der Prinzipal auch schadensersatzpflichtig, wenn er die Anzeige in gutem Glauben erstattet hat. Objektive Verletzung der Vertragspflichten durch den einen Teil berechtigt den anderen nie zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist; erst subjektiv schuldhafte Verletzung macht jenen schadensersatzpflichtig. (S. o. Ziff. 1 u. 2 f.) **b)** ElsLothJZ. **07** 513, R. **07** 136 (Colmar). Bei ungerechtfertigter Entlassung eines Handlungsgehilfen kann er, auch ohne seine Dienste dem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen, Zahlung des Gehalts für so lange verlangen, bis der Vertrag gültig aufgelöst wird.

4. Verzicht auf das Kündigungsrecht. GewuKfmG. **12** 286 (LG. Elberfeld). Ein Zeugnis, in welchem der Prinzipal seine Zufriedenheit mit der Geschäftsführung des Angestellten zum Ausdrucke bringt und dessen ferneren Lebenslauf von seinen besten Wünschen begleitet sein läßt, gestattet den Schluß, daß der Prinzipal an dem dienstlichen Verhalten des Angestellten nichts bemängeln wolle. Die hierin liegende Verzichtleistung ist für den Prinzipal bindend, er kann deshalb nicht mehr auf das frühere, etwa fehlerhafte Verhalten des Angestellten zurückgreifen.

§ 71. 1. Plutus **07** 56 (KfmG. Berlin). Schimpfworte, zu denen der Prinzipal durch den Handlungsgehilfen gereizt worden ist, geben diesem keinen wichtigen Grund, die Stellung sofort zu verlassen, auch wenn sie lauten: „Sie blödsinniges Frauenzimmer, wenn Sie noch mal so etwas machen, werfe ich Sie hinaus."

2. Plutus **07** 702 (KfmG. Berlin). Es ist eine erhebliche Ehrverletzung des Handlungsgehilfen durch einen Angestellten, wenn der Prokurist der Angestellten vorhält, sie komme mit ungekämmten Haaren und mit Federn auf dem Kopfe ins Geschäft, sie sehe aus, als wenn sie nachts nicht zu Hause gewesen wäre. Die Angestellte ist befugt, die Stellung sofort aufzukündigen, wenn die Inhaberin ihr den nachgesuchten Schutz gegen diese Ehrverletzung verweigert.

§ 72. 1. Ziff 1. **a)** **RG.** R. **07** 316. Es ist ein grober Vertrauensbruch und ein die sofortige Kündigung rechtfertigender wichtiger Grund, wenn bei dem Angestellten einer Maschinenfabrik Papiere, Konstruktionszeichnungen und Notizen vorgefunden werden, welche zu Zwecken des Wettbewerbs gemacht und für die Fabrik

von besonderer Bedeutung hierfür sind. **b)** Plutus **07** 761 (KfmG. Berlin). Angaben des Handlungsgehilfen über das Geschäft des Prinzipals Dritten gegenüber sind nur dann ein Entlassungsgrund, wenn sie geeignet sind, die Interessen des Prinzipals zu schädigen. **c)** DJZ. **07** 1092 (KfmG. Berlin). Ableugnen der Zugehörigkeit zu einem Verband ist keine so erhebliche Täuschung des vorausgesetzten Vertrauens, daß die sofortige Aufhebung des Dienstvertrags gerechtfertigt wäre. **d)** Meyer, R. **07** 690, polemisiert gegen die auf Grund der Entsch. **RG. 32** 249 vielfach vertretene Ansicht, ein Kündigungsgrund aus § 72 könne auch in einem Verhalten nach erfolgter Kündigung gefunden werden. Insbesondere setzen die Entlassungsgründe der Ziff. 1 u. 2 § 72 voraus, daß der Handlungsgehilfe sich noch im Dienste befindet.

2. Ziff. 2. **a)** GewuKfmG. **12** 86 (KfmG. Elberfeld). Das dreistündige Fernbleiben eines Handlungsgehilfen vom Sonntagsdienst ist kein Entlassungsgrund, wenn eine besondere Schädigung des Prinzipals nicht eingetreten ist. **b)** BauersZ. **15** 46 (KfmG. Solingen). Der Handlungsgehilfe ist zur Verrichtung kleinerer Handleistungen, die nicht vertraglich vereinbart sind, verpflichtet. Wenn er sich daher beharrlich weigert, kleine Bretter vom Boden zu Dekorationszwecken zu holen, so ist dies ein Entlassungsgrund. **c)** Plutus **07** 702 (KfmG. Berlin) erkennt eine Verpflichtung des Reisenden zur Teilnahme an den Inventurarbeiten an, wenn er ausdrücklich hierzu aufgefordert worden ist. **d)** GewuKfmG. **12** 85 (KfmG. Hamburg). Ein Handlungsgehilfe darf nicht sofort entlassen werden, weil er an seinem Hochzeitstage gegen den Willen des Prinzipals nicht ins Geschäft gekommen ist. **e)** GewuKfmG. **12** 186 (KfmG. Fürth). Eine Handlungsgehilfin darf wegen schwerer Erkrankung ihres Vaters vom Dienste fernbleiben. **f)** GewuKfmG. **13** 61 (KfmG. Stuttgart). Ein Handlungsgehilfe ist nicht verpflichtet, im Falle einer Krankheit sich vom Vertrauensarzte seines Prinzipals untersuchen zu lassen. Die Weigerung bildet keinen Entlassungsgrund. **g)** GewuKfmG. **13** 284 (LG. Stettin). Gehorsamsverweigerung des Angestellten gegen den Gemeinschuldner ist kein Entlassungsgrund. Sobald der Konkurs eröffnet ist, geht der Gehorsamsanspruch auf den Konkursverwalter über. **h)** LeipzZ. **07** 302 (LG. Hamburg). Ein Angestellter, der gleich am ersten Tage ohne stichhaltigen Grund um zwei Stunden zu spät erscheint, gibt damit einen wichtigen Grund zu seiner sofortigen Entlassung. **i)** GewuKfmG. **12** 287 (LG. Elberfeld). Die bloße Äußerung des Gehilfen, er habe kein Interesse am Geschäft und bleibe nur, weil er durch die Konkurrenzklausel gebunden sei, ist noch kein Kündigungsgrund, wenn der Äußerung nicht auch sein Verhalten entspricht. **k)** BauersZ. **15** 51, GewuKfmG. **12** 84 (KfmG. Mannheim). Wenn dem gekündigten Handlungsgehilfen während der Kündigungsfrist jede Beschäftigung versagt und nur eine Meldepflicht auferlegt wird, so kann er diese Zumutung als seiner Stellung als Handlungsgehilfe unwürdig zurückweisen. **l)** BauersZ. **15** 52, GewuKfmG. **12** 137 (KfmG. Mannheim). Der Prinzipal darf einen Korrespondenten sofort entlassen, der sich weigert, nach Schluß der Geschäftsstunden noch einen wichtigen Brief zu schreiben.

3. Ziff. 4. Plutus **07** 317 (KfmG. Berlin). Nicht immer ist eine erhebliche Ehrverletzung ein Entlassungsgrund. Der Angestellte hatte dem Prinzipale Lüge vorgeworfen, der Prinzipal hatte aber auch gelogen und auch sonst durch sein Verhalten den Angestellten gereizt. Deshalb erblickt das KfmG. in dem Vorwurfe der Lüge zwar eine Ehrverletzung, aber keinen Entlassungsgrund.

§ 73. 1. Leonhardt, Das Dienstzeugnis des Handlungsgehilfen (Bonn 1907) 10/11. § 73 enthält eine zwingende Rechtsnorm insofern, als, wenn der Handlungsgehilfe bei Beendigung des Dienstverhältnisses ein Zeugnis gefordert hat, der Prinzipal auf alle Fälle zur Ausstellung und Übergabe verpflichtet ist. Es gibt für ihn kein Recht, es zu verweigern oder sonstwie die Gesetzesregel abzuändern, z. B.

durch Vertrag bedingte Ausstellung, Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts aus dem Dienstverhältnisse. — (18/19.) Der Prinzipal haftet einem Dritten aus einem unrichtigen Zeugnisse nur, soweit ein Delikt oder ein selbständiger Garantievertrag vorliegt. — (38 ff.) In der Streitfrage, ob der Handlungsgehilfe ein subjektiv oder objektiv richtiges Zeugnis verlangen kann, nimmt Leonhardt eine vermittelnde Stellung ein. Das Gericht kann die Urteile nur nachprüfen, wenn sie in ihre Grundlagen, die Wahrnehmungsurteile, aufgelöst werden; der Aussteller hat also die Auflösung vorzunehmen, und das ganz ohne Rücksicht auf die Beweislastfrage, bloß als eine natürliche Konsequenz der Pflicht, ein richtiges Zeugnis auszustellen. Das Gericht prüft die Tatsachen, stellt sie durch die Beweismittel fest und verurteilt den Prinzipal zur Ausstellung eines Zeugnisses mit Angabe und Zugrundelegung der festgestellten Tatsachen. Weiter kann das Gericht nicht gehen und darf niemals den ganzen Zeugnisinhalt vorschreiben. Der Aussteller ist also nicht gehindert, neben den gerichtlich vorgeschriebenen Tatsachen noch andere, wie sie ihm bekannt werden, aufzunehmen, vor allem aber darf er sein eigenes Urteil anführen und ist hier vom Gerichte nur soweit beeinflußt, als das im Tenor Festgestellte als neue tatsächliche Grundlage zu gelten hat. Den Ausschluß subjektiver Ansichten erreicht auch die gerichtliche Verurteilung nicht. Aber den Erfolg hat die Verurteilung, diese Kritik unschädlich zu machen. Hiermit ist zwischen subjektiver und objektiver Richtung ein Ausgleich gefunden, und zwar so, daß das objektive Element — dem Zwecke des Zeugnisses entsprechend — stärker hervortritt, das subjektive aber daneben nicht vernachlässigt wird. — (52 ff.) Als Zeitpunkt, in welchem der Handlungsgehilfe das Zeugnis verlangen kann, sieht Leonhardt mit Rücksicht auf die Worte „bei Beendigung" und die Gesetzesmaterialien den Zeitpunkt der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses an, dergestalt, daß mit Versäumung dieses Zeitpunkts sein Recht erlischt.

2. *Wertheimer, HoldheimsMSchr. **07** 63. Zeugnis betr. Angestelltenerfindung s. BGB. zu § 630 Ziff. b.

3. OLG. **28** 182, SächsRpflA. **07** 65 (Dresden). Inhalt eines Dienstzeugnisses nach § 630 BGB. s. unter BGB. § 630 Ziff. c.

4. Plutus **07** 266 (KfmG. Breslau). Der Angestellte hat einen Anspruch auf Aushändigung seines Zeugnisses erst beim Austritt und nicht schon bei der Kündigung.

5. Plutus **07** 459 (KfmG. Berlin). Es besteht kein Anspruch des Handlungsgehilfen auf Angabe des Grundes seines Austritts im Zeugnisse.

6. Plutus **07** 801 (KfmG. Berlin). Dem Kläger steht ein Anspruch auf Abänderung des Zeugnisses allein deswegen, weil er auf Grund des Zeugnisses keine Stellung finden könne, nicht zu.

7. GewuKfmG. **12** 231 (LG. Frankenthal). Der Handlungsgehilfe kann nach 12 Jahren nicht noch Ausdehnung des Zeugnisses auf die Führung verlangen.

§ 74. 1. Kontrahenten des § 74. a) BlfGenWes. **07** 239, LeipzZ. **07** 755 (Hamburg). §§ 74, 75 können nicht ohne weiteres auf Konkurrenzverbote zwischen selbständigen Kaufleuten angewendet werden. Sie können aber verwendet werden für die Beurteilung der Rechtsgültigkeit solcher Klauseln hinsichtlich der darin getroffenen Grenzfestsetzungen, soweit sie allgemeiner Natur sind und ihr Grund nicht in den besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen der Handlungsgehilfen zu suchen ist. b) BauersZ. **14** 187 (Hamm). Ist ein Konkurrenzverbot zwischen dem Erwerber eines Geschäfts und dem Veräußerer vereinbart, so ist zu seiner Gültigkeit nicht notwendig, daß das Verbot gegenständlich, zeitlich oder örtlich begrenzt ist, es genügt unter Umständen schon die Begrenzung in einer Richtung.

2. Auslegung. a) **RG.** BayRpflZ. **07** 130, HoldheimsMSchr. **07** 142, JW. **07** 20. Der Begriff der Beteiligung an einem Geschäfte kann zwar auch eine per-

sönliche, selbst eine unentgeltliche Tätigkeit mitumfassen, aber doch nur eine fortgesetzte, auf die Dauer berechnete Tätigkeit. Davon aber kann keine Rede sein, wenn es sich nur um einzelne Fälle handelt, in denen der Kläger bei persönlichen Bekannten oder bei Geschäftsfreunden gelegentlich das Geschäft seines Bruders empfohlen hat. **b)** **RG.** R. **07** 1080. Verpflichtet sich ein Lehrer innerhalb bestimmter Zeit, nicht in eine Konkurrenzlehranstalt einzutreten, so ist ihm nicht nur untersagt, als Lehrer, sondern ebenso als Leiter, als Teilhaber oder als Nachfolger des Inhabers in eine solche Lehranstalt einzutreten. Ebensowenig darf er auch eine eigene derartige Lehranstalt gründen, gerade so wie der Handlungsgehilfe, der sich verpflichtet hat, in kein Konkurrenzgeschäft einzutreten, auch ein solches nicht errichten darf. **c)** Gew. uKfmG. **12** 229 (KfmG. Hannover). Ein Bargeschäft und ein Abzahlungsgeschäft derselben Branche sind nicht als Konkurrenzgeschäft anzusehen. **d)** **RG.** Holdheims MSchr. **07** 74. Ob in der Gewährung von Geld und Kredit an eine Konkurrenzfirma eine Beteiligung zu finden ist, entscheidet sich nach den Umständen des Falles. **e)** PucheltsZ. **07** 21, GewuKfmG. **12** 662 (KfmG. Straßburg i. E.). Es ist möglich, daß ein mit dem bisherigen Dienstherrn vereinbartes Verbot der Konkurrenztätigkeit nach Ablauf der Dienstzeit, ohne daß seiner ausdrücklich beim Wechsel des Dienstberechtigten Erwähnung geschieht, auch für den neuen Dienstherrn im gleichen Umfang entsteht; indessen genügt für eine derartige Annahme nicht der Umstand, daß das Dienstverhältnis fortgesetzt worden ist. Vielmehr bedarf es hierzu solcher Tatsachen, die speziell auf das Fortbestehen der Konkurrenzklausel einen Schluß zulassen.

3. Maß der Nichtigkeit. **a)** Marcus, DJZ. **07** 952 ff. Trotz des Rechtes richterlichen Eingriffs in das Vertragsverhältnis bleiben die von der Konkurrenzklausel unberührten Vertragsbestandteile in Kraft. **b)** LeipzZ. **07** 358 (KG.). Entbehrt die Konkurrenzklausel der örtlichen Beschränkung, so ist sie deshalb nicht überhaupt, sondern nur hinsichtlich des Übermaßes nichtig, und das Gericht hat sie auf das zulässige Maß einzuschränken. **c)** GewuKfmG. **12** 109 (LG. Dortmund). Die Konkurrenzverbote sind, wenn sie auch im allgemeinen örtlich unbegrenzt sind, doch als rechtsbeständig anzusehen, wenn sie nur nach Zeit und Gegenstand hinreichend beschränkt sind.

§ 75. 1. Kontrahenten der §§ 74, 75. R. **07** 1273 (Frankfurt). Der nur für Verträge eines Prinzipals mit seinem Handlungsgehilfen oder Gewerbegehilfen bestehende Sondergrundsatz des § 75 findet keine entsprechende Anwendung auf den Fall, daß die Konkurrenzbeschränkung jemandem zugleich in seiner Eigenschaft als Gesellschafter und als gesetzlicher Vertreter einer GmbH. auferlegt ist.

2. LeipzZ. **07** 756 (Hamburg). Die dem § 75 zugrunde liegenden Rechtsgedanken können auch da zur Geltung kommen, wo es sich nicht um das Verhältnis des Geschäftsherrn zum Angestellten handelt.

3. R. **07** 1273 (Frankfurt). Die Aufgabe fingierter Aufträge bildet einen erheblichen Anlaß für die Kündigung im Sinne des § 75.

4. GewuKfmG. **12** 109 (LG. Dortmund). Der Handlungsgehilfe wird von dem Konkurrenzverbote nicht befreit, wenn er zwar einen Grund zum sofortigen Austritte hat, diesen aber nicht geltend macht, vielmehr vom Prinzipal entlassen wird.

§ 76. 1. *Harnapp, Die Beendigung des kaufmännischen Lehrverhältnisses. Während im allgemeinen durch die Kündigung seitens des Lehrherrn dessen Rechte aus der etwa vorhandenen „Konkurrenzklausel" untergehen, bleiben sie bestehen, wenn er nachzuweisen vermag, daß er das Lehrverhältnis infolge eines von ihm nicht verschuldeten „wichtigen Grundes" gekündigt hat.

2. R. **07** 905 (Colmar). Wenn auch zum Betrieb eines Optikergeschäfts technische und wissenschaftliche Kenntnisse und Fähigkeiten gehören, so sind doch überwiegend kaufmännische Kenntnisse zur Führung eines solchen Geschäfts erforderlich;

daher ist, wer zu einem Optiker in die Lehre geht, nicht Gewerbe-, sondern Handlungslehrling. Im Gegensatze zum gewerblichen Lehrvertrage kann der handelsrechtliche ohne Mitwirkung des Lehrlings von dessen gesetzlichem Vertreter geschlossen werden und bedarf nicht der schriftlichen Form.

3. GewuKfmG. **12** 233 (KfmG. Danzig). Der Prinzipal ist nicht berechtigt, in das Zeugnis eines Lehrlings, welcher ein Zeugnis über Führung und Leistungen verlangt, Angaben über den Gesundheitszustand und über die Zeit, die der Lehrling krankheitshalber vom Geschäft ferngeblieben ist, aufzunehmen.

§ 77. Plutus **07** 335 (KfmG. Berlin). Mit Handlungslehrlingen darf — anders als mit Handlungsgehilfen — jede beliebige Kündigungsfrist, insbesondere eine kürzere als die monatliche vereinbart werden.

§ 78. Vgl. JDR. 2.

§ 79. GewuKfmG. **12** 288 (KfmG. Hamburg). Ein kaufmännischer Lehrvertrag wird durch Briefwechsel nicht ordnungsmäßig abgeschlossen; denn die gewechselten Urkunden sind nicht gleichlautend, wie es Vertragsduplikate sind.

§ 80. Vgl. JDR. 2.

§ 81. Vgl. JDR. 2.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

Vorbemerkung: Wie die Praxis die Rechtsnormen für den in seiner heutigen Bedeutung erst seit wenigen Jahrzehnten bestehenden Stand der Handlungsagenten ausbaut und damit einer künftigen Gesetzgebung vorarbeitet, s. insbes. in den Auszügen aus dem für die Praxis wertvollen Buche von Albrecht und Tentler.

Literatur: Albrecht und Tentler, Das Recht der Agenten nach deutschem Handelsrechte. Ein Kommentar zu §§ 84—92 HGB. Berlin 1908.

§ 84. 1. Begriff. **a)** Versicherungsagenten. *Albrecht und Tentler 8/9. Die Versicherungsagenten sind Handlungsagenten, auch die Agenten der rechtsfähigen Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. — (12.) Die in der Versicherungsbranche häufig vorkommenden Bezeichnungen „Generalagent", „Oberagent", „Unteragent" sind ohne jede rechtliche Bedeutung. — (13/14.) Die sog. „buchhändlerischen Kommissionäre" sind Handlungsagenten, nicht Kommissionäre im Rechtssinne. — (14 Anm. 2 u. OLG. **14** 346 [KG.]). Aus dem vieldeutigen Worte „Generalvertreter" können nicht Schlüsse auf das Bestehen eines Agenturverhältnisses gezogen werden. Dagegen sind auf Vertragsverhältnisse, welche der Handlungsagentur ähnlich sind, z. B. Alleinverkauf mit und ohne Garantie eines Mindestabsatzes, die Rechtssätze der §§ 84—92 HGB. analog anzuwenden. — (16—19.) Nicht alle Vorschriften des HGB. für Handlungsagenten finden auf die Gelegenheitsagenten Anwendung. Es scheiden alle diejenigen Bestimmungen aus, welche die ständige Betrauung des Handlungsagenten zur Voraussetzung haben. **b) RG. 65** 86, SächsRpflA. **07** 519, JW. **07** 165. Auf einen Vertrag, wonach die Klägerin dem Beklagten den Alleinvertrieb ihrer durch Patent geschützten Erzeugnisse mit der Maßgabe übertrug, daß sie diese an die Abnehmer selbst zu liefern und zu fakturieren, dem Beklagten aber den über einen gewissen Grundpreis hinaus erzielten Überschuß zu vergüten habe, während dieser sich zum Absatz einer bestimmten Menge innerhalb gewisser Zeit, oder zur Haftung eines Betrags für jedes nicht abgesetzte Stück verpflichtete, sind die Vorschriften über die Handlungsagentur anwendbar. Die den Mindestabsatz und die Vertragsstrafe betreffende Abmachung weicht zwar von dem gewöhnlichen Pflichtenkreise des Handlungsagenten ab, allein mit dem Wesen des Agenturvertrags ist sie vereinbar.

2. Pflichten des Agenten. **a) RG.** R. **07** 460. Zwischen Prinzipal und Handlungsagenten besteht ein Dienstvertragsverhältnis von Dauer und zugleich ein

besonderes Vertrauensverhältnis. **b)** Erkundigungspflicht. *Albrecht und Tentler 27. Der Geschäftsherr darf sich auf die Richtigkeit der Beurteilung der Kreditwürdigkeit des Kunden nur insoweit verlassen, als dem Agenten sorgfältige Erkundigung zugemutet werden kann. Irrtum und Täuschung des Agenten darf nicht außer Betracht gelassen werden. Sonst wird die Haftung zur reinen Delkrederehaftung, während der Agent doch nur für die „Sorgfaltspflicht" einzustehen hat. **c)** Konkurrenzverbot. *Albrecht und Tentler 31. Eine allgemeine Bejahung oder Verneinung der Frage, ob ein Agent seinem Hause, insbesondere durch Übernahme einer Konkurrenzvertretung, Konkurrenz machen darf, ist nicht angängig. Im Einzelfall ist in erster Linie der Wille der Parteien zu erforschen, subsidiär sind die Handelsgebräuche (vgl. 29/30) heranzuziehen. Eventuell aber ist zu prüfen, ob eine unmittelbar schädigende Konkurrenz vorliegt. Von dem Ergebnisse dieser Untersuchungen ist die Beantwortung der Frage im Einzelfall abhängig. — (35.) Der Agent braucht die Dienste nicht persönlich zu leisten, haftet aber für Verschulden seiner Hilfspersonen wie für eigenes. — (38/39.) Bei Überschreibung fingierter Orders wird die Verpflichtung des Agenten zum Schadensersatze gemäß § 249 BGB. geregelt. **d) RG.** BadRpr. **07** 108. Eine Abrede, in welcher der Agent es übernimmt, für einen bestimmten Mindestabsatz zu sorgen, und sich einer Vertragsstrafe unterwirft, für den Fall, daß und soweit er ihn nicht erreicht, ist mit dem Wesen des Agenturvertrags vereinbar. **e)** Die Muster des Agenten. *Albrecht und Tentler 54—60. Der Agent hat für die Aufbewahrung und Erhaltung der Muster, welche im Eigentume des Geschäftsherrn verbleiben, mit der ihm durch § 84 Abs. 1 Halbs. 2 HGB. auferlegten „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" einzustehen. — (57/58.) Der Agent ist entgegen der Auffassung Heuers (DJZ. **05** 904/905) nicht verpflichtet, wenn auch auf Gefahr und Kosten des Geschäftsherrn, diesem nach Beendigung des Agenturverhältnisses die Muster nach auswärts zurückzusenden (vgl. JDR. **4** 575 zu § 92).

3. Rechte des Agenten. PuceltsZ. **07** 420 (Zweibrücken). Der Handlungsagent, welcher einen noch auf mehrere Jahre lautenden Vertrag besitzt, kraft dessen er die Generalvertretung einer Firma hat, kann aus der Tatsache allein, daß die Firma in Konkurs geht und ihm damit die Provisionen künftiger Geschäfte verloren gehen, keine Schadensersatzansprüche herleiten. — OLG. **14** 209 (KG.). Agenten gehören zu den Personen, welchen die Rechtswohltat des § 811 Ziff. 5 ZPO. zustatten kommt.

§ 85. 1. OLG. **14** 347, R. **07** 987 (KG.). Ein „Abschlußagent" ist nicht ermächtigt, dem Geschäftsherrn allgemein bei der Abwickelung bereits abgeschlossener Verkäufe zu vertreten. Ebenso Albrecht und Tentler 61/66.

2. OLG. **14** 347, R. **07** 987 (KG.). Geschäfte, zu denen selbst ein „Abschlußagent" gesetzlich nicht ermächtigt wäre, fallen nicht unter § 85.

3. OLG. **14** 347, R. **07** 987 (KG.). Indem der § 85 auch dem Vermittelungsagenten die Befugnis zur Annahme von Zahlungen und zur Bewilligung von Zahlungsfristen vorenthält, schließt er zugleich die noch weit mehr den Geschäftsherrn gefährdende Vornahme von gänzlichem oder teilweisem Erlassen der Forderung des Geschäftsherrn aus. Der § 85 regelt hiernach die Frage nach der Befugnis des Agenten zur Mitwirkung bei der Abwickelung abgeschlossener Geschäfte in einem die Vertretungsmacht des Agenten sehr einengenden Sinne, nur Mängelanzeigen, Zurverfügungstellungen und ähnliche Erklärungen kann der Agent entgegennehmen, aber nicht etwa gutheißen. Für die Anwendung des § 85 kommen daher nur neue Geschäfte, welche der Vermittelungsagent ohne Vollmacht abschließt, in Betracht.

4. *Albrecht und Tentler 67. Der Agent ist nicht verpflichtet, jede ihm gemachte Offerte dem Geschäftsherrn zu übermitteln. — (69.) Willensmängel,

Kenntnis oder Kennenmüssen des Agenten, präjudizieren dem Geschäftsherrn. — (88.) Die Grundsätze des § 85 finden keine Anwendung auf solche Geschäfte, welche von dem Abschlußagenten „unter Vorbehalt der Genehmigung" des Geschäftsherrn abgeschlossen sind.

5. **RG.** DJZ. **07** 425. Wenn der Versicherungsnehmer bei Eingehung des Vertrags eine Frage unrichtig beantwortet hat, nachdem ihm der Agent versichert hat, er halte die Beantwortung für richtig, so kann der Versicherungsnehmer nicht verlangen, daß deshalb der Versicherer diese Antwort gegen sich gelten lassen müsse. Er kann sich auf die vom Agenten erteilte Auskunft nur insoweit berufen, als sie im Rahmen von dessen Befugnissen liegt.

6. **RG.** DJZ. **07** 598. Der Agent einer Versicherungsgesellschaft kann auch dann, wenn er einen Antrag von einer Person entgegennimmt, die weder schreiben noch lesen kann, nicht als Vertreter der Gesellschaft behandelt, diese kann also nicht schlechthin dafür verantwortlich gemacht werden, wie er die Antworten auf die einzelnen Fragen niedergeschrieben hat. Immerhin ist zu berücksichtigen, daß er als Vertrauensmann der Gesellschaft auftritt und der Antragsteller annehmen durfte, er werde die Antworten richtig niederschreiben.

§ 86. 1. *Albrecht und Tentler 92. Eine stillschweigende Inkassovollmacht gilt auch dann als erteilt, wenn der Agent unter Duldung des Geschäftsherrn sich so geriert, als habe er eine allgemeine Inkassovollmacht, sowie, wenn der Geschäftsherr gegen einzelne, früher an den Agenten geleistete Zahlungen keinen Widerspruch erhoben hat. — (93.) Der Versicherungsagent hat nach einem allgemein anerkannten Handelsgebrauche, soweit nicht dem Dritten erkennbare, entgegenstehende Vereinbarungen bestehen, die Befugnis zur Erhebung der Prämien. Ebenso verpflichtet er den Versicherer durch solche Handlungen und Unterlassungen, die mit der Erhebung der Prämien im unmittelbaren Zusammenhange stehen. Insbesondere kann der Versicherer sich nicht auf die sog. Verwirkungsklauseln berufen, wenn die Unterlassungen ihren Grund in dem Verhalten des mit der Entgegennahme der Prämie betrauten Agenten haben. — (94.) Die Inkassovollmacht umschließt nicht die Vollmacht zur Gewährung von auch nur geringfügigen Nachlässen (Rabatte, Skonti, Dekorts). Es besteht kein anerkannter Handelsgebrauch in dieser Beziehung. — (95.) Aus der Inkassovollmacht des Handlungsagenten folgt keine Stundungsvollmacht. — (97/98.) Unter den im Abs. 2 des § 86 aufgeführten „anderen Erklärungen solcher Art" sind alle diejenigen Erklärungen zu begreifen, durch welche der Kunde seine Rechte gegenüber dem Geschäftsherrn wahrt, insbesondere auch alle diejenigen Erklärungen, welche dem Erklärenden „nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" obliegen, damit nicht ein Stillschweigen als Genehmigung aufgefaßt werde.

2. PucheltsZ. **07** 355, R. **07** 519 (Colmar). Ein Handlungsagent ist nicht befugt, hinsichtlich eines Geschäfts, dessen Abschluß er vermittelt hat, die Erklärung des einen Vertragschließenden an den anderen entgegenzunehmen, daß er das Geschäft wegen Irrtums anfechte. Der Anfechtungsgegner braucht die von dem Anfechtenden gegenüber dem Agenten abgegebene Anfechtungserklärung nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn sie ihm durch den Agenten übermittelt worden ist.

§ 87. *Albrecht und Tentler 101. Dem reisenden Agenten gegenüber können Mängelanzeigen, Dispositions- und ähnliche Erklärungen nur abgegeben werden, wenn er „ortsanwesend" ist. Der Begriff ortsanwesend ist nicht mit „mündlich" gleichbedeutend (101 Anm. 3), so daß die Mängelanzeige dem am Wohnorte des Kunden im Gasthofe befindlichen reisenden Agenten durch den Fernsprecher rechtswirksam übermittelt werden kann.

§ 88. I. Abs. 1. 1. **RG.** R. **07** 460. Dem Agenten steht ein Provisionsanspruch nicht zu, wenn der vermittelte Vertrag nicht zustande gekommen ist. Da aber der

Abschluß eines von Agenten vorbereiteten Geschäfts dem freien Ermessen des Geschäftsherrn überlassen ist, ist auch unerheblich, ob die Beklagte nicht aus sachlichen, sondern aus persönlichen Gründen den Abschluß des Vertrags abgelehnt hat.

2. **RG.** R. **07** 710. Eine Verabredung, daß dem Agenten eine Provision auch aus den Geschäften zustehen soll, die mit einem Kunden ohne seine Vermittelung abgeschlossen werden, sofern durch ihn der Kunde dem Geschäftsherrn zugeführt worden war, ist sinngemäß zeitlich zu beschränken auf die Bestellungen, die während der Geschäftstätigkeit des Agenten noch eingegangen sind.

3. *Albrecht und Tentler 106. Der Handlungsagent hat bereits Anspruch auf die volle Provision, wenn er den Geschäftsherrn oder Dritten (Kunden) auf die Gelegenheit des Geschäfts hingewiesen und wenn der Abschluß infolge dieses Hinweises erst durch die hinzutretende Tätigkeit des Geschäftsherrn oder dritter Personen zustande kommt. — (107 ff.) Es besteht kein allgemein feststehender Handelsgebrauch über die Provisionspflicht für Nachorders. Die Frage ist vielmehr im Einzelfall unter Berücksichtigung der in den betreffenden Plätzen und Branchen herrschenden Übung zu beurteilen (s. derartige Handelsgebräuche in verschiedenen Branchen 108/109). — (109/110.) Von Nachbestellungen zugeführter Kunden, die erst nach Lösung des Agenturverhältnisses erteilt werden, — irrtümlich auch oft „Nachorders" genannt —, hat der Agent keine Provision zu beanspruchen. — (110.) Dem Agenten ist die Provision zuzubilligen, wenn der Geschäftsherr ihn beim Abschluß arglistig umgeht. — (113/114.) Die Gesetzesworte „nach dem Eingange der Zahlung" sind zu verstehen gemäß der Abmachung beim Abschlusse. Werden später vom Geschäftsherrn andere Zahlungszeiten vereinbart, wird der Kaufpreis gestundet, so tut dies der Geschäftsherr auf sein Risiko. Dem Agenten gegenüber ist er zur unverzüglichen Einziehung des Kaufpreises verpflichtet, eventuell durch Klage. Anderenfalls hat er die volle Provision zu zahlen, es sei denn, daß von ihm der Nachweis erbracht wird, daß der Kaufpreis auch bei unverzüglicher Einleitung der erforderlichen Schritte uneinziehbar gewesen wäre. — (114—116.) Falls ein Teil des Kaufpreises infolge Zahlungsunfähigkeit (Akkord, Konkurs) des Käufers verloren geht, hat der Agent jedenfalls nach dem Wortlaute des Gesetzes einen entsprechenden Teil der Provision zu beanspruchen „nach dem Verhältnisse des eingegangenen Betrags". — Ein entgegenstehender allgemein geltender Handelsgebrauch hat sich bislang nicht gebildet (s. 116).

II. Abs. 2. 1. **RG.** BauersZ. **14** 93. Die Worte des Abs. 2 „infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn die Ausführung unterblieben ist" sind dahin zu verstehen, daß, was der Agent zu beweisen hat, die Nichtausführung vom Geschäftsherrn verschuldet oder mindestens in freier Entschließung herbeigeführt sein muß. Von dieser kann keine Rede sein, wenn Beklagte sich alle Mühe gegeben hat, ihre Lieferanten, die Fabrikanten, zur rechtzeitigen Lieferung zu bewegen. Für die Annahme, daß nicht ein persönliches Verschulden des Geschäftsherrn erforderlich sei, er vielmehr auch für seine Fabrikanten, bzw. deren Verschulden hafte, fehlt es an einem gesetzlichen Anhalt.

2. *Albrecht und Tentler 118. Wird persönliches Verschulden des Geschäftsherrn verlangt? Diese Frage ist zu verneinen. Der Geschäftsherr haftet auch für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB. — (118/119.) Die Tatsache, daß der Kunde schikaniert oder den Interessen des Geschäftsherrn zuwider, die Kaufobjekte (besonders sog. Markenartikel) notorisch unter Preis verschleudert, ist als wichtiger Grund im Sinne des § 88 Abs. 2 anzusehen und berechtigt den Geschäftsherrn, die Ausführung des Geschäfts zu unterlassen. — (119.) Der Verzug des Kunden ist ebenfalls ein wichtiger Grund im Sinne des § 88 Abs. 2. — (119.) Der Geschäftsherr hat, falls ein abgeschlossenes Geschäft nicht ausgeführt wird, Aufschluß über die Gründe der Nichtausführung zu geben. Diese Ver-

pflichtung folgern die Verfasser aus der Pflicht, einen ordnungsmäßigen Buchauszug zu erteilen (vgl. § 91). Lehnt der Geschäftsherr diesen Aufschluß ab, braucht der Agent den Abzug der Provision nicht zu dulden. Nach gegebenem Aufschlusse verteilt sich die Beweislast wie folgt: Der Agent hat den Beweis zu erbringen, daß die Ausführung infolge des Verhaltens des Geschäftsherrn (Verschulden oder willkürliche Entschließung) unterblieben ist. Der Geschäftsherr dagegen hat das Vorhandensein der wichtigen Gründe in der Person des Kunden nachzuweisen, um sich von der Verpflichtung zur Provisionszahlung zu befreien.

III. Abs. 3. a) *Albrecht und Tentler 121. Dem Agenten steht von eigenen Bezügen die volle Provision zu [abw. Staub (8) 370 Anm. 3 zu § 88]. Die Provision für eigene Bezüge ist dieselbe wie für Verkäufe an Dritte (122). b) Die Verjährung der Provisionsansprüche. Albrecht und Tentler 122/123. Die Verjährung (4 Jahre) beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die Provision fällig wird. Die Fälligkeit tritt ein mit dem Schlusse des Semesters, also am 30. Juni und 31. Dezember jeden Jahres. c) Das Zurückbehaltungsrecht des Agenten. *Albrecht und Tentler 124 ff. Der Agent hat ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an den Mustern, wegen fälliger Forderungen, aber erst nach Beendigung des Agenturverhältnisses; zur Herausgabe der Muster ist er auch während der Vertragszeit nicht verpflichtet, wenn ihm fällige Forderungen aus dem Agenturvertrage gegen den Geschäftsherrn zustehen (126). Jede fällige Forderung, auch die geringfügigste, berechtigt den Agenten zur Retention (127). — Das Zurückbehaltungsrecht am Kommissionslager unterliegt den allgemeinen Grundsätzen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts — §§ 369 ff. HGB. — (130 ff.).

§ 89. *Albrecht und Tentler 134. Die Bestellung des Handlungsagenten für einen bestimmten Bezirk (Bezirksagent) muß ausdrücklichst erfolgen. — (136/137.) Der Ort des Geschäftsabschlusses ist für die Frage, ob die Geschäfte „in dem Bezirke" des Agenten abgeschlossen sind, ohne Bedeutung. Die Provision gebührt dem Bezirksagenten für alle Geschäfte mit Kunden, die in seinem Bezirk ihre Handelsniederlassung haben. — (138/139.) Der Einwand der „Untätigkeit" ist gegenüber dem die Provision aus direkten Geschäften fordernden Bezirksagenten nicht zu beachten. — (139/140.) Der Geschäftsherr ist nicht berechtigt, den Bezirk ganz aufzugeben und keinerlei Geschäfte mehr dorthin zu machen, ohne den Bezirksagenten zu entschädigen.

§ 90. *Albrecht und Tentler 141. Kosten für Reklame sind nicht als im „handelsmäßigen Geschäftsbetrieb" entstanden anzusehen. — (143.) Kosten der Rücksendung der Muster trägt der Geschäftsherr nach allgemein geltendem Handelsgebrauch (unter Bezugnahme auf eine ungedruckte Entscheidung des Landgerichts zu Hamburg). — (145.) Hinsichtlich des Ersatzes der Porto- und Depeschenspesen des Agenten hat sich ein einheitlicher Handelsgebrauch weder nach Orten noch nach Branchen gebildet.

§ 91. *Albrecht und Tentler 147. Der im § 91 dem Geschäftsherrn auferlegte Buchauszug ist nicht identisch mit der Provisionsabrechnung (§ 88 Abs. 4). Er kann vielmehr neben der Abrechnung gefordert werden, soll sie begleiten und ihr als Kontrollmittel für den Agenten zur Seite stehen. — (149.) Das Recht der Büchereinsicht und Belege ist dem Agenten nach dem geltenden Rechte versagt. — (153.) Der Agent kann die Vorlage der Geschäftsbücher oder die eidliche Bekräftigung der Richtigkeit des erteilten Buchauszugs durch den Geschäftsherrn nicht erzwingen. — (158.) Eine Klage des Agenten auf Ergänzung des Buchauszugs ist nur zulässig, wenn beispielsweise ganze Gebiete oder die „direkten Geschäfte" fortgelassen sind, oder wenn der Buchauszug sich nur

als eine Wiederholung der Abrechnung darstellt. — (158/159.) Der tantiémeberechtigte Agent hat Anspruch auf Vorlage und Einsicht der Bücher und Belege.

§ 92. Abs. 1. 1. *Albrecht und Tentler 161. Die Anwendbarkeit des § 193 BGB. ist auf den Fall des § 92 Abs. 1 HGB. zu verneinen. — (164.) Auf Agenturverträge, welche für längere Zeit als 5 Jahre abgeschlossen sind oder für die Lebenszeit des Agenten, findet der § 624 BGB. keine Anwendung. Der Agent kann also nicht während der Vertragszeit kündigen.

2. HansGZ. **07** Hptbl. 156 (Hamburg). Wenn ein auf unbestimmte Zeit geschlossenes Agenturverhältnis gekündigt, aber über den Kündigungstag hinaus wieder fortgesetzt wurde, so sind für diese spätere Zeit die vertraglichen Bestimmungen über Kündigungsfrist und Kündigungstermin nicht maßgebend, sondern es greifen die gesetzlichen Platz.

Abs. 2. 1. *Albrecht und Tentler 165. Falls ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, kann nur per sofort gekündigt werden. Die Kündigung für eine spätere Zeit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist unzulässig und spricht gegen den Wortsinn des Gesetzes. — (172.) Das Verhalten nach der Kündigung darf bei Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, nicht berücksichtigt werden. — (173.) Wird der Agent durch Krankheit oder durch sonstige Gründe (Reisen, militärische Dienstleistungen) für längere den Umständen nach erhebliche Zeit an der Ausübung seiner vertraglichen Verpflichtungen behindert, so hat der Geschäftsherr ein sofortiges Kündigungsrecht. Die Kündigung ist aber zu versagen, wenn ein genügender Ersatzmann vom Agenten gestellt wird. — (173/174.) Der — wenn auch notwendige — Anschluß des Geschäftsherrn an Syndikate, Kartelle, Konventionen oder die Tatsache, daß der Fortbetrieb des Geschäfts für ihn nicht lohnend oder gar ruinös sein würde, bildet keinen wichtigen Kündigungsgrund im Sinne des § 92 Abs. 2 HGB. für den Geschäftsherrn. In derartigen Fällen steht dem Agenten ein Anspruch auf Schadensersatz zu — (175). Der zu Unrecht gekündigte Agent ist auf seinen Schadensersatzanspruch beschränkt, auf Ausübung seiner Tätigkeit hat er keinen Anspruch. Der Geschäftsherr dagegen hat einen Rechtsanspruch auf Fortsetzung des Vertragsverhältnisses. — (176.) Durch den Tod des Agenten erlischt der Agenturvertrag. Das gleiche gilt, wenn der Agenturvertrag zwischen dem Geschäftsherrn und der Firma eines Einzelkaufmanns abgeschlossen ist. — (176/177.) Die Übertragung des Geschäfts seitens des Geschäftsherrn auf einen neuen Inhaber bildet keinen Auflösungsgrund. — (177.) Die Übertragung der Vertretung seitens des Agenten auf einen Dritten löst den Agenturvertrag nicht auf und ist als unzulässig anzusehen. — (177.) Der Konkurs des Agenten löst den Agenturvertrag nicht auf, bildet aber einen wichtigen Grund für den Geschäftsherrn zur sofortigen Kündigung gemäß § 92 Abs. 2 HGB.

2. Der Konkurs des Geschäftsherrn. *Albrecht und Tentler 178. Der Konkurs des Geschäftsherrn löst den Agenturvertrag kraft Gesetzes. — (178.) Der Agent ist berechtigt, im Falle des Konkurses des Geschäftsherrn die Vertretung einer Konkurrenzfirma zu übernehmen. — (180.) Hatte der Agent Vollmacht des Geschäftsherrn (Gemeinschuldners), so sind seine auf Grund dieser Vollmacht im Rahmen des § 672 BGB. vorgenommenen Handlungen der Konkursmasse gegenüber wirksam. — (181 ff.) Dem Agenten steht das Vorrecht nach § 61 zu 1 KO. nicht zu, auch dann nicht, wenn seine Dienste durch die Tätigkeit für einen Geschäftsherrn ganz oder doch hauptsächlich in Anspruch genommen werden. — (184 ff.) Dem Agenten steht ein Schadensersatzanspruch zu, wenn der Agenturvertrag infolge der Konkurseröffnung erlischt (gegen **RG. 63** 69 ff., besonders 73/74). — (185/186.) Einen klagbaren Anspruch auf Er-

teilung einer Abrechnung und eines Buchauszugs hat der Agent gegen die Konkursmasse nicht.

3. Fälle der Praxis. a) **RG. 65** 37, R. **07** 1148. Eine „Generalvertretung" im Bierkaufe für einen geographisch abgegrenzten Bezirk, nach welcher die Gesellschaft K. B. das Bier für eigene Rechnung zu beziehen und zu vertreiben hatte, aber so, daß sie, ihr eigenes Interesse wahrnehmend, zugleich für den ihr zugewiesenen Bezirk, in welchem die Klägerin Bier an Dritte nicht absetzen durfte, das Interesse der Klägerin zu vertreten hatte, zeigt eine auf längere Zeitdauer berechnete Interessenverknüpfung, wie sie sich ähnlich auch bei den Vertragsverhältnissen der Handlungsagentur und der Gesellschaft findet. Bei jenem wie bei diesem Rechtsverhältnis ist jeder Teil befugt, es alsbald zur Auflösung zu bringen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 92 HGB., § 723 BGB., § 139 HGB.). Es erscheint daher gerechtfertigt, die nämliche Befugnis jedem Teile auch bei einem Rechtsverhältnisse, wie es hier in Frage steht, einzuräumen, ohne damit die Grenzen zulässiger analoger Rechtsanwendung zu überschreiten. b) **RG. 65** 86, SächsRpflA. **07** 519, LeipzZ. **07** 280, BadRpr. **07** 108, JW. **07** 165, R. **07** 316, 1148. Als ein wichtiger Grund zur Kündigung eines Agenturverhältnisses muß es gelten, wenn der Fabrikationsgegenstand, auf dessen Absatz sich der Agenturvertrag ausschließlich bezieht, von dem Fabrikanten dauernd in einer Beschaffenheit geliefert wird, die dessen Tauglichkeit für den Zweck, dem er dienen soll und damit dessen Absatzfähigkeit aufhebt, oder doch wesentlich beeinträchtigt. c) **RG.** R. **07** 642. Ob die Handlungsweise eines Handlungsagenten gegenüber dem Geschäftsherrn, die sich als eine Verletzung des besonderen Vertrauensverhältnisses, worin jener zu diesem steht, darstellt, gerade innerhalb des Agenturverhältnisses entwickelt ist oder außerhalb dieses Agenturverhältnisses, erscheint für die Frage, ob ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt, ohne Bedeutung. d) **RG.** R. **07** 1544. Ein wichtiger Grund zur sofortigen Aufhebung des Vertragsverhältnisses kann darin gefunden werden, daß der Handlungsagent in dem schriftlichen Verkehre mit dem Geschäftsherrn die Regeln der Höflichkeit und des Anstandes gröblich verletzt. e) **RG.** R. **07** 1474. Besteht zwischen dem Geschäftsherrn und dem Handlungsagenten darüber Streit, ob nach dem Anstellungsvertrage der Agent befugt sei, den Abschluß von Geschäften für den Geschäftsherrn selbständig zu bestätigen, so ist es nicht zu beanstanden, daß eine solche bloße Meinungsverschiedenheit über Inhalt und Tragweite des Vertrags und der daraus entspringenden Rechte und Pflichten für den Geschäftsherrn keinen wichtigen Kündigungsgrund darstellt, sondern höchstens ihm Anlaß geben kann, die Streitfrage im Prozeßweg auszutragen.

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

§ 93. Vgl. JDR. **2**, **4** u. **5**.

§ 94. BraunschwZ. **07** 80 (Braunschweig). Die Ansicht, daß bei Geschäften, die nicht zu sofort erfüllen sind (§ 94 Abs. 2), erst mit der Auswechselung der von den Vertragsparteien unterschriebenen Schlußnoten eine Einigung der Parteien als erfolgt anzusehen, und daß das Geschäft nicht zustande gekommen sei, ist unrichtig. Die Gültigkeit des Geschäfts hängt von der Aushändigung, Annahme oder Unterschrift der Schlußnote nicht ab, durch die Vorschrift des § 94 sollen den Parteien für die abgeschlossenen Geschäfte nur Beweismittel gesichert werden. Allerdings begründet die Annahme der Schlußnote, wenn auch keine gesetzliche, so doch eine faktische Vermutung für die Genehmigung des Geschäftsabschlusses; in der Regel wird sie sogar als Zustimmung zu dem Geschäfte zu betrachten sein.

§ 95. Vgl. JDR. **2**—**4**.

§ 98. OLG. **14** 348, HansGZ. **07** Hptbl. 129, R. **07** 987 (Hamburg). Nach

dem Wortlaut und Zwecke des § 98 haftet jeder Handelsmäkler, auch der einseitig beauftragte oder bezahlte, jeder der beiden Parteien.

§ 99. Vgl. JDR. **2** u. **3**.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Vorbemerkung: Hinzuweisen ist auf den Aufsatz von Hachenburg Note 3 zum 2. Buche.

Literatur: Bettelheim, Geschäftskontrolle im modernen Gesellschaftsrecht, ÖstAGZ. **50** Heft 3—5, 9—13. — Hachenburg, Handelsgesellschaften unter Ehegatten, SeuffBl. **07** 51 ff. — Kentgen, Hansische Handelsgesellschaften vornehmlich des 14. Jahrh., VJSchr. f. Sozial- u. Wirtschaftspolitik **4** Heft 4. — Kohler, Niederländisches Handelsrecht, 2. Handelsgesellschaften, GoldschmidtsZ. **59** 293 ff. — Müller, Rechtsformen der Kartelle (Diss.). Stuttgart 1907. — Paul, Rechte und Pflichten der Teilhaber der Gesellschaften aller Art (8). Leipzig 1907. — Steiner, Einrichtungen und Abschlüsse der Handelsbücher des Einzelkaufmanns, der oHG., KG., AG., KAG. und der stillen Gesellschaft. 1. Teil. Dresden 1906.

Allgemeine Bemerkungen zum zweiten Buche.

1. Handelsgesellschaften von Religiosen. a) JDR. **2** Note 2, **3** Note 1, **4** Note 1, **5** Note 1. b) RheinA. **104** 199 (KG.). Geistliche Gesellschaften können dadurch, daß ihre Mitglieder eine GmbH. errichten, nicht juristische Persönlichkeit erlangen. Der Umstand, daß eine Vereinigung zum Zwecke der Religionsübung vorliegt, macht die Gesellschaft zu einer geistlichen, auch wenn sie gleichzeitig einen vermögensrechtlichen Zweck verfolgt.

Literatur: Edler von Marquet, Über die Beteiligung ausländischer AG., KAG. und GmbH. an inländischen GmbH., ÖstNotZ. **07** 349.

2. Ausländische Handelsgesellschaften. a) JDR. **2** Note 3, **3** Note 2, **4** Note 2; ferner vor §§ 21 ff. BGB. b) RJA. **9** 39, JustdBl. **2** 67, OLG. **16** 102, R. **07** 1148, ZBlFG. **8** 433 (BayObLG.). Eine ausländische AG. kann im Inlande keine Hauptniederlassung haben, auch dann nicht, wenn ihr Geschäftsbetrieb ausschließlich im Inlande stattfindet. c) OLG. **15** 172 (Hamburg). Die A.-Kompagnie, eine AG. mit dem Sitze in Chicago, ist weder dadurch, daß ein von ihr mit der Wahrnehmung ihrer Geschäfte im Deutschen Reiche betrauter und zur Zeichnung ihrer Firma berechtigter Vertreter in Deutschland wohnt, noch dadurch, daß sie hier für das Einkommen aus ihrem durch den Vertreter bewirkten, als Zweigniederlassung bezeichneten und zum Handelsregister angemeldeten Gewerbebetrieb besteuert wird, Inländerin geworden, hat also nicht die Eigenschaften einer Inländerin im Sinne des § 85 GKG. erworben.

3. Handelsgesellschaft unter Ehegatten. a) JDR. **2** Note 1, 2 zum 1. Titel des 1. Abschn. des 2. Buches. b) Hachenburg aaO. Mann und Frau können nach BGB. uneingeschränkt Handelsgesellschaften eingehen. Wird der Gesellschaftsvertrag nur zum Schein geschlossen, so ist er auch hier nichtig; der Registerrichter kann die Eintragung der Gesellschaft ablehnen, event. sich gemäß § 12 FGG. Gewißheit verschaffen. Liegt ein wirksamer Vertrag vor, so gestalten sich die Verhältnisse je nach dem zwischen den Ehegatten geltenden Güterstande verschieden. Bei Gütertrennung regelt sie sich ausschließlich nach Handelsrecht. § 1430 BGB. kommt nicht zur Anwendung. — Beim gesetzlichen Güterstande kann die Einlage der Frau dem eingebrachten oder dem Vorbehaltsgut entnommen werden. Der Gewinn fällt, falls es sich um eine oHG. handelt, stets in das Vorbehaltsgut, bei der KG. und stillen Gesellschaft nur dann, wenn die Einlage dem eingebrachten Gute entnommen ist, andernfalls in das Vorbehaltsgut. Neben die gesetzliche Vertretungs- und Verfügungsmacht des Mannes tritt die der Handelsgesellschaft. —

Bei allen Arten der Gütergemeinschaft fällt der Verdienst in das Gesamtgut. Eine Handelsgesellschaft ist auch möglich in der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

4. Einfluß der neuen Berliner Gerichtsorganisation auf die nach dem „Sitz" sich bestimmende Zuständigkeit. KGBl. 07 90 (LG. I Berlin). Hat eine vor dem 1. Juni 1906 (dem Zeitpunkte des Inkrafttretens der neuen Gerichtsorganisation) gegründete GmbH. nach ihrer Satzung ihren Sitz in Berlin, so hat sie ihren Gerichtsstand vor dem Amtsgerichte Berlin-Mitte, auch wenn ihre Geschäftsräume in dem Bezirk eines anderen der Berliner Amtsgerichte liegen.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Vorbemerkung: Einige interessante Einzelfragen behandeln Hörle (zu § 139), Marcus (zu §§ 106, 125, 135) und Wimpfheimer (zu § 125). Aus der Rechtsprechung ist hervorzuheben neben den Entscheidungen zu § 124 das Note 1 zu § 142 mitgeteilte Erkenntnis des RG.

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105. 1. Die Rechtsnatur der oHG. a) Vgl. JDR. **2**, **3**, **4**, **5** Note 1 zu § 105. b) **RG. 65** 227, BankA. **6** 286, DNotV. **07** 681, JW. **07** 303 Ziff. 6, LeipzZ. **07** 427. Die genauere Darlegung des Verhältnisses, in welchem bei der oHG. der Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen steht, macht Schwierigkeiten; es muß auch zugegeben werden, daß in der Rechtsprechung des RG. die verschiedenen Versuche, für dieses Verhältnis einen adäquaten Ausdruck zu finden, zu Definitionen geführt haben, die vielleicht nicht nur in den Worten, sondern in der Sache selbst voneinander abweichen (folgen Einzelheiten, s. auch § 142). — Die oHG. ist einerseits keine juristische Person, andererseits auch keine bloße obligatorische Gesellschaft im Sinne des früheren gemeinen Rechtes; sie gehört vielmehr zu den Gemeinschaften zur gesamten Hand. Jedem Gesellschafter steht nicht nur an dem Gesellschaftsvermögen im ganzen, sondern auch an den einzelnen Vermögensstücken ein Anteil als unmittelbare Mitberechtigung zu. c) WürttZ. **07** 254 (WürttOVG.). Das Geschäft, durch das ein Vater sein Grundstück der durch seine Söhne gebildeten oHG. gegen Übernahme der Hypothekenschulden durch die oHG. überläßt, unterliegt weder einer Umsatzsteuer noch einer Schenkungssteuer aus dem die Hypothekenschuld übersteigenden Werte der Liegenschaft, letzterer deshalb nicht, weil die eigentlich Beschenkten die Söhne sind, nicht die von ihnen gebildete oHG., die ein eigenes Rechtssubjekt nicht darstellt. d) PrVerwBl. **28** 412 (PrOVG.). Bringen Erben ein in ihrem gemeinschaftlichen Eigentume stehendes Grundstück in eine oHG. ein, die sie unter sich bilden, so ist die „freiwillige Veräußerungen" treffende Umsatzsteuer nur dann zu entrichten, wenn bereits die Erbteilung stattgefunden hat und dergestalt durchgeführt ist, daß die einzelnen Miterben als Miteigentümer zu Bruchteilen im Grundbuch eingetragen sind. e) **RG. 65** 21, BauersZ. **14** 153, ZAktWes. **07** 29, JW. **07** 112 Ziff. 16. Ein Teilhaber einer oHG. hat für deren Firma durch eigenhändige Namensunterschrift Aktien gezeichnet. Da die oHG. keine juristische Person ist, trotz der ihr gewährten gewissen Selbständigkeit, gelten die unter der Firma vereinigten persönlich haftenden Gesellschafter als ursprüngliche Aktienzeichner im Sinne einer statutarischen Bestimmung, die dem ursprünglichen Aktienzeichner ein Bezugsrecht bei Kapitalserhöhungen gewährt.

2. Rechtliche Stellung der oHG. im öffentlichen Rechte. SächsOVG. **10** 22. Die nach den Vorschriften des HGB. der oHG. eingeräumte eigenartige selbständige Stellung in rein privatrechtlicher Hinsicht, im Grundbuchverkehr und im Zivilprozeß ist ihr in der Regel auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes im allgemeinen zuzugestehen.

3. Der nicht rechtsfähige Verein als oHG. a) Vgl. JDR. **4** Note 5, 6 zu § 105. b) OLG. **15** 305 (Hamburg). Die Vereinigung war nach § 12 des Vertrags als rechtsfähiger Verein gedacht, doch ist ihr die Rechtsfähigkeit, die sie gemäß § 22 BGB. erstrebte, nicht erteilt worden; sie ist daher ein nicht rechtsfähiger Verein, auf den nach § 54 BGB. die Vorschriften über die Gesellschaft anzuwenden sind. Da ihr Geschäftsbetrieb gemäß §§ 1, 93 Handelsgeschäfte (Prokureurgeschäfte) zum Gegenstande hat, würde sie sich als oHG. charakterisieren, falls sie nicht unter § 4 HGB. fällt.

4. oHG. unter Minderkaufleuten? a) Vgl. JDR. **2** Note 6 zu § 4, Note 4 c zu § 128, **3** Note 3 zu § 105, **5** Note 3 zu § 105. b) OLG. **14** 331 (KG.). Minderkaufleute können keine oHG. zum Betrieb eines Kleingewerbes gründen, weil diese Gesellschaftsform einen Gewerbebetrieb unter einer gemeinschaftlichen Firma voraussetzt, d. h. unter einer vom Gesetz anerkannten Firma, wie sie nur für ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe geführt werden kann.

5. Vgl. auch Note 1 bei § 128.

§ 106. Literatur: Marcus, Die Bedeutung des Widerrufs der Gesellschaftsanmeldung seitens eines der Gesellschafter, HoldheimsMSchr. **07** 151.

1. Das Recht auf die Gesellschaftsfirma. **RG. 66** 320. Die Gesellschafter können das Recht zur Führung und Übertragung der Firma der oHG. als Individualrecht eines einzelnen Gesellschafters behandeln; die aus einer solchen Vereinbarung sich ergebende Verbindlichkeit kann als Gesellschaftsschuld konstituiert werden, dergestalt, daß sie nach § 130 auch gegen neu eintretende Gesellschafter wirkt.

2. Irreführender Firmenzusatz. BankA. **6** 289, KGJ. **33** A 122, OLG. **14** 339 (KG). Eine oHG. darf ihrer Firma nicht die Bezeichnung „Bank" zufügen. Unter Bank ist der Regel nach nur ein mit großem Kapital ausgestattetes, in einer handelsrechtlichen Form der juristischen Person betriebenes Unternehmen im Bereiche des Bankiergewerbes zu verstehen. Der Zusatz fällt daher unter § 18 Abs. 2 Satz 1.

§ 108. Anmeldung durch Vertreter. Spezialvollmacht nicht erforderlich. Vgl. KG., KGJ. **32** A 144 bei § 67 BGB.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 109. 1. Schiedsgerichtsklausel. **RG.** BauersZ. **14** 282, LeipzZ. **07** 431. Die Klausel des Gesellschaftsvertrags: „Bei Meinungsverschiedenheiten unterwerfen sich die Gesellschafter dem Urteil eines Schiedsgerichts und soll in dieser Beziehung jede gerichtliche Klage ausgeschlossen sein", bezieht sich nur auf Streitigkeiten, die während der Gesellschaft bzw. Liquidation entstehen, nicht auf die Klage auf Zahlung des festgestellten Geschäftsanteils gegen den Gesellschafter, der das Geschäft ohne Liquidation übernommen hat. Die ordentliche Gerichtsbarkeit darf nicht weiter ausgeschlossen werden, als der Vertrag besagt; durch dessen Wortlaut werden nicht alle „Streitigkeiten aus diesem Vertrage" dem Schiedsgericht unterworfen.

2. Vereinbarung über die Aufmachung der Bilanz vgl. u. zu § 120.

§ 118. RG. BauersZ. **15** 43. Der Gesellschafter hat einen Anspruch auf Auskunftserteilung, wenn die Bücher und Schriften Mängel aufweisen. Der geschäftsführende Gesellschafter ist verpflichtet, letztere so zu führen, daß ein klarer Überblick ermöglicht wird; verabsäumt er diese Pflicht, so muß er die schriftlichen Mitteilungen durch mündliche dahin ergänzen, daß der vom Gesetze gewährleistete Überblick beschafft wird.

§ 120. **RG.** BauersZ. **15** 68, LeipzZ. **07** 587, R. **07** 838. Die Gesellschafter können vereinbaren, daß Teile des Gesellschaftsvermögens niedriger als nach ihrem wahren Werte in die Bilanz eingestellt und gewisse Werte bis auf Null abgeschrieben werden.

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

§ 123. Geschäftsbeginn. 1. **RG.** R. **07** 777. Für die rechtlichen Wirkungen von Vereinbarungen, die namens einer noch nicht entstandenen oHG. getroffen sind, ist es gleichgültig, wenn von der Eintragung der oHG. überhaupt Abstand genommen wird, da die oHG. sich durch jene Vereinbarungen nach außen betätigt, und damit ihren Geschäftsbetrieb begonnen hat.

2. **RG.** LeipzZ. **07** 218, R. **07** 192. Abs. 2 setzt voraus, daß die Gesellschaft ihre Geschäfte betrieben hat, als das für die Wirksamkeit nach außen bestimmte Rechtsverhältnis tätig geworden ist. Hieran fehlt es, wenn weiter nichts geschehen ist, als die nach außen unveränderte Fortführung des bisherigen Geschäftsbetriebs unter der bisherigen Firma.

§ 124. Literatur: Wachsmann, Die Bezeichnung der Firma als Prozeßpartei, GruchotsBeitr. **51** 313.

1. Rechtscharakter der oHG. s. § 105 Note 1.

2. Haftung der oHG. für unerlaubte Handlungen. a) **RG.** BayRpflZ. **07** 328, GruchotsBeitr. **51** 1023, R. **07** 710. Das RG. hat für das bis 1900 geltende Recht in ständiger Rechtsprechung die Haftung der oHG. für eine unerlaubte Handlung des vertretungsberechtigten Gesellschafters, die er im inneren Zusammenhange mit dem Geschäftsbetriebe begangen hatte, bejaht, und zwar auch dann, wenn die Handlung nicht gerade rechtsgeschäftlicher Natur war (**RG. 15** 121, **17** 93, **20** 190, **32** 32, **46** 18). Für das neue Recht hiervon abzuweichen, besteht um so weniger Anlaß, als § 126 HGB. im Verhältnisse zu Art. 114 AG. die Vertretungsmacht des Gesellschafters eher ausgedehnt als eingeschränkt hat (vgl. D. 93). Erfordernis der Haftung ist jedoch, daß der Gesellschafter die Handlung in Ausführung einer ihm als solchem zustehenden Verrichtung vorgenommen hat. **b) RG. 64** 77 Die oHG. und KG. haften für die von ihnen persönlich haftenden Gesellschaftern in ihrer Vertretung begangenen unerlaubten Handlungen jedenfalls im Umfange des § 831 Abs. 1; wie weit im übrigen, kann zweifelhaft sein.

3. Haftung der oHG. als Grundstückseigentümerin gegenüber der Polizei. DJZ. **07** 190 (PrOVG.). Da nach bestehendem Rechte der Eigentümer eines Grundstücks als solcher der Polizeibehörde gegenüber verpflichtet ist, das Grundstück in einem polizeigemäßen Zustande jederzeit zu erhalten, so ist dies eine dem Eigentum immanente öffentlich-rechtliche Pflicht. Diese Pflicht überkommt auch die oHG., wenn sie gemäß § 124 Eigentum erwirbt. Sie hat der Polizei für den polizeigemäßen Zustand ihres Grundstücks einzustehen und kann durch polizeiliche Anordnungen dazu angehalten werden. Auch die Zwangsmittel aus § 132 LandesverwG. können gegen sie angewandt werden, soweit dies nicht durch das Gesetz oder die Natur des Zwangsmittels ausgeschlossen ist.

4. Die oHG. im Prozesse. a) Vgl. JDR. **1** zu §§ 705, 718 BGB., § 50 ZPO., **2** Note 6, **3** Note 2, **4** Note 3, **5** Note 5 zu § 124. **b)** Benennung im Prozesse. Wachsmann aaO. führt gegen **RG. 54** 15 aus, daß die Klageschrift ersehen lassen muß, ob die unter ihrer Firma benannte Partei ein Einzelkaufmann, eine oHG. oder eine KG. ist, und erörtert eingehend die Folgerungen aus dieser Auffassung. **c)** Klage gegen die oHG. und einen der Gesellschafter. **RG.** JW. **07** 712 Ziff. 23. Wenn neben der unter ihrer Firma verklagten oHG. ein Gesellschafter mitverklagt wird, so tritt bei diesem nicht eine Teilung seiner Rechtspersönlichkeit ein, dergestalt, daß er nur mit demjenigen

Teile, an welchem das Gesellschaftsverhältnis haftet — ein unmöglicher Gedanke — in den Rechtsstreit einbezogen würde. Vielmehr ist er Partei mit seiner ganzen unteilbaren Persönlichkeit. Die Beziehung auf die Gesellschaft, als deren Mitinhaber er verklagt ist, hat nur Bedeutung für die materielle Anspruchsbegründung. Bei der Frage, ob ihm gegenüber in einem solchen Prozesse statt der Schuld derjenigen oHG., als deren Mitinhaber er bezeichnet ist, die Schuld einer anderen oHG., für die er gleichfalls persönlich haftet, geltend gemacht werden kann, handelt es sich nicht darum, ob dem zunächst Beklagten im Laufe des Verfahrens ein anderer Beklagter substituiert werden dürfe, sondern bei verbleibender Identität des Beklagten um eine gewöhnliche materielle Klagänderung. **d)** Umfang der Rechtskraft. **RG. 07** 988. Wird die Klage aus einer Gesellschaftsschuld gegen den ausgeschiedenen und den die Firma der oHG. allein fortführenden Gesellschafter erhoben, so wirkt die rechtskräftig gegen diesen ergangene Entscheidung nicht auch gegen jenen. **e)** Zeugnisverweigerungsrecht der Gesellschafter. ElsLoth. NotZ. **27** 378 (Colmar). Die vertretungsberechtigten Gesellschafter einer oHG., der gegen Bestellung einer Höchsthypothek an ihren Grundstücken ein Kredit gewährt worden ist, können im Prozesse des Fiskus gegen den Kreditgeber ihr Zeugnis nicht deshalb verweigern, weil sie für die Stempelgebühr haftbar werden, und deshalb an dem Ausgange des Rechtsstreits interessiert seien. Sie laufen nicht Gefahr, infolge wahrheitsgemäßer Beantwortung der Fragen mit einer ihnen bisher nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet zu werden. **f)** Auflösung der oHG. während des Prozesses bzw. der Zwangsvollstreckung. α. **RG. 64** 77. Wird eine im Prozesse befangene oHG. während des Prozesses aufgelöst, so treten ihre Gesellschafter, falls sie Klägerin war, als notwendige, falls sie Beklagte war, als gewöhnliche Streitgenossen an ihre Stelle. Die Gesellschafter können und müssen zur Vermeidung des Verlustes im letzteren Falle die ihnen persönlich zustehenden Einreden in dem anhängig bleibenden Prozesse vorbringen. — Die gleichen Grundsätze gelten für die KG.; an ihre Stelle treten die Komplementen und Kommanditisten; die Haftung der letzteren bleibt, trotz ihrer Parteirolle, auf ihre Einlage beschränkt. β. **RG.** JW. **07** 313 Ziff. 16, LeipzZ. **07** 427. Dadurch, daß die klagende oHG. vor Einlegung der Berufung aufgelöst ist, sind an ihre Stelle die einzelnen Gesellschafter getreten und zwar, da die Änderung auf seiten der Klagepartei eintrat, als notwendige Streitgenossen (**RG. 64** 77 s. o. bei α.). Da der eine von ihnen T. das Geschäft mit Firma übernommen und weitergeführt, in der Berufungsinstanz auch den anderen, L. als Zeugen benannt hat, der ein Interesse an dem Ausgange des Prozesses nicht mehr habe, und der Beklagte sich dem nicht widersetzt hat, muß angenommen werden, daß nunmehr nur noch T. als Inhaber der Firma Prozeßpartei ist, und er wie der Beklagte mit dem Ausscheiden des L. aus dem Prozeß einverstanden waren. γ. **RG. 66** 249, BayerZ. **15** 69, JW. **07** 515 Ziff. 17. Infolge der Auflösung der oHG. während des Prozesses treten, sofern nicht Liquidation stattfindet, an die Stelle der Gesellschaft die bisherigen Gesellschafter, bzw. wenn die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst ist, der Überlebende und die Erben des Verstorbenen, als Einzelpersonen, als Streitgenossen, und zwar auch dann, wenn einer der bisherigen Gesellschafter das Geschäft unter der bisherigen Firma weiter betreibt; etwas anderes gilt nur, wenn die Parteien mit dem Ausscheiden des anderen bisherigen Gesellschafters bzw. seiner Erben aus dem Prozeß einverstanden sind. δ. KGJ. **32** A 3, OLG. **14** 166, (KG.). Der Antragsteller besaß einen vollstreckbaren Titel gegen die oHG. X. und erbat aus § 727 ZPO. eine Vollstreckungsklausel gegen die Gesellschafter als Rechtsnachfolger der inzwischen aufgelösten Gesellschaft, um ein durch ihren Namen eingetragenes Grundstück zur Versteigerung zu bringen. Der Antrag wurde abgelehnt. — Ist die Gesellschaft in Liquidation getreten, so genügt der Titel gegen sie, da die Gesellschaft noch fortdauert,

solange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist. Ist sie ohne Liquidation aufgelöst, so kann nach § 158 vorgegangen werden. Die Erteilung einer Klausel gegen die Gesellschafter ist in diesem Falle begrifflich ausgeschlossen. Entweder geht die Gesellschaft, die sich ohne Liquidation auflöst, derart unter, daß sich auch der Personenverband der Gesellschafter auflöst, dann sind Rechtsnachfolger die Gesellschafter als Einzelpersonen; in diesem Falle steht § 129 Abs. 4 dem Antrag entgegen; oder der Personenverband besteht zunächst fort, dann tritt ein Wechsel im Rechtssubjekt des unter der Firma der Gesellschaft vereinigt gewesenen Sonderguts nicht ein, denn der Personenverband ist auch Durante societate Eigentümer dieses Sonderguts. Es kann also auch nicht von einer Rechtsnachfolge im Sinne des § 727 aaO. die Rede sein.

§ 125. Literatur: Marcus, Die Eintragung und Wirkung der gegen einen von zwei Gesellschaftern ausgesprochenen Entziehung der Vertretungsbefugnis bei vertraglicher Gesamtvertretung der oHG., HoldheimsMSchr. **07** 20. — Wimpfheimer, Zur Vertretung der oHG., DJZ. **07** 961.

1. Wimpfheimer aaO. Es ist zulässig, daß einige Gesellschafter Einzelvertretungsmacht nach Abs. 1, andere nur Gesamtvertretungsmacht in der Weise haben, daß sie nur gemeinsam mit einem der Einzelvertreter handeln dürfen. Dies kommt nicht, wie das KG. (JDR. **5** Note 3 zu § 125) meint, einem gänzlichen Ausschlusse der letzteren von der Vertretungsmacht gleich; denn solcher Gesamtvertreter hat sowohl wegen Abs. 2 Satz 3, als wegen der Möglichkeit, nach Abs. 2 Satz 2 zur Vornahme bestimmter Geschäfte ermächtigt zu werden, eine andere Stellung, als ein von der Vertretung ausgeschlossener. Endlich steht ein Gesamtvertreter hinsichtlich des zu verantwortenden Wissens und Tuns dem Einzelvertreter durchaus gleich.

2. KG., JDR. **5** Note 2 = GoldschmidtsZ. **60** 479.

3. Marcus aaO. Mit Goldmann ist gegen Staub-Pinner (8) Anm. 5 zu § 127 anzunehmen, daß falls einem der beiden zur Gesamtvertretung berufenen Gesellschafter die Vertretungsmacht durch Urteil entzogen wird, nicht beide, sondern nur der obsiegende Gesellschafter zum Register anzumelden hat, daß der andere ausgeschlossen und er allein zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist.

§ 127. Literatur s. Marcus bei § 125. Über die Anmeldung des Ausschlusses s. Note 3 bei § 125.

§§ 128, 129. 1. Haftung wie die eines Gesellschafters. OLG. **14** 349, R. **07** 988 (Dresden). Wer sich als Teilhaber einer oHG. einem anderen gegenüber geriert, haftet diesem wie ein Teilhaber, auch wenn er es in Wahrheit nicht ist.

2. Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters. **RG. 65** 26, JW. **07** 135 Ziff. 14. Das HGB. enthält bezüglich der im § 128 vorgeschriebenen Solidarhaft gegenüber Dritten keine besonderen Bestimmungen für den ausgeschiedenen Gesellschafter; daher kommen nach Art. 2 EG. die §§ 421 ff. BGB. zur Anwendung.

3. Haftung des neu eintretenden Gesellschafters. **RG.** BauersZ. **15** 44, R. **07** 642. Der neu eintretende Gesellschafter haftet unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 auch für die Forderung des Ausgeschiedenen auf Abfindung wegen seines Geschäftsguthabens.

4. Aufrechnung mit einer Gesellschaftsschuld. **RG.** LeipzZ. **07** 427. Nach dem alten wie dem neuen Rechte kann ein wegen einer Privatschuld verklagter Gesellschafter eine Gesellschaftsforderung nur dann vorschützen, wenn eine Abtretung, oder im Falle der Liquidation eine Überweisung an ihn stattgefunden hatte.

5. Erlaß. OLG. **14** 350 (Königsberg). Erläßt ein Gläubiger der oHG. eine

gegen sie bestehende Forderung, so ist zum allermindesten im Zweifel anzunehmen, daß der Erlaß auch für die Gesellschafter befreiende Wirkung hat, und zwar sowohl für die gegenwärtigen wie für die ausgeschiedenen.

§ 130. **RG.** LeipzZ. **07** 500, SächsRpflA. **07** 378. Der ausscheidende Gesellschafter hat einen Anspruch auf Abfindung wegen seines Geschäftsguthabens gegen die Mitgesellschafter, welche vertragsgemäß das Geschäft mit der Firma fortführen; für diesen Anspruch haftet auch ein an seiner Stelle neu eintretender Gesellschafter mangels anderweiter Verabredung.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131. HoldheimsMSchr. **07** 17, FrankfRundsch. **40** 131, R. **07** 193 (Frankfurt). Durch das Ausscheiden eines Gesellschafters wird die oHG. aufgelöst; da jedoch nur ihre produktive Seite aufhört und nach § 145 die Liquidation vermieden werden kann, kann der ausscheidende Gesellschafter ohne Liquidation abgefunden, und die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden. In diesem Falle tritt keine Auflösung ein; vielmehr wird die bisherige oHG. als solche fortgesetzt. Das Rechtssubjekt wechselt in solchem Falle nicht, sondern wahrt seine Identität.

§ 133. „Wichtiger Grund". **RG.** LeipzZ. **07** 139 (s. JDR. **5**). Mangel der Rentabilität des gesellschaftlichen Unternehmens ist als ein Fall der Unerreichbarkeit des Gesellschaftszwecks und damit als wichtiger Grund anzusehen, aus welchem auf Antrag eines Gesellschafters die vorzeitige Auflösung der Gesellschaft ausgesprochen werden kann.

§ 135. Literatur: Marcus, Zur Natur des Kündigungsrechts in den Fällen der §§ 725 BGB., 135 HGB., 66 GenG., JW. **07** 539.

1. Marcus aaO. Gegen Staub-Pinner Anm. 8 zu § 135 ist unter „Privatgläubiger" der Gesellschaftsgläubiger, dem ein Anspruch kraft der Solidarhaftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden wegen einer solchen gegen einen der Gesellschafter zusteht, nicht zu verstehen.

2. Recht des Pfändungsgläubigers auf Einsicht des Gesellschaftsvertrags und der Bücher. BauersZ. **14** 187, OLG. **14** 185 (Karlsruhe). Der nach § 135 kündigende Gläubiger hat das nach § 118 dem Gesellschafter zustehende Recht auf Einsichtnahme der Bücher nicht, wie sich aus § 725 BGB. in Verb. mit § 859 Abs. 1 ZPO. ergibt. § 810 BGB. trifft hier nicht zu. Ebensowenig ein Recht auf Vorlage des Gesellschaftsvertrags. Sein Recht erschöpft sich in dem Anspruch auf Gewinnanteil, Auseinandersetzungsguthaben und Kündigung. Das berechtigte Interesse an der Einsicht reicht nach §§ 810 BGB., 422 ZPO. zur Klagebegründung nicht aus.

§ 138. Über die Haftung des Ausscheidenden vgl. Note 2 zu §§ 128, 129.

§ 139. *Hörle, Die Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäfts 8. Die Rechte des § 139 stehen der Frau nur dann zu, wenn sie Erbin geworden ist. Erst wenn die Erbschaft erworben ist, liegt daher in dem Verzichte der Frau auf das ihr nach § 139 zustehende Recht der Einräumung der Stellung einer Kommanditistin oder der Anerkennung des auf sie fallenden Teiles der Einlage des Erblassers als ihre Kommanditeinlage eine Verringerung des eingebrachten Gutes. Folglich bedarf der Verzicht in dem gesetzlichen Güterstand und in der Errungenschaftsgemeinschaft der Einwilligung des Mannes.

§ 142. 1. Gesamtrechtsfolge. a) JDR. **2** Note 3, **5** Note 1. **b)** **RG.** **65** 227, BankA. **6** 286, DNotV. **07** 681, JW. **07** 303 Ziff. 6. Gemäß Abs. 3 ist auf die Fälle der Abs. 1 u. 2 auch § 738 Abs. 1 BGB. analog anzuwenden. Dieser be-

stimmt für die Fälle der §§ 736 f. BGB., daß es von seiten des gewesenen Sozius eines besonderen Übertragungsakts, also bei Grundstücken der Auflassung nicht bedarf. Seine entsprechende Anwendung ergibt, daß der Anteil des Ausscheidenden dem Verbleibenden von selbst zuwächst. Der abweichenden Ansicht, daß § 142 nur eine obligatorische Verpflichtung erzeuge, ist nicht beizutreten. Der Auseinandersetzungsvertrag bedarf nicht der im § 353 BGB. vorgesehenen Form, auch wenn er Grundstücke umfaßt. **c)** Ebenso KG., RJA. 8 71, ZBlFG. 8 456, FrankfRundsch. **41** 152.

2. Abs. 2. **RG. 64** 379, JW. **07** 314 Ziff. 17, R. **07** 643. Abs. 2 ist nicht nur eine handelsrechtliche Bestimmung, sondern zugleich eine solche des materiellen Konkursrechts, sie wirkt nicht nur im Verhältnisse der Gesellschafter untereinander, sondern auch den Gläubigern des in Konkurs geratenen Gesellschafters und dem Konkursverwalter gegenüber. Daher trifft EG. Art. 170 auf sie nicht zu; sie gilt vielmehr auch für vor dem 1. Januar 1900 geschlossene Gesellschaften. Abs. 2 gewährt dem das Geschäft fortführenden Gesellschafter das Recht zur Weiterführung der Gesellschaftsfirma nicht; dieses regelt sich vielmehr lediglich nach § 24 HGB.

3. Wirkung der Geschäftsübernahme auf anhängige Prozesse. Vgl. Note 4 d und f β γ zu § 124.

4. **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 154 = JDR. **5** Note 2 d β.

5. Steuer- und Stempelrechtliches. **a) RG.** HoldheimsMSchr. **07** 157. Die Befreiungsvorschrift des Abs. 4 Ziff. 1 Tarifst. 25 d (Überlassung von Rechten am Gesellschaftsvermögen an von der Erbschaftssteuer befreiten Personen, greift nicht durch, wenn bei Auflösung einer aus Vater und Sohn bestehenden oHG. der eine gegen Geldabfindung des anderen die gesamten aus beweglichen und unbeweglichen Vermögensgegenständen usw. bestehenden Aktiven nebst den Passiven übernimmt. **b)** DJZ. **07** 1208 (SächsOVG.). Der Übergang des Geschäfts einer oHG. auf einen Gesellschafter bedeutet eine wesentliche Veränderung der Einkommensquelle schon deshalb, weil die Beziehungen des nunmehrigen durch das Widerspruchsrecht der anderen Gesellschafter nicht mehr beschränkten Alleininhabers zum Geschäfte wesentlich andere geworden sind.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 145. 1. Feststellungsklage während der Liquidation bezüglich präjudizieller Fragen. BauersZ. **14** 161 (Dresden). Eine Feststellungsklage während der Liquidation erscheint zulässig, soweit es sich nicht um Streitigkeiten über die Höhe des Liquidationserlöses, sondern um Meinungsverschiedenheiten, von denen die Art und Weise der Verteilung abhängt, handelt. Letztere üben einen entscheidenden Einfluß auf die Durchführung der Liquidation aus.

2. Verfügung über das Gesellschaftsvermögen während und nach der Liquidation. KGJ. **33** A 184, OLG. **14** 133 (KG.). Wollen die bisherigen Gesellschafter nach Auflösung der oHG. über eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Hypothek verfügen, so müssen sie dem Grundbuchrichter nachweisen, daß sie Liquidatoren der in Liquidation befindlichen Gesellschaft sind. Haben sie bereits das Gesellschaftsvermögen untereinander verteilt, so besteht nunmehr an Stelle des früheren Gesamteigentums hinsichtlich des ganzen Gesellschaftsvermögens Sondereigentum der Gesellschafter an den einzelnen Vermögensstücken. Es ist also ein Eigentumswechsel eingetreten. Wollen sie über eine ehemals zum Gesellschaftsvermögen gehörige Hypothek verfügen, und auf Grund dessen eine Eintragung im Grundbuche herbeiführen, so müssen diejenigen von ihnen, denen die Hypothek zugewiesen ist, sich zunächst als Gläubiger der Hypothek eintragen lassen. § 40 Abs. 2 GBO. findet keine Anwendung.

§ 146. 1. Berufung und Abberufung von Liquidatoren durch einstweilige Verfügung. ZBlFG. 8 337 (Dresden). Auf die Ernennung und Abberufung der Liquidatoren sind die Vorschriften des FGG. anzuwenden, die der ZPO. nur insoweit, als sie im FGG. herangezogen werden; da letzteres hinsichtlich der Bestimmungen über einstweilige Verfügungen nicht der Fall ist, würden diese anwendbar sein nur, wenn sich aus der Natur und dem Wesen der einstweiligen Verfügung ergäbe, daß es sich trotz ihrer Regelung in der ZPO. nicht um eine auf deren Gebiet beschränkte Einrichtung handle, aber ihre analoge Anwendung geboten sei, um den praktischen Bedürfnissen des Lebens entsprechend eine Lücke im Gesetz auszufüllen. Beide Voraussetzungen treffen nicht zu, insbesondere lassen sich im Rahmen der Vorschriften des FGG. die Bedürfnisse der Praxis befriedigen (aA. hinsichtlich der analogen Anwendung Marcus, HoldheimsMSchr. **14** 299).

2. Anwendung des Abs. 2 auf vor 1900 entstandene oHG. KGJ. **33** A 129, BauersZ. **14** 163 (KG.). Bei einer vor dem 1. Januar 1900 gegründeten oHG. bestimmen sich die Voraussetzungen der gerichtlichen Ernennung von Liquidatoren nach früherem Rechte. Diese selbst vollzieht sich dagegen nach dem neuen Verfahren. Danach ist das Amtsgericht dafür ausschließlich zuständig.

3. Wichtiger Grund im Abs. 2. KGJ. **33** A 129 ff. (KG.). Was „wichtiger Grund" ist, hat das Gericht nach billigem Ermessen zu beurteilen. Mit Rücksicht auf den Zweck der Liquidation sind solche Gründe als wichtig anzusehen, welche die Besorgnis rechtfertigen, daß ohne das Eingreifen des Gerichts durch Bestellung von Liquidatoren eine sachgemäße, ungestörte und glatte Erledigung der Liquidation, insbesondere ein gedeihliches Zusammenwirken der mehreren Beteiligten nicht stattfinden wird. Andererseits muß der Richter, da an sich die Gesellschafter die geborenen Liquidatoren sind, den ihm vorliegenden Sachverhalt darauf prüfen, ob das Bedenken, welches als Grund für die Ausschließung des oder der Gesellschafter dienen soll, sich nicht auf andere Weise ohne besondere Schwierigkeiten beseitigen läßt. Weite Entfernung vom Orte der Liquidation kann ein solcher Grund sein, ebenso ein feindliches Verhältnis zwischen mehreren Gesellschaftern, oder zu große Zahl der Liquidatoren.

§ 147. Vgl. Note 1 bei § 146.

§ 156. Maßstab für die Gewinnverteilung. 1. Vgl. JDR. **5** zu § 156 = BauersZ. **14** 260.

2. BauersZ. **14** 161 (Dresden). Die Vorschriften für die Verteilung von Gewinn und Verlust, die für die Zeit des Bestehens der oHG. gelten, sind auch für das Liquidationsstadium maßgebend.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

Literatur: Große, Die Tätigkeit des Kommanditisten für seine Gesellschaft. Leipzig 1907. — Lastig, Die accomodatio, die Grundform der heutigen KG. in ihrer Gestaltung vom 13. bis 19. Jahrhundert und benachbarte Rechtsinstitute. Halle a. S. 1907. — Ullmann, Die Ehefrau als Kommanditistin; ist der Kommanditist Kaufmann? LeipzZ. **07** 472—476, 561—567.

Ausländisches Recht: Niederlande, GoldschmidtsZ. **59** 406.

§ 161. 1. Die Stellung des Kommanditisten im allgemeinen. *Große aaO. Die Geschäftsführung der KG. steht mangels besonderer Vereinbarung lediglich den Komplementaren zu, und zwar prinzipiell einem jeden für sich im vollen Umfange, während der Kommanditist im Zweifel von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossen ist. Er hat im allgemeinen nur ein Widerspruchsrecht (vgl. Staub I § 164 Anm. 3, Goldmann II § 164 Ziff. 8; aM. Makower I 329, Lehmann-Ring I § 164 Ziff. 1 u. 2) gegen

die Vornahme ungewöhnlicher Handlungen, ferner hinsichtlich des Geschäftsbetriebs ein beschränktes Kontroll- und Informationsrecht. Doch kann ihm durch den Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführung ganz oder auch nur teilweise übertragen sein. Dann kommt ihm grundsätzlich die Stellung eines von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossenen Komplementars zu, d. h. er ist berechtigt, und verpflichtet, alle Handlungen vorzunehmen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. — Die Vertretung der KG. ruht kraft absoluter gesetzlicher Bestimmung ausschließlich in den Händen der Komplementare, und zwar ist grundsätzlich jeder für sich im vollen Umfange dazu berufen. Der Kommanditist ist kraft Gesetzes von der Vertretung ausgeschlossen, auch durch den Gesellschaftsvertrag kann ihm nicht die Stellung eines vertretungsberechtigten Komplementars eingeräumt werden. Wohl aber kann ihm eine (dem Umfange nach beschränktere) Handlungsvollmacht im weiteren Sinne übertragen werden. Dann finden auf ihn die gewöhnlichen Vorschriften des HGB. über die Prokura bzw. Handlungsvollmacht entsprechende Anwendung.

2. Ist der Kommanditist Kaufmann? a) Vgl. JDR. **5** Note 2. b) SchlHolstAnz. **07** 68 = JDR. **5** Note 2 b. c) Ullmann aaO. verneint die Frage. § 170 nimmt in Verb. mit § 164 dem Kommanditisten die Möglichkeit, in seiner Eigenschaft als Gesellschafter irgendeine Tätigkeit auszuüben, welche die Geschäfte der Gesellschaft, ihre Vermögenssphäre beeinflussen kann. Daraus folgt, daß der Komplementar, nicht der Kommanditist das Geschäft betreibt, wenn man hinzunimmt, daß jedes Risiko des Kommanditisten beschränkt ist, ferner gemäß § 19 Abs. 4 nicht nach außen dokumentiert werden kann, daß der Betrieb auch für ihn geführt wird, endlich nach § 162 Abs. 2 sein Name überhaupt nicht bekannt zu machen ist.

3. Die Ehefrau als Kommanditistin. Ullmann aaO. Ein selbständiger Geschäftsbetrieb einer Ehefrau im Sinne des § 1387 BGB. liegt nur vor, wenn sie eine Tätigkeit zum Zwecke der Gütererzeugung entfaltet, und dies offenkundig ist. Die Frage, ob diese Voraussetzungen bei der Frau gegeben sind, welche Kommanditistin einer KG. ist, fällt zusammen mit der anderen, ob der Kommanditist Kaufmann im Sinne des § 1 HGB. ist; unter dem „Betrieb eines Handelsgewerbes" im Sinne des § 1 ist nichts anderes zu verstehen, als der selbständige Betrieb eines Handelserwerbsgeschäfts. Der Kommanditist ist aber nicht Kaufmann (s. Note 2), mithin fällt die Teilnahme der Frau an einer KG. nicht unter § 1367.

4. Klagen zwischen den Gesellschaftern. **RG.** R. **07** 777, HoldheimsMSchr. **07** 167. Bei Klagen, welche das innere Verhältnis zwischen dem Kommanditisten und dem Komplementar zum Gegenstande haben, ist der letztere, nicht die KG. passiv legitimiert. Der Komplementar ist zur Vornahme der gesellschaftlichen Handlungen verpflichtet.

5. **RG. 63** 265 = JDR. **5** Note 5 c, BauersZ. **14** 18 = JDR. **5** Note 5 b. Vgl. auch Note 2 zu § 171.

§ 171. 1. Beweislast. **RG.** LeipzZ. **07** 500. Der Kommanditist hat zu beweisen, daß er die zugesagte Einlage geleistet hat; die Leistung kann durch Bareinlage, auch durch Deckung von Geschäftsschulden bewirkt sein.

2. Leistung der Einlage. a) Vgl. JDR. **5** Note 5 zu § 161. b) **RG.** LeipzZ. **07** 342. Der Kommanditist braucht seine Einlage nicht unter allen Umständen in Geld zu leisten. Es genügt die Abtretung eines Regreßanspruchs, den der Kommanditist wegen Einlösung von Akzepten der Gesellschaft, für die er sich verbürgt hatte, nach der Konkurseröffnung zur Aufrechnung gegen die Forderung der Gesellschaft auf Leistung der Kommanditeinlage verwendet. Auf demselben Standpunkte stehen auch die Kommentare zur KO. (Petersen-Kleinfeller [4] § 54 Bem. 6, v. Wilmowski-Kurlbaum [6] § 54 Bem. 4 b, § 55 Bem. 6, Jäger [2] § 53 Anm. 14, § 54 Anm. 10). Die bei Jäger bezogene abweichende

Entscheidung des österr. Obersten Gerichtshofs beruht auf der Erwägung, daß nach österr. Rechte der Bürge Regreßrechte erst mit der Zahlung erwirbt.

§ 177. Konkurs der KG. im Verhältnisse zum Konkurse des persönlich haftenden Gesellschafters. OLG. **15** 228 (Hamburg). Wie das Vermögen einer KG. von dem Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters getrennt ist, so ist auch die Zahlungsfähigkeit und Zahlungseinstellung der KG. rechtlich getrennt zu halten von der des Gesellschafters (Jäger zu §§ 209, 210 Abs. 4, 212 Abs. 1 KO.). Das Konkursverfahren über das Vermögen beider ist ein selbständiges, und der Konkurs der Gesellschaft hat nicht den des Komplementars zu Folge und umgekehrt; tatsächlich werden beide allerdings der Regel nach zusammentreffen.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Vorbemerkung: Es ist hinzuweisen auf das unten angeführte Buch des Zivilgerichtspräsidenten in Basel Silbernagel. Dieser gibt in ihm eine eingehende Darstellung der Gründung der AG. nach den aus dem Titel ersichtlichen Rechten. Nach einer kurzen Darstellung der historischen Entwickelung des Aktienrechts behandelt er in einem Allgemeinen Teile die rechtliche Natur, die Rechts- und Handlungsfähigkeit, die Deliktsfähigkeit der AG. u. a. m., sowie die Aktie. Der spezielle Teil beschäftigt sich mit der Gründung im besonderen. Er gibt eine tiefgehende Darstellung des deutschen Rechtes mit seinen mannigfachen Streitfragen. — Vigier behandelt das im Titel genannte Thema auf der Grundlage des schweizerischen Rechtes und zieht zur Vergleichung das deutsche Handelsrecht heran, dabei mehrfach auf Einzelheiten eingehend, ohne eine zusammenhängende Bearbeitung des letzteren zu geben. Hervorzuheben sind weiter die Aufsätze von Reisch (Note 1 zu § 189), Bolze, Hachenburg, Hagens (Note 2 vor § 201), sowie der Beitrag Cosacks zur Gießener Festschrift (bei § 226). — Die Rechtsprechung hat eine Reihe wichtiger Fragen beantwortet. In der Entsch. Note 2 bei § 182 berührt das RG. das Verhältnis zwischen Statut und Gesetz; in Note 1 vor § 210 lehnt es von neuem die von Burkas verfochtene Dualität der AG. und Aktionärgemeinschaft ab. Bei § 243 behandelt es die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines wirksamen Beschlusses des Aufsichtsrats; eine Entscheidung, die über den entschiedenen Fall hinaus Bedeutung hat. Von großer Wichtigkeit ist die Entsch. Note 3 bei § 271, zu der Pinner und Düringer sich alsbald geäußert haben (s. das.). Bei § 259 ist eine neue Entscheidung über die Form der Generalversammlungsprotokolle zu verzeichnen. — Aus den Entscheidungen des KG. ist hervorzuheben die Erörterung über den Nachweis der Fusion im Grundbuchverkehr (bei §§ 305 f.) und über die Prüfungspflicht des Registerrichters der Zweigniederlassung (Note 4 zu § 201). — Die Bemerkungen zur Tantièmesteuer sind bei § 237 zusammengestellt. Der Anhang bringt einige steuer- und stempelrechtliche Entscheidungen.

Literatur: I. Esser, Handausgabe (3). Berlin 1907. — Makower, Kommentar (13). Berlin 1906. — Staub-Pinner (8). Berlin 1907. — II. Cahn, Der Aufsichtsrat der AG. Berlin 1907. — Cosack, Eigene Aktien als Bestandteile des Vermögens der AG. Gießen 1907. — Eichmann, Sind auf eine AG. die Vorschriften des BGB. über rechtsfähige Vereine anwendbar? (Diss.). Leipzig 1907. — Enzmann, Die Nichtigkeit der AG. Leipzig 1907. — Fuhrmann, Genußaktien und Genußscheine (Diss.). Bern 1907. — Gerschel, Sind auf eine AG. die Vorschriften des BGB. über rechtsfähige Vereine anwendbar? (Diss.). Heidelberg 1907. — Hautle, Der Gläubigerschutz im Aktienrechte. Berlin 1907. — Reis, Zeichnung und Übernahme von Aktien (mit einer Einführung von Kohler). Berlin 1907. — Schröter, Die doppelte Buchführung für AGen. und KAGen. Erlernung und Überwachung der gesamten Buchführung nebst Darstellung der Erfordernisse und des Herganges bei Gründung von AGen bzw. Umwandlung privater Unternehmungen in GAen. Leipzig 1906. — Senftner, Wie lautet der Gesellschaftsvertrag einer AG.? Eine Einführung in die Unternehmungsform der AG. Berlin 1907. — Silbernagel, Die Gründung der AG. nach deutschem, schweiz., franz. und englischem

Aktienrechte. Berlin 1907. — Vigier, Die Verantwortlichkeit der Organe einer AG. gegenüber den Gläubigern nach schweizerischem Obligationenrechte mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Handelsgesetzgebung. Aarau 1907 — Werner, Die Aktienzeichnung als Grundlage für die Gründung der AG. Gotha 1907. — III. Barthel, Die Hiberniafrage und das Aktienrecht, PrJB. **127** Heft 2. — Gottschewski, Über die Aktienform als Unternehmung, SchmollersJ. **31** Heft 1. — Passow, Die wirtschaftliche Bedeutung und Organisation der AG. Jena 1907. — Schmalenbach, Gründung der AG., ZHandelswForschg. **1** 213—218. — BauersZ. **14** 150: Der Kampf der Minderheit gegen die Mehrheit in dem neuen Prozesse des Fiskus gegen die Hiberniagesellschaft. Unzulänglicher Schutz der Minderheit. — Heimlichkeit in der AG. DÖk. **25** 31—32.

Ausländisches Recht: England: Silbernagel s. Allg. Literaturangabe. — BauersZ. **14** 176: Gründung englischer AGen. Die Einführung der Aktien an der Börse in England. — BauersZ. **15** 33: Zweigniederlassungen deutscher AGen in England und in den englischen Kolonien.

Frankreich: Silbernagel s. oben.

Niederlande: GoldschmidtsZ. **59** 406.

Österreich-Ungarn: JurBl. **36** 277: Zur Frage der Aktienemissionsgebühr.

Schweiz: Silbernagel s. oben.

Vereinigte Staaten von Nordamerika: s. Note zu § 185.

Allgemeine Bemerkungen.

1. Internationales Recht. a) Silbernagel aaO. 29—41 stellt die internationalen Rechtsgrundsätze über die Rechts- und Handlungsfähigkeit der AG. dar. Sie bestimmt sich nach dem Rechte des Landes, in dem die AG. ihren Sitz hat; dieses ist auch maßgebend für die Firmierung, für die rechtlichen Wirkungen der Zeichnung, die Zulässigkeit von Inhaberaktien, Umwandlung und Kaduzierung von Aktien, Organisation, Rechte und Pflichten der Organe, Verantwortlichkeit der Gründer und Verwaltungsorgane, die Vertretung, Auflösung der Gesellschaft. — Ders. 33 über die Rechtsfähigkeit auswärtiger AGen. b) S. unten Note 1 zu § 195.

2. Anwendbarkeit des BGB. a) Vgl. JDR. **2**, **3** Note 1 der Allg. Bemerkungen, ferner unten Note zu § 295. b) **RG.** R. **07** 1128. § 31 BGB. findet auf die AG. Anwendung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 179. Literatur: Fuhrmann, Genußaktien und Genußscheine. Bern 1907. — BauersZ. **14** 125: Die gesetzlichen Vorschriften, welche sich auf die Herstellung von Aktienurkunden und die Formen hierzu beziehen.

1. Fuhrmann aaO. behandelt sein Thema unter vorzugsweiser Berücksichtigung des österreichischen Aktienregulativs vom 20. September 1899, daneben das deutsche Recht, seine Literatur und Rechtsprechung berücksichtigend. Er kommt zu folgenden allgemeinen Ergebnissen. Ihrem Entstehungsgrunde nach gibt es verschiedene Arten von Genußtiteln; ihrem rechtlichen Charakter nach aber nur zweierlei. Sie sind entweder: a) Genußaktien. Als solche gelten alle an Stelle aus dem Reingewinne verloster Aktien ausgegebenen Genußtitel. (Werden Genußtitel an Stelle von Aktien ausgegeben, so findet keine Amortisation, sondern eine Verlosung derselben statt.) Die Genußaktien beurkunden das durch den Verlosungsakt veränderte ursprüngliche Aktienrecht. Sie sind wahre Aktien, da die anläßlich der Verlosung ausbezahlte Summe nicht eine Rückzahlung der Aktieneinlage, sondern eine Dividende aus besonderem Anlasse darstellt. Mit Rücksicht auf diese können die mit der ursprünglichen Aktie verknüpften Rechte eine Einschränkung erfahren. Es muß dies ausdrücklich durch Statuten bestimmt sein; anderenfalls können sie weiterhin ihre Rechte in ursprünglicher Form geltend machen. In Österreich ist den Genußaktien der Anspruch auf die Vermögensbezüge gesetzlich gekürzt; die noch

nicht verlosten Aktien erscheinen in bezug auf die Minimalbezüge (die gesetzlich garantierte Minimaldividende und die Rückerstattung der Aktieneinlage aus dem Liquidationserlöse) gegenüber den Genußaktien als Vorzugsaktien. b) Genußscheine. Sie lassen sich in folgende Gruppen einordnen: α. „Zu Aktien" ausgegebene Genußscheine. Sie stellen selbständige, von den Aktien unabhängige Wertpapiere dar, welche ihre Entstehung der Abtretung eines Teiles vermögensrechtlicher Ansprüche der Aktionäre verdanken. β. Gründerscheine. Sie werden anläßlich der Gründung eines Unternehmens geschaffen. γ. Genußobligationen. Das sind Genußscheine, welche aus verschiedenen Gründen entstehen können. Sie alle gewähren ihren Inhabern nur vermögensrechtliche Vorteile. Sie sind niemals Aktien und verbriefen immer nur Gläubigerrechte. Aus wesentlich anderen Gesichtspunkten sind zu beurteilen die gleichfalls ihrem Entstehungsgrunde nach der Gruppe der Gründerscheine unterzuordnenden fremdrechtlichen Gebilde: a) die in Frankreich üblichen parts de fondateurs, welche nach der Meinung vieler Juristen Aktien vorstellen; b) die founders or management shares, welche wirkliche Aktien sind; c) die von den deutschen Kolonialgesellschaften ausgegebenen: α. Genußanteile in Form von „actions gratuites". Sie sind wirkliche Anteile. β. Genußscheine. Diese verbriefen nur Gläubigerrechte und sind keine Anteile.

2. *Hautle aaO. 40 ff. Für die Interessen der Gläubiger ist es praktisch unerheblich, ob den Genußscheinen der Charakter als Obligationengenußscheine oder als Aktiengenußscheine innewohne, da beide Arten suspensiv bedingt sind und bei einer Liquidation der AG. mit den übrigen Gläubigerforderungen nicht in Konkurrenz treten.

3. BauersZ. aaO. erörtert Inhalt und Tragweite der §§ 360 Ziff. 4, 5 und 149 HGB.

4. Über Genußscheine vgl. JDR. **2** Note 4, **3** Note 2, 3, **4** Note 2 zu § 179.

§ 180. Literatur: Heilbrunn, Kleine Aktien, HoldheimsMSchr. **07** 160.

Heilbrunn aaO. spricht sich gegen Abänderung des Gesetzes aus, und will den wirtschaftlichen Effekt der Kleinen Aktien durch Unterbeteiligung mittels Zertifikaten erreichen.

§ 182. Literatur: Schmalenbach, Die Gründung der AG., Zeitschr. f. handelswiss. Forschung **1** 203—240. — Silbernagel, Die Gründung der AG. nach deutschem, schweizerischem, französischem und englischem Aktienrechte. Berlin 1907. — ZAktWes. **07** 55, Gesellschaftsstatut und Gesetz.

1. Allgemeines. a) Schmalenbach aaO. gibt einen allgemein gehaltenen Überblick über die Voraussetzungen der Gründung und die rechtlichen Vorschriften, und schildert den Gründungsvorgang bei Umwandlung eines Geschäfts in eine AG. b) Silbernagel s. Vorbem. vor § 179.

2. Verhältnis von Statut und Gesetz. a) **RG. 65** 91, BauersZ. **14** 175, JW. **07** 183 Ziff. 26. Für die Rechtsverhältnisse der AG. ist nicht, wie bei der oHG., der GmbH. und der Genossenschaft, in erster Linie das Statut maßgebend. Dieses kommt vielmehr neben dem Gesetze nur insoweit zur Anwendung, als das Gesetz auf es verweist, ihm abändernde oder ergänzende Bestimmungen überläßt (z. B. §§ 275 Abs. 2, 214, 218, 222, 237, 238, 243, 252 Abs. 1, 2, 253, 255 Abs. 2, 276, 298 Abs. 3). Überall, wo in dem Abschnitt über die AG. dem Gesellschaftsvertrage keine solche Macht eingeräumt ist, sind die Gesetzesvorschriften als absolute anzusehen. b) ZAktWes. **07** 55 aaO. bespricht obige Entscheidung.

3. Tragweite des Abs. 2. *Wiedemann, Ideale Vereine 729 ff. Die für den Gesellschaftsvertrag aufgestellten Mußvorschriften zerfallen hinsichtlich ihrer Bedeutung für die Rechtsbeständigkeit der Eintragung der AG. in solche, welche Begriffsmerkmale der AG. sind (Ziff. 1 u. 3, ferner mangelndes Mitgliedersubstrat, so Makower 749; aM. Staub 927), und in solche, welche dies nicht sind, zufolge

positiver Gesetzesvorschrift aber den Wert von wesentlichen oder Mußvorschriften besitzen. Fehlt ein Begriffsmerkmal, so ist die AG. von Anfang an nichtig. Auch die Rechtsvermutungen des § 15 HGB. unterbleiben. Die Personen des § 309 HGB. haben die Nichtigkeitsklage; der Registerführer ist nach § 144 FGG. zur Einleitung des Löschungsverfahrens verpflichtet. Eine spätere Hebung des Mangels bedeutet, soweit nicht durch § 310 positivgesetzlich eine Ausnahme bestimmt ist, keine Heilung, sondern ist bedeutungslos. Die Anwendung von § 311 ist in diesem Falle eine unlogische, positivgesetzliche Zweckmäßigkeitsvorschrift. Fehlt ein nur durch positive Vorschrift des § 182 zur Mußvorschrift gestempeltes, legalwesentliches Merkmal, so ist die AG. nur auf so lange nichtig, als der Mangel nicht durch Vornahme des im § 310 HGB. geforderten Generalversammlungsbeschlusses geheilt ist. Die Gutheißung der Nichtigkeitsklage aus § 309 und die Durchführung des Löschungsverfahrens seitens des Registerführers aus § 144 FGG. wird vereitelt durch Fassung des Generalversammlungsbeschlusses gemäß § 310 HGB. — (727.) Durch diesen Beschluß wird nicht nur das Fehlen des betreffenden legalwesentlichen Requisits behoben, die Eintragung im ganzen wird von ihrer Nichtigkeit geheilt und zwar rückwirkend auf den Zeitpunkt der Vornahme der Eintragung. Im Falle der Gutheißung der Nichtigkeitsklage, bzw. der Exoffiziallöschung aus § 144 FGG. gilt die AG. auch in diesem Falle von Anfang an für nichtig; allein da sie nur an einem legalwesentlichen Mangel leidet, besteht sie logischerweise bis nach vollendeter Liquidation als AG. in Liq. fort (§ 311 HGB.).

4. Firma. Zufügung eines Zusatzes: vormals HH. bei der Firma der Zweigniederlassung einer AG. a) Vgl. IDR. **2** Note 6, **3** Note 3, **4** Note 1, **5** Note 1 zu § 201. b) BayObLG., KGJ. **32** A 301, RJA. **7** 114. Es ist allgemein anerkannt, und steht mit dem Grundsatze von der Firmeneinheit bei der AG. nicht in Widerspruch, daß für eine Zweigniederlassung einer AG. eine Firma gebildet werden darf, derart, daß der Gesellschaftsfirma ein sie als Firma der Zweigniederlassung kennzeichnender Zusatz beigefüg tist. Die so gebildete Firma läßt klar erkennen, daß der Betrieb, für den sie geführt wird, nicht ein selbständiges Unternehmen, sondern ein Bestandteil des Unternehmens der AG. ist. Ebenso erscheinen auch andere Zusätze zu der Firma der Zweigniederlassung, entgegen Staub (677) Anm. 6 zu § 201, nicht unzulässig, solange sie die Aufgabe der Firma, die Zweigniederlassung als Zweiggeschäft der AG. zu kennzeichnen, nicht beeinträchtigen. Ein solcher Zusatz ist der Nachfolgezusatz gemäß § 22.

5. Sitz. a) Vgl. IDR. **2** Note 2 b, **4** Note zu § 182. b) *Heymann, Die Zweigniederlassung im deutschen Handelsrechte (Leipzig 1907) 41 ff. Sitz und Hauptniederlassung fallen stets zusammen. Was die Hauptniederlassung zu einer solchen macht, ist, daß bei ihr das Prioritätsrecht der Registereintragungen, -einreichungen ꝛc. ruht. HGB. §§ 106, 161, 195, 198, 200, 320, GenG. § 6, GmbHG. § 7 legen aber ausdrücklich für die dort angegebenen Eintragungen ꝛc. das Prioritätsrecht dem Sitze bei; die Hauptniederlassung, die nach gem. Meinung vom Sitze getrennt liegen kann, übernähme dann jene Eintragungen nur noch, zum Teil fänden diese bei ihr überhaupt nicht mehr oder in niederem Umfange statt. Dies widerspricht dem Begriffe der Hauptniederlassung (vgl. oben zu HGB. § 13 Ziff. 4). Eine Lösung ergibt nur die Annahme, daß das Gesetz mit der Bestimmung der genannten §§ 106, 161, 195 HGB. usw. ausdrücken will, daß überhaupt das Registerprioritätsrecht sich am Orte des Sitzes befinden soll und daß der Ort des Sitzes als Hauptniederlassung aufzufassen sei. Zugleich ist damit gesagt, daß dieser Ort des Sitzes —als Hauptniederlassung — immer eine Handelsniederlassung sein muß (HGB. §§ 13, 29). Anders Staub zu § 182 Note 17, § 106 Note 4, § 33 Note 11, Makower zu §§ 182, 201, 106, Denzler 208 Note 3, 21, Cohn, Handels- u. Genossenschaftsregister 149, 257. — Da das HGB. mit dem Sitze die bestimmte Vorstellung

einer Handelsniederlassung eines Personenverbandes mit dem Register-Prioritätsrecht verbindet, so darf für das HGB. hinsichtlich dieses Begriffs nicht mehr auf BGB. oder ZPO. zurückgegriffen werden. Für das HGB. steht fest: Wenn auch an einem Orte die Verwaltung geführt, dort aber keine Handelsniederlassung ist, so kann dieser Ort nie als Sitz gelten, also entgegen den Vorschriften des BGB. und der ZPO. ➠ d. h. BGB. § 21 gilt für das HGB. nicht. ⟵ Der Begriff des Sitzes ist in BGB. und ZPO. unter anderen Gesichtspunkten aufgebaut als im HGB. **c)** Vgl. Note 1 zu § 195.

6. Unternehmen. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 2 c zu § 182. **b)** Über die „Individualisierung" des „Gegenstandes des Unternehmens" s. KG., RJA. **8** 114 bei § 3 GmbHG. **c)** *Enzmann, Nichtigkeit der AG. 52. Eine ganz allgemeine Angabe des Gegenstandes des Unternehmens ist als genügend zu erachten.

7. Reformvorschlag. *Enzmann aaO. 81. Es wird vorgeschlagen, die Punkte 4—6 zu eliminieren und durch subsidiäre Gesetzesvorschriften zu ersetzen (vgl. HGB. § 183 Abs. 1 [nicht 3] mit Art. 209 Abs. 2 Ziff. 4 AGBGB.).

§ 185. Vorzugsaktien. SächsOVG. **10** 183. Unter „kumulativen" Vorzugsaktien versteht man solche, die einen Anspruch auf Nachzahlung der Dividenden aus den Überschüssen späterer Jahre gewähren, falls das abgelaufene Geschäftsjahr keinen genügenden Überschuß aufweist. — Das Gericht nimmt Bezug auf ein „nicht widerlegtes Gutachten" eines New-Yorker Anwalts, wonach die Dividende auf preferred shares amerikanischer AGen nicht Schuldzinsen, sondern Gewinnanteile sind.

§ 186. Besonderer Vorteil. **RG.** LeipzZ. **07** 345. Das Wesen des Übernahmevertrags erfordert, daß die Gegenleistung nicht in der Mitgliedschaft, d. h. in gewährten Aktien besteht. Die Entscheidung handelt weiter davon, inwiefern ein Konkurrenzverbot ein besonderer Vorteil im Sinne des § 186 sein kann.

§ 188. Die rechtliche Bedeutung der „Übernahme". 1. **RG.** LeipzZ. **07** 219, ZAktWes. **07** 103. Die Übernahme wird den Mitgründern und der zukünftigen AG. gegenüber erklärt. Sie verpflichtet den, der dabei im eigenen Namen handelnd aufgetreten ist, ohne Rücksicht auf irgendwelche Abmachungen persönlich. Die Übernahme ist nicht Zeichnung im Sinne der §§ 189, 281, steht ihr aber in dieser Richtung gleich.

2. Reis s. § 189 Note 1 c.

§ 189. Literatur: Reis, Zeichnung und Übernahme der Aktien. Berlin 1907. — Werner, Die Aktienzeichnung als Grundlage für die Gründung der AG. Gotha 1907. — ZAktWes. **07** 146: Soll die Aktienzeichnung unanfechtbar sein? — Das. 87: Die Anfechtung von Aktienzeichnungen.

1. Das Wesen der Aktienzeichnung. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 1, 3, **3** Note 1, **5** Note 1 zu § 189. **b)** *Werner aaO. Die Aktienzeichnung verschafft der künftigen AG. die Grundlage für ihre spätere Existenz. Wie die AG. als Korporation entsteht und in jedem Stadium als Korporation zu betrachten ist, so ist auch ihr gesamter Werdegang von sozialrechtlichen Prinzipien beherrscht. Auch die Aktienzeichnung als Teil dieses Gründungsganges ist ein Institut, dessen Rechtsnatur nur gefunden werden kann, wenn man dabei lediglich von öffentlich-rechtlichem Standpunkt ausgeht und sich nicht verleiten läßt, immer wieder Privatrechtsbegriffe zu ihrer Beurteilung heranzuziehen. Die Aktienzeichnung ist nicht Vertrag oder vertragsähnliches Rechtsgeschäft, sondern eine einseitige, nur den Zeichner bindende Erklärung des Inhalts, daß der Zeichner bereit ist, sich zum Mitgliede des werdenden Aktienvereins machen zu lassen, wodurch den Gründern als Organen des werdenden Aktienvereins die Möglichkeit gegeben wird, den Zeichner als Mitglied in die entstehende Korporation aufzunehmen. Die Aufnahme erfolgt durch die Zuteilung, als welche die Einladung zur ersten Generalversammlung des werdenden

Aktienvereins anzusehen ist, und findet ihr Analogon in dem Eintritt in ein Gemeinwesen. Mit der Aufnahme erwirbt der Zeichner die Mitgliederrechte und Pflichten des werdenden Aktienvereins. So ist insbesondere auch die Zahlung der 25 pCt. des § 195 Abs. 2 HGB. keine Verpflichtung aus der Zeichnung mehr, sondern als Mitgliedspflicht erzwingbar. Die Wirkung der Zeichnung erschöpft sich in der Gebundenheit des Zeichners an seine Erklärung und der daraus resultierenden Funktion, daß sie durch diese präsumierte Einwilligungserklärung den Organen des werdenden Aktienvereins die Möglichkeit gibt, den Zeichner unmittelbar zum Mitgliede desselben zu machen. Durch die Zuteilung sind die Wirkungen der Zeichnung beendet, was besonders für die Anfechtung der Zeichnung von Wichtigkeit ist. Diese — obwohl an sich möglich — wird damit materiell zwecklos, da sie natürlich nur die Zeichnung und deren unmittelbare Folgen, nicht aber die Wirkungen der Zuteilung, angreifen kann, die ihrerseits keine Folge der Zeichnung, auch kein Teil derselben — etwa als Element eines Zeichnungsvertrags —, sondern ein einseitiger, unabhängiger, von der Zeichnungserklärung emanzipierter Willensakt der Gründer ist. c) *Reis aaO. Ihrer rechtlichen Natur nach hat die Aktienzeichnung eine doppelte Bedeutung, eine sozialrechtliche und eine individualrechtliche. Nach der sozialrechtlichen Seite stellt sie ein Element des konstitutiven Aktes dar, der die AG. überhaupt ins Leben ruft, nämlich den schöpferischen, einseitigen Willensakt, Mitglied der künftigen AG. unter Übernahme der Mitgliedsschaftsrechte und- pflichten zu werden. Gleichzeitig verpflichtet sich aber der Zeichner durch einen Vertrag mit den Gründern — und das ist die individualrechtliche Seite —, selbst noch einen Akt vorzunehmen, den das Gesetz für die Errichtung der AG. verlangt, nämlich die erste Einzahlung in Höhe von 25 pCt. des Nennbetrags zuzüglich eines event. Agios zu leisten; dafür sollen die Gründer gehalten sein, ihn an dem weiteren Gründungsprozeß in entsprechender Weise zu beteiligen, ihn insbesondere in das der Anmeldung zum Handelsregister beizufügende Aktionärverzeichnis aufzunehmen. Diese Doppelnatur haftet der Aktienzeichnung auch im Falle der Kapitalserhöhung (§ 281 HGB.) an, nur daß hier der individualrechtliche Vertrag nicht mit dritten Personen, sondern mit der AG. selbst geschlossen wird. Die Gesellschaft tritt in dieser Hinsicht nicht als Verbandsperson zu ihren Gliedern in Beziehung, sondern sie erscheint als in sich geschlossene individuelle Einheit, welche mit anderen ihr gleichgeordneten Einzelpersonen in rechtsgeschäftlichen Verkehr tritt. Aus dieser rechtlichen Konstruktion der Aktienzeichnung ergeben sich die Grundsätze, welche für die Entscheidung der Frage nach dem Einflusse von Willensmängeln auf die Zeichnung maßgebend sein müssen. Als ein Element des einseitigen konstitutiven Schöpfungsakts ist die Aktienzeichnung jeder Art von Anfechtung entzogen, sofern nur die in der Zeichnung liegende Beteiligungserklärung selbst gewollt ist. Insoweit dagegen das indivualrechtliche Vertragsverhältnis in Frage kommt, greifen die allgemeinen Rechtssätze des bürgerlichen Rechtes über Schadensersatz Platz und zwar auch, entgegen der Ansicht des RG., im Falle der Zeichnung bei Kapitalserhöhung. Das für die „Zeichnung" Ausgeführte gilt analog auch für die „Übernahme" von Aktien (§ 188 HGB.).

2. Silbernagel (s. vor § 179) 125—159. Rechtsvergleichende Darstellung der Aktienzeichnung.

3. ZAktWes. aaO. bekämpft die Gesetzesvorschläge, die auf Änderung des durch die Rechtsprechung ausgebildeten streng formalen Charakters der Zeichnung abzielen.

4. Strohmänner. **RG.** BauersZ. **14** 176, HoldheimsMSchr. **07** 124, SeuffBl. **07** 825, ZAktWes. **07** 102, DJZ. **07** 359, R. **07** 261. Die sog. Strohmänner sind wahre Zeichner und haften der AG., gleichgültig, ob sie für eigene oder fremde Rechnung gezeichnet haben.

§ 192. BauersZ. **15** 9, HoldheimsMSchr. **07** 234, ZAktWes. **07** 149. Vor-

schriften für die Prüfung des Gründungsherganges von AGen, aufgestellt am 26. Juli 1907 von der Handelskammer in Berlin.

§ 195. 1. Gericht der Hauptniederlassung. RJA. **9** 39, JustdBl. **2** 67, OLG. **16** 102, R. **07** 1148 (BayObLG.). Die Hauptniederlassung einer AG. bestimmt sich nach ihrem Sitze. Jede andere Niederlassung ist Zweigniederlassung. Eine ausländische AG. kann daher im Inlande keine Hauptniederlassung haben, auch dann nicht, wenn ihr Geschäftsbetrieb ausschließlich im Inlande stattfindet. — Zur Anmeldung der Zweigniederlassung sind die einzelnen Vorstandsmitglieder als solche verpflichtet. Sie können zwar ihrer Pflicht durch Bevollmächtigte nachkommen; diese treten aber hinsichtlich der Anmeldepflicht nicht an ihre Stelle. Das Ordnungsstrafverfahren kann sich nicht gegen sie, sondern nur gegen die Vorstandsmitglieder selbst richten.

2. Anmeldepflicht. a) Vgl. oben Note 2 zu § 67 BGB. b) BayObLG. **7** 446, BayRpflZ. **07** 110 (BayObLG.). Die Anmeldepflicht ist eine persönliche Verpflichtung der einzelnen Vorstandsmitglieder; das Ordnungsstrafverfahren richtet sich daher auch gegen diese; nur sie, nicht auch die AG. sind beschwerdeberechtigt.

§ 200. 1. *Wiedemann, Ideale Vereine 636. Diese Eintragung hat rechtsbegründende Wirkung. Vgl. § 21 BGB.

2. *Hautle (s. vor § 179) 71 f. Es ist für den Gläubigerschutz ohne praktische Konsequenz, ob die AG. vor ihrer Eintragung ins Handelsregister als Gesellschaft oder als nicht rechtsfähiger Verein behandelt wird.

§ 201. Literatur: BauersZ. **15** 25: Die Zweigniederlassung untersteht der Hauptniederlassung. Das Verhältnis der Vorstandsmitglieder der Zentrale zu denen der Filiale.

1. Selbständigkeit der Zweigniederlassung im Grundbuchverkehr. a) Vgl. JDR. **2** Note 6, **3** Note 3, **4** Note 1, **5** Note 1 zu § 201. b) KGJ. **32** A 199, BauersZ. **14** 131 (KG.). Hat die Zweigniederlassung einen selbständigen Namen, so kann die Hypothek auf die Firma der AG. oder der Zweigniederlassung eingetragen werden. c) **RG.** JDR. **5** Note 1 a = GoldschmidtsZ. **60** 461.

2. Anmeldung. a) Vgl. Note 1 zu § 195. b) Bei Zweigniederlassungen ausländischer AGen. α. Vgl. JDR. **5** Note 2. β. BayRpflZ. **07** 371 (BayObLG.). Die Anmeldung inländischer Zweigniederlassungen ausländischer AGen zum Handelsregister liegt den Vorstandsmitgliedern ob.

3. Firma der Zweigniederlassung. a) Vgl. JDR. **5** Note 3 und oben Note 4 zu § 182. b) HessRspr. **7** 137 (Darmstadt) = JDR. **5** Note 3 b.

4. Prüfungsrecht des Registergerichts der Zweigniederlassung. a) KGJ. **32** A 117, OLG. **14** 332, RJA. **8** 109, BauersZ. **14** 202, ZAktWes. **07** 207, ZBlFG. **7** 912 (KG.). Dem Registerrichter der Zweigniederlassung steht das gleiche Prüfungsrecht zu wie dem der Hauptniederlassung, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Derartige abweichende Bestimmungen brauchen nicht ausdrücklich gegeben zu sein, sie können sich auch aus dem Aufbaue des Gesetzes und seinen Zusammenhängen ergeben. Die Eintragung der Errichtung der AG., wie die der Abänderung des Gesellschaftsvertrags wirken konstitutiv; für die rechtserzeugende Wirkung kann aber nur eine Eintragung, nämlich die im Register der Hauptniederlassung, die den Eintragungen bei den Zweigniederlassungen vorausgehen muß, maßgebend sein. Aus diesen, in Praxis und Theorie anerkannten Sätzen ist zu folgern, daß auch nur dem Gerichte der Hauptniederlassung die Prüfung des Gesellschaftsvertrags und seiner Abänderungen zusteht. Für die Errichtung folgt dies auch aus Abs. 2 dieses Paragraphen und der Entstehungsgeschichte; für die Änderung muß bei der gleichartigen gesetzlichen Regelung dasselbe gelten. b) Vergl. Note 5 b zu § 182.

§ 207. Ablehnung der Eintragung der Nachgründung, durch welche die Vorschriften über die Sachgründung umgangen werden sollen. KGJ. **33** A 313, RJA. **7** 248, BauersZ. **14** 130, LeipzZ. **07** 233, R. **07** 152 (Dresden). Vorliegend war die Übernahme des B.schen Geschäfts von vornherein der Gegenstand der Gründung der AG., die Übernahme ist aber in die Formen der Nachgründung gekleidet, um die Prüfung nach § 192 HGB. zu vermeiden. Diese Gesetzesumgehung macht die Nachgründung nichtig. Unerheblich ist, daß die Vorschriften des § 207 befolgt sind. § 207 bildet ein äußerstes Schutzmittel gegen Gesetzesumgehungen, und kommt auch dann zur Anwendung, wenn keinerlei Verdacht der Gesetzesumgehung besteht. Die Gesetzesumgehung aber macht die Nachgründung nichtig; dieselbe kann also auch nicht eingetragen werden.

§ 208. RG. LeipzZ. **07** 284. § 208 setzt voraus, daß die Vereinbarung, auf Grund deren die Vermögensgegenstände erworben sind, nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen ist und daß die Gesellschaft durch den Erwerb geschädigt ist.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

Vorbemerkungen.

1. Die Stellung der Aktionäre zum Vermögen der AG. a) Vgl. JDR. **2** Note 2, **4** Note 1b, **5** Note 1 vor § 210; unten Note 1 zu § 292. b) **RG.** GoldschmidtsZ. **60** 492 = JDR. **5** Note 1b. c) **RG. 63** 203. Die AG. hat als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten. Darin liegt, daß ihr als Einheit, im Gegensatze zu den Aktionären, Rechts- und Vermögensfähigkeit zukommt. Es gibt keine Gesellschaft der Aktionäre, eine sog. Aktionärschaft neben ihr. Allerdings ist sie kein selbständiges Vermögenssubjekt, sondern dient materiell den Interessen der Aktionäre. Dies hindert aber nicht, daß sie formell der einzige Träger des Gesellschaftsvermögens ist. Insbesondere stehen auch ihr allein die Ersatzansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder zu; die Unterscheidung zwischen Haftungsvermögen, an welches allein die Gläubiger sich halten können, und allem anderen Vermögen, worauf ein Zugriff der Gläubiger nicht stattfindet, hat im Gesetze keinen Anhalt. Durch den Konkurs der AG. wird das gesamte Vermögen der AG. betroffen, also auch etwaige Ersatzansprüche; der Konkursverwalter kann über sie, wie über andere Vermögensstücke auch durch Vergleich verfügen.

Literatur: Bolze, Haftung der AG. aus Verträgen über ihre Aktien und aus Arglist, LeipzZ. **07** 1—9. — Hachenburg, Verkauf eigener Aktien durch die AG. und eigener Geschäftsanteile durch die GmbH., R. **07** 225. — Hagens, Die rechtliche Gebundenheit des Aktionärs gegenüber der AG., LeipzZ. **07** 241—250.

2. Aktienerwerb insbes. durch Kauf von der AG. a) Vgl. JDR. **2** Note 3, **4** Note 2, **5** Note 2 vor § 210. b) **RG.** GoldschmidtsZ. **60** 490 = JDR. **5** Note 2a. c) *Bolze aaO. Die Zeichnungserklärung des Aktionärs ist gegenüber der Gesellschaft der Anfechtung wegen Betrugs der Gesellschaftsvertreter oder wegen wesentlichen Irrtums auch im Falle der Erhöhung des Aktienkapitals entzogen. Verkauft die Gesellschaft eigene Aktien, so ist die Zusage einer bestimmten Dividende ungültig. Sonst wird die Gesellschaft aus den Verträgen, welche sie über ihre eigenen Aktien mit einem Aktionär oder einem Dritten schließt, verpflichtet. Der Gegenkontrahent macht seine Ansprüche auf Erfüllung, Auflösung, Rückzahlung, Schadensersatz als Gläubiger geltend, und konkurriert im Konkurse der AG. wegen seiner Ansprüche uneingeschränkt mit anderen Konkursgläubigern. Dies gilt namentlich, wenn aus einem Kaufe oder einer Einkaufskommission wegen dolus in contrahendo oder dolus in solvendo auf Schadensersatz geklagt wird. Ebenso, wenn ein verfassungsmäßig berufener Vertreter der AG. durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung begangene dolose, auf den Abschluß dieses Geschäfts ge-

richtete Handlung veranlaßt hat, daß jemand von einem Dritten Aktien als ein gutes Papier kauft oder in Pfand nimmt, während die Vertreter wissen, daß den Aktien durch verfehlte Spekulationen der Gesellschaft der wirkliche Wert entzogen ist und der Kurswert als der vorgespiegelte Wert auf falschen Bilanzen und dergleichen Täuschungen beruht. Den Ausführungen in **RG. 62** Nr. 10 letzter Absatz ist nicht zu folgen. **d)** Hachenburg aaO. vertritt gegen **RG. 62** 29 (s. JDR. **5** Note 2 vor § 210) und Sievers, R. **06** 974 (s. JDR. **5** Note 1a zu § 213) die Ansicht, daß auf den Verkauf eigener Aktien durch die AG. die gewöhnlichen Regeln über Kauf zur Anwendung kommen, die AG. also für das Geschäft ebenso wie jeder andere Verkäufer einzustehen hat. Der Kaufpreis ist nicht Einlage. Einlage ist stets nur der Vermögenswert, der in Erfüllung der der Gesellschaft gegenüber entstandenen Verpflichtung, Mitglied zu werden, geleistet wird. Beim Verkauf eigener Aktien wird das Mitgliedsrecht nicht zur Fortführung gebracht, sondern nur ein bereits bestehendes übertragen. Auch solange die Aktien Eigentum der Gesellschaft sind, gibt es gesellschaftliche Rechte für sie; die eigenen Aktien sind an sich dividendenberechtigt, wenn auch der entstandene Dividendenanspruch durch confusio untergeht; bei der Verteilung des Vermögens der AG. sind sie nicht zu berücksichtigen. Das auf sie entfallende Bezugsrecht kann veräußert und von dem Erwerber ausgeübt werden. Sie haben Stimmrecht, wenn ihnen auch das Anfechtungsrecht nach dem prozessualen Satze, daß niemand zugleich Kläger und Beklagter sein kann, zu versagen ist. Ebenso sind sie mit etwaigen Verpflichtungen aus § 212 belastet, wenn auch die Schuld bei Entstehung durch Konfusion erlischt. Die Vereinigung von Gesellschaft und Mitglied kommt nur insoweit zur Geltung, als hierdurch für konkrete Einzelansprüche Schuldner und Gläubiger zusammenfallen. Dagegen ist die Ausübung der Mitgliedsrechte prinzipiell nicht zu versagen. Aber auch wenn dies nicht zutrifft, können die besonderen Regeln des Gesellschaftsrechts, welche einer Sicherung der Einlagen dienen und deren Rückforderung ausschließen, nicht angewendet werden, weil die Zahlung des Kaufpreises nach dem Obigen keine Einlage ist. **e)** *Hagens aaO. Aus dem Grundsatze, daß die Aktionäre ihre Einlagen nicht zurückfordern können, ist zu folgern, daß alle Schadensersatz- und Gewährleistungsansprüche des Aktionärs gegen die Gesellschaft, die auf einer an sich zu Recht bestehenden Aktienbeteiligung beruhen und die Abschiebung derselben auf die Gesellschaft bezwecken, gleichgültig ob sie auf Vertrag oder auf unerlaubte Handlung gegründet werden, unzulässig sind. **f) RG.** BauersZ. **14** 176, Holdheims MSchr. **07** 124, SeuffBl. **07** 825, ZAktWes. **07** 102, DJZ. **07** 359, R. **07** 261. Kl. focht den Kauf von Aktien an, die sie von dem Mitgründer einer AG. erworben hatte, unter der Begründung, daß dieser ihr verschwiegen habe, daß die von ihm nicht übernommenen Aktien von seinen Strohmännern übernommen worden seien. RG. weist ab. Ein Scheingeschäft würde nur vorliegen, wenn sämtliche Mitgründer darüber einverstanden gewesen wären, daß die Übernahme durch die Strohmänner ohne rechtliche Verpflichtung nur zum Scheine erklärt wurde. U. U. kann darin, daß der Hauptgründer hinter den Strohmännern steht, unter Hinzutritt anderer Tatsachen etwas Täuschendes gefunden werden; ebenso könnte wichtig sein, wenn die Klägerin sich etwa auf die besondere Sachkunde und Vorsicht der Strohmänner verlassen hätte. Beides trifft nicht zu. **g)** Vgl. Note 3 zu § 241.

3. Aktienkauf unter Sperrklausel. DWirtschZ. **3** 863 teilt eine Entscheidung des OLG. Hamburg mit, welche den Fall behandelt, daß A. im März 1903 an B. Aktien verkauft hatte, gesperrt bis 3 Monate nach Einführung an der Berliner Börse und im April 1904 mit seinem Einführungsantrag abgewiesen war, woraufhin B. sie ungesperrt weiterverkaufte. Das OLG. erklärt B.s Verhalten für ungerechtfertigt; zwar dürfe die Sperrklausel nicht als zeitlich unbeschränkt verstanden werden; dies sei in concreto aber auch nicht der Fall gewesen, da ein zweiter Einführungsversuch von mehr Erfolg hätte sein können.

§ 210. Silbernagel (s. vor § 179) aaO. 44. Die AG. kann Mitglied einer Genossenschaft, GmbH., eines Vereins, Kommanditärin einer KG., stiller Gesellschafter, Mitglied einer einfachen Gesellschaft, Aktionär einer anderen AG. sein. Dagegen nicht Gesellschafter einer oHG., nicht nur sehr bedeutende wirtschaftliche Bedenken, sondern auch die ganze rechtliche Organisation der AG., die freie Widerruflichkeit des Mandats der Verwaltungsorgane, die verschiedenen Schutzbestimmungen zur Wahrung der Interessen der Aktionäre stehen der Verbindung einer AG. und der Kollektivgesellschaft entgegen.

§§ 211, 219, 221. BayObLG. **7** 480, ZBlFG. **8** 147. Nimmt eine AG. nicht volleingezahlte eigene Aktien als Geschenk an, so wird sie dadurch des Anspruchs auf die von dem Schenker als Aktionär zu leistenden künftigen Einzahlungen verlustig.

§ 212. Rübenlieferungspflicht. a) Vgl. JDR. **2** Note 4, **3** Note 4, **4** Note 2 zu § 212. b) **RG.** LeipzZ. **07** 285. Bei den alten AGen ist die Rübenlieferungspflicht als selbständiger Nebenvertrag zwischen der AG. und einem einzelnen Aktionär überall dann zu beurteilen, wenn das Nebenleistungsverhältnis den Erfordernissen eines bestimmten selbständigen Rechtsgeschäfts genügt.

§ 213. Literatur: Reisch, Werden die handelsgesetzlichen Bestimmungen dem Reinvermögensbegriffe, besonders jenem bei AGen gerecht? BankA. **6** 201 ff. — Ferner Bolze, Hachenburg, Hagens Note 2 vor § 210.

Einlage. a) Reisch aaO. Als „Einlage" kann im Gegensatze zu Sievers (JDR. **5** Note 1) nur angesehen werden, was der Aktionar zum Zwecke des originären Erwerbes der Mitgliedschaft einer AG. an die AG entrichtet, und was die AG. auf einem der Reinvermögenskonten (Grundkapital, Reservefonds) zu buchen und festzuhalten hat. Einen originären Erwerb kann aber nur die erstmalige Ausfolgung der Aktie durch die AG., nicht aber der Wiederverkauf einer zurückerworbenen begründen. b) Vgl. Note 2 c, d, e vor § 210.

§ 218. Literatur: BauersZ. **14** 169. Die Einforderung der restlichen Einzahlungen auf die Aktien durch den Vorstand.

BauersZ. aaO. Die Einforderung erfolgt durch den Vorstand; dieser ist an Bestimmungen des Statuts, welche Fristen oder ein Höchstmaß der einzelnen Rateneinforderungen vorsehen, gebunden. Der Verzug in Erfüllung der Verbindlichkeit zu Sacheinlagen ist nach §§ 284 ff. BGB. zu beurteilen und zeitigt nicht ein Kaduzierungsverfahren.

§ 219. Literatur. Reisch, BankA. **7** 54, 85 ff., Der Erwerb eigener Aktien und Obligationen durch den Emittenten.

Reisch aaO. Eine Aktie, welche der Einberufung nicht Folge leistet, kann nicht schlechthin für „nichtig" erklärt werden. Einer solchen Aktie können wohl pro futuro die Herrschaftsrechte und das Dividendenbezugsrecht entzogen werden, aber jener Kapitalsbetrag, welcher bei der Einberufung für die Aktie ausgeworfen wurde, muß zu ihren Gunsten reserviert werden.

§ 221. Unübertragbarkeit des Anspruchs der AG. LeipzZ. **07** 147 (Düsseldorf). Das Gesetz will, daß die gezeichneten Beträge, die einen Teil der vermögensrechtlichen Grundlage der Gesellschaft bilden, tatsächlich in die Kasse derselben fließen. Die Forderung der AG. auf eine rückständige Einlage ist (von den Ausnahmefällen der §§ 303 ff. HGB. abgesehen) überhaupt nicht übertragbar. Eine ausdrückliche Vorschrift dieses Inhalts ist im HGB. allerdings nicht enthalten. Für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes findet sich eine analoge Bestimmung im § 717 BGB. Dieselbe Erwägung, die zu dieser Bestimmung geführt hat, spricht für die Nichtübertragbarkeit der Ansprüche der AG. auf rückständige Beiträge. Der Aktionär hat ein erhebliches Interesse daran, daß die übrigen Aktionäre ihre Beiträge gerade an die Gesellschaft zahlen. Denn in dieser Zahlung besteht die wesentliche Grundlage derselben (§ 178 HGB.). Die Abtretung an einen Dritten würde den

Willensintensionen, die den Abreden zur Aufbringung des Gesellschaftskapitals zugrunde liegen, zuwiderlaufen. An dieser Rechtslage wird nun dadurch nichts geändert, daß die AG. in das Stadium der Liquidation tritt.

§ 222. Literatur: BauersZ. **14** 101: Verpfändung, Pfändung und Versteigerung von Namenaktien und Interimsscheinen. Bei der Zwangsversteigerung entfällt die Genehmigung der Gesellschaft, bzw. des Aufsichtsrats und der Generalversammlung. — BauersZ. 14 271: Sind bei Verpfändung von Kleinaktien für ein Darlehen die Urkunden übergeben, ohne daß die im Abs. 4 vorgesehene Form gewahrt ist, so kann der Darlehnsgeber gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe der Aktien ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB. geltend machen.

§ 226. Literatur: Cosack, Eigene Aktien als Bestandteile des Vermögens einer AG. Gießen 1907. Sonderabdruck aus der Festschrift der juristischen Fakultät Gießen zur 3. Jahrhundertfeier der alma mater Ludoviciana überreicht. 27 S. — Bolze, Hachenburg, Hagens Note 2 vor § 210. — Reisch. bei § 213.

1. Begriffliches. **a)** Cosack aaO. Die Regel, daß eine AG. unter gewissen Voraussetzungen rechtsgültig ihre eigenen Aktien erwerben kann, bedeutet zunächst, daß sie im Falle eines solchen Erwerbes Eigentümerin ihrer eigenen Aktienbriefe, also gewisser von ihr selbst ausgestellter Wertpapiere wird. Im übrigen läßt die Regel eine doppelte Auslegung zu. Sie kann nämlich bedeuten: entweder, daß die Gesellschaft, sobald sie eigne Aktienbriefe gültig erwirbt, in die darin verbrieften Mitgliederstellen bei sich selber einrückt, also ihr eigener Aktionär wird, oder aber, daß die betreffenden Mitgliederstellen so lange, als die Briefe der Gesellschaft selbst gehören, unbesetzt bleiben und zur Verfügung der Gesellschaft stehen. Die letztere Bedeutung ist die richtigere. (aM. Rehm, Bilanz der Aktiengesellschaften [1903] 469, Makower, Kommentar z. HGB. [13] 1906 Anm. I 9 zu § 226, Runkel-Langsdorff 10; vermittelnd Staub-Pinner, Kommentar z. HGB. [8] 1906 Anm. 10 zu § 226). — Folgerungen: Das Grundkapital wird durch den Erwerb eigener Aktien nicht verringert; die eigenen Aktien sind ebenso wie andere Papiere in die Bilanz einzustellen, können auch zur Dotierung des Reservefonds verwendet werden. Dagegen hat die AG. für die eigenen Aktien kein Recht auf Gewinne. (wegen der Dividenberechnung s. 10 ff.), kein Bezugsrecht auf junge Aktien, noch einen Anspruch auf eine Liquidationsquote oder Stimmrecht in der Generalversammlung. Die Veräußerung der eigenen Aktien ist Neuemission, auf welche § 215 anwendbar ist. Der Entgelt ist Aktionäreinlage; nicht anwendbar sind die nur für die Erstemission aufgestellten Vorschriften (18). Sind Einlagen auf eigene Aktien rückständig, so ruht die Einlageschuld. **b)** Hachenburg s. Note 2d vor § 210. **c)** Reisch aaO. gibt eine kritische Besprechung des JDR. **5** Note 1 zu § 226 angeführten Werkes von Runkel-Langsdorff, die Folgen des Erwerbes eigener Aktien durch die AG. und vertritt dessen Ausführungen gegenüber die Theorie vom Ruhen der Rechte gegen sich selbst. — Buchmäßig muß der Erwerb eigener Aktien durch die AG. wie ein gewöhnliches Kaufgeschäft, d. h. wie eine bloße Verschiebung zwischen Vermögensbestandteilen behandelt werden. Das führt zur Einsetzung der eigenen Aktien als Bilanz-Aktivum. Die Bilanzierung rechtfertigt sich alternativ entweder als Ausgleichsposten zu dem formell unverändert gebliebenen, materiell aber als gemindert betrachteten Passivposten "Grundkapital„ oder aber als Veräußerungsgegenstand. Ob die AG. dieser oder jener Auffassung zuneigt, hängt von ihren weiteren Absichten bezüglich der eigenen Aktien ab; allein ihre auf die erstere Auffassung gerichtete Absicht wird insolange nicht zum bilanzmäßigen Ausdrucke kommen können, als sie sich nicht zur Herabsetzung des Grundkapitals unter Einhaltung der Gläubigerschutzvorschriften entschließt. — Während der Dauer des Eigenbesitzes wird die AG. alle jene Vorteile aus ihren eigenen Aktien ziehen können, welche dem Emittenten überhaupt aus dem Besitze eigener Inhaberpapiere zukommen, — Dividendenbezugsrecht und Recht zur Wiederveräußerung. Dies ist jedoch nicht mit

Runkel als die Ausübung von Rechten gegen sich selbst aufzufassen. — Das Stimmrecht kann aus eigenen Aktien nicht ausgeübt werden. Das Stimmrecht kann nur einem Aktionär zustehen; die Aktiengesellschaft kann aber niemals als ihr eigener Aktionär angesehen werden. — Auch sonstige Rechte aus eigenen Aktien, wie das Bezugsrecht auf junge Aktien, können nicht ausgeübt werden. — Im Liquidationsfalle hören eigene Aktien auf, als Veräußerungsgegenstände in Betracht zu kommen, sie sind lediglich als bereits eingelöste Verpflichtungsscheine zu betrachten. Es steht nichts im Wege, die vorhandenen eigenen Aktien ohne weiteres zu vernichten, weil ja nunmehr auch unter den Passiven die Grundkapitalsziffer nicht unverändert aufrecht zu bleiben hat (§ 299 HGB.).

2. Aus der Praxis. BauersZ. **14** 271 (BayObLG.). Außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebs kann die AG. auch nicht volleingezahlte eigene Aktien erwerben, so durch Schenkung. Tut sie es, so kann sie von ihrem Vormanne nicht die Leistung einer Einzahlung verlangen, die sie selbst zu leisten hat, gleichviel, ob sie noch Eigentümerin der eigenen Aktien ist oder sie veräußert hat und von ihren Nachmännern die Einzahlung nicht zu erlangen vermag.

3. Behandlung eigener Aktien in der Bilanz (s. BauersZ. **14** 172 bei § 314).

4. OLG. **14** 355, BauersZ. **14** 223, 271 (BayObLG.) = JDR. **5** Note 2.

5. Vgl. Note bei § 288.

§ 227. 1. Wirkung der Einziehung. **a)** Vgl. JDR. **4** Note zu § 227. — **b)** *Hautle (s. vor § 179) 107 Anm. 2, 108 f. Es ist die Ansicht Lehmanns (II. 140), daß das Grundkapital in allen Fällen der Einziehung unberührt bleibe, ebenso extrem einseitig wie diejenige Staubs (§ 227 Anm. 6 u. 7), daß eine Reduktion des Grundkapitals stets stattfinde. Die Frage ist vielmehr dahin zu entscheiden, daß das eine oder andere eintreten kann, je nachdem es ausdrücklich gewollt ist und daß im Zweifel zugunsten der Erhaltung des Grundkapitals präsumiert werden muß. Für das deutsche Recht mit Summenaktien muß aber eine Zuschreibung zu den verbleibenden Aktien in dem Maße erfolgen, daß dadurch die Summenkongruenz zwischen der Totalsumme der Aktien und der Summe des Grundkapitals wiederhergestellt wird. **c)** OLG. **14** 356, RJA. **9** 26, Braunschw.Z. **07** 112, BauersZ. **14** 223, ZBlFG. **8** 423, R. **07** 643 (Braunschweig). Die Einziehung einer Aktie hat ihren Untergang zur Folge, führt also zu einer Verminderung des Grundkapitals. Zum Ausgleiche muß, falls nicht die Vorschriften der §§ 288 ff. HGB. eingehalten werden, entweder das unveränderte Grundkapital oder neben dem verminderten Grundkapital ein dem Nennbetrage der amortisierten Aktien entsprechender Betrag in die Passiven der Bilanz eingestellt werden.

2. Voraussetzung der Einziehung. **a)** Vgl. JDR. **5** Note 2 zu § 227. **b)** Braunschweig s. Note 1c (jedoch nicht im R.). Obgleich das Gesetz als Beispiel der freiwilligen Amortisation nur den Ankauf erwähnt, läßt es sie doch auch auf Grund einer Schenkung, letztwilligen Verfügung, eines Vergleichs zu. Für derartige Fälle, die außerhalb des gewöhnlichen Verkehrs liegen, können Bestimmungen über ihren Inhalt der Natur der Sache nach im voraus nicht getroffen werden. Daher ist anzunehmen, daß Aktien, welche die Gesellschaft auf solche Weise erwirbt, auch dann amortisiert werden können, wenn das Statut der Amortisation überhaupt nicht gedenkt.

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231. Literatur: BauersZ. **14** 99. Der Direktor einer AG. und der Geschäftsführer einer GmbH. darf ein Zeugnis, welches sein außerdienstliches Verhalten kritisiert, zurückweisen. — Ebenda: Weichen die Bestimmungen des Anstellungsvertrags und des Gesellschaftsvertrags in bezug auf die Berechnung der Vorstandstantième voneinander ab.

dann gebührt dem Inhalte des Gesellschaftsvertrags der Vorzug. — Das. **14** 145. Der Vorstand hat das Recht, auf Kosten der AG. wichtige Veröffentlichungen, namentlich solche zur Abwehr von Angriffen, auf die Verwaltung zu machen. Werden die Vorstandsmitglieder als solche beleidigt, so dürfen sie die gesellschaftlichen Mittel zur Führung des Beleidigungsprozesses in Anspruch nehmen. — Das. **14** 149. Haftung des Vorstandes wegen leichtsinnigen Kreditgebens. — Das. **14** 122. Die Rechtslage desjenigen Direktors, der, um seinen Posten zu erhalten, eine bestimmte Zahl Aktien der Gesellschaft erwerben mußte. — Das. **14** 218. Wenn dem Vorstand einer AG. ein erheblicher Teil des Einkommens gepfändet wird, so bildet dies einen Grund zur sofortigen Entlassung. — Das. **14** 220. Die Übernahme von Ehrenämtern seitens der Vorstandsmitglieder; wann kann solches vom Aufsichtsrate beanstandet werden? — Das. **14** 241. Die Rechtsstellung des einzelzeichnenden Vorstandsmitglieds zu seinen kollektivzeichnenden Kollegen. Das Verhältnis des Generaldirektors und Direktors, die beide gemeinsam oder einzeln zeichnen und vertreten, zueinander. — Das. **14** 265. Ein Vorstandsmitglied, welches für die vorzeitige Lösung seines Dienstvertrags sich eine Abfindungssumme zahlen läßt, und dabei verschweigt, daß es ausscheidet, um seine Arbeitskraft einem anderen Betriebe, dem er sich bereits kontraktlich verpflichtet hat, zu widmen, handelt arglistig und muß das Empfangene zurückgeben. — Das. **14** 266. Ein bereits aus dem Vorstand ausgeschiedenes Vorstandsmitglied kann hinterher vom Aufsichtsrate nicht noch entlassen werden. — Das. **15** 1. Die Berechnung der den Vorstandsmitgliedern von AG. und Geschäftsführern von GmbH. vertraglich zugesicherten Provision vom Umsatze. — Das. **15** 26. Zeichnung der Firma der AG. durch ein Vorstandsmitglied und einen Handlungsbevollmächtigten. Ein Kollektivvorsteher als Handlungsbevollmächtigter. — Das. **15** 50. Vom Anfechtungsrechte des Vorstandes gegenüber gesetz- oder statutenwidrigen Beschlüssen.

1. Brandstiftung durch den Vorstand. **RG. 66** 181, ZAktWes. **07** 185, BauersZ. **14** 266, JW. **07** 488 Ziff. 30. Durch den Vorstand erwirbt die AG. den Versicherungsanspruch, durch ihn erfüllt sie ihre Vertragspflichten und folgerecht wirkt deshalb auch Nichterfüllung oder Zuwiderhandeln gegen die Vertragspflichten seitens des Vertretungsorgans unmittelbar gegen die Gesellschaft selbst. Hat also der Vorstand den Brand vorsätzlich verursacht, oder anderen Vertragspflichten zuwidergehandelt, bei deren Verletzung der Anspruch auf Entschädigung entfällt, so muß die AG. sich dies entgegenhalten lassen.

2. BauersZ. **14** 99 folgert den Satz der Überschrift daraus, daß sonst das Statut entgegen § 275 durch die Anstellungsverträge ohne Beobachtung der für die Statutänderung vorgeschriebenen Formen abgeändert werden könnte.

3. BauersZ. **14** 145 folgert die Sätze der Überschrift aus der Vertrauensstellung des Vorstandes und stützt sich auf eine Entscheidung des RG. in BolzePr. **11** 245.

4. ZAktWes. **07** 144 teilt eine Entscheidung des Großherzogl. Sächs. Staatsministeriums mit, das den Direktoren der Zweigniederlassung einer AG., soweit sie Handlungsbevollmächtigte sind, das passive Wahlrecht zur Handelskammer nach § 7 AusfVO. zum HandelskammerG. vom 8. November 1900/25. Juli 1906 abspricht.

5. Vgl. Note 2 zu §§ 30, 31 BGB.

§ 235. SchlHolstAnz. **07** 310 (Kiel). Statutarische Beschränkungen des Vorstandes sind Dritten gegenüber unwirksam, selbst wenn sie ihnen bekannt sind; es sei denn, daß Vorstand und Dritte absichtlich zum Nachteile der vertretenen Gesellschaft handeln wollen.

§ 237. Literatur: BauersZ. **14** 75, Wann gilt die Vergütung den Aufsichtsratsmitgliedern als gewährt? Ist Gutschrift mit Gewähren identisch? — Das. 108. Der Tantièmenanspruch von Vorstand und Aufsichtsrat im Konkurse der AG. — Das. 110. Die Tantièmen der Geschäftsführer und des Aufsichtsrats dürfen als Werbungskosten bei GmbH. vom steuerpflichtigen Einkommen gekürzt werden (PrEinkStG. i. F. v. 19. Juli 1906 §§ 13, 161). — Das. 115. Die Einkommenbesteuerung der GmbH. und deren Gesellschafter in Preußen während der Übergangszeit. — Das. 173. Befreiung von der Verpflichtung zur Entrichtung der sog. Tantièmesteuer. Ermäßigung des Steuerbetrags. — Das. 219. Berechnung des steuerpflichtigen Einkommens aus Tantièmen, insbes. bei Veränderung der Quelle. — ZAktWes. **07** 49. Die zeitliche Wirksamkeit der Tantièmesteuer.

1. Vgl. JDR. 5. Literaturangaben zu § 245.

2. a) ZAktWes. aaO. Das Tantièmesteuergesetz hat keine rückwirkende Kraft. Daher unterstehen ihm nicht die nach dem 1. Juli 1906 gezahlten Tantièmen für das mit dem genannten Tage ablaufende Geschäftsjahr. Ebenso ist bei den Gesellschaften, deren Geschäftsjahr mit dem 31. Dezember 1906 ablief, nur derjenige Teil der Tantième zu versteuern, der in der zweiten Hälfte des Geschäftsjahrs verdient ist. — b) BauersZ. **14** 75 bejaht die zweite Frage des Titels; daraus ergibt sich, daß vor dem Inkrafttreten des Gesetzes gutgeschriebene Beträge steuerfrei bleiben. c) BauersZ. **15** 3 (KG.) und **RG.** Holdheims MSchr. **16** 347. Der durch Tarifst. 9 des RStempG. v. 3. Juni 1906 neu eingeführten Tantièmesteuer sind diejenigen Tantièmen, die für ein vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes beendigtes Geschäftsjahr gewährt sind, selbst dann nicht unterworfen, wenn sie durch einen nach diesem Zeitpunkte gefaßten Generalversammlungsbeschluß festgestellt worden sind.

3. BauersZ. aaO. Die Tantième des Vorstandes ist im Konkurse der AG. nach § 61 Ziff. 1 KO. bevorrechtigt, nicht aber die des Aufsichtsrats, da dieser sich der AG. nicht „verdungen" hat, wenn er auch in einer Art Dienstverhältnis zu ihm steht.

§ 238. Literatur: Marcus, Hat der Registerrichter bei der Anmeldung der Prokurenbestellung einer AG. ein Prüfungsrecht, ob bei jener die satzungsmäßige Zustimmung des Aufsichtsrats eingeholt war? Einfluß der erfolgten Prokureneintragung beim Gerichte der Hauptniederlassung auf die Entscheidung der Zweigniederlassung, HoldheimsMSchr. **07** 303.

Marcus aaO. verneint mit Staub-Pinner (8) Anm. 8 die Frage gegen KGJ. **22** A 211 (KG.). Der Registerrichter hat die Satzungsmäßigkeit nur insoweit zu prüfen, als das Gesetz dem Statut abändernde Macht einräumt. Abs. 2 ist jedoch unabänderbar. Der Registerrichter der Zweigniederlassung hat kein selbständiges Prüfungsrecht (RJA. **8** 109).

§ 241. Literatur: Hautle, Der Gläubigerschutz im Aktienrechte. Berlin 1907. — Vigier, Verantwortlichkeit der Organe einer AG. gegenüber den Gläubigern. Aarau 1907.

1. (S. auch Vorbemerkung vor § 179.) Vigier 93 schließt sich der von Wieland in GoldschmidtsZ. **55** 4 vertretenen Ansicht an, daß die Gesellschaftsgläubiger ihre Ansprüche aus Abs. 4 auch im Konkurse selbst verfolgen können, aber mit der Beschränkung, daß sie den Vorstand nur noch auf Leistung an die Gesamtheit der Gläubiger, d. h. die Konkursmasse belangen können.

2. *Hautle aaO. 209, 216, 220, 224 ff. Ein Gesamtgläubigerverhältnis kann nur zwischen den Gläubigern und der Gesellschaft, nicht aber unter den Gläubigern selbst angenommen werden, denn eine Gesamtgläubigerschaft unter den Gläubigern selbst anzunehmen, führt zu unhaltbaren Folgerungen und zu keinen praktischen Ergebnissen wegen der eintretenden Kollisionen mit den Paulianischen und konkursrechtlichen Grundsätzen. § 430 BGB. kann daher für die Gläubiger unter sich gar keine Anwendung finden. — Um irrtümlicher Auslegung von Ziff. 4 Abs. 3 § 241 zu begegnen, ist hervorzuheben, daß die sechs bekannten Sonderfälle des Abs. 3 des gedachten Paragraphen vom Gesetze für zwei Zwecke benutzt werden: einmal als Beispiele für die nur der Gesellschaft gegenüber eintretende allgemeine Verantwortlichkeit nach den Abs. 1 und 2 (§ 241) und sodann als ausschließliche Haftungsfälle gegenüber den Gläubigern (221). — Der Gläubigeranspruch ist nur in seiner Geltendmachung durch die Gläubiger selbständig, in seiner Existenz aber abhängig vom effektiven Gesellschaftsschaden.

3. Haftung gegenüber Dritten. OLG. **14** 352 (Dresden). Die Haftung aus §§ 241, 249 besteht nur gegenüber der Gesellschaft und erzeugt keine Regreßansprüche für die einzelnen Aktionäre. Wer im Vertrauen auf die Richtigkeit der veröffentlichten, aber unrichtigen Geschäftsberichte Aktien gekauft, behalten,

veräußert hat, ist mit seinen Ansprüchen auf die allgemeinen Grundsätze über Haftung wegen außerkontraktlichen Schadens beschränkt; der Vergleich des Konkursverwalters der AG. über Regreßansprüche gegen Vorstand oder Aufsichtsrat wirkt auch für die Aktionäre.

§ 243. Literatur: Cahn, Der Aufsichtsrat der AG. Berlin 1907. — Marcus, Besteht ein Kontrollrecht des Registerrichters gegenüber dem § 243 Abs. 2? ZBlFG. **7** 687 f. — BauersZ. **14** 149. Ein zweckloser Vorschlag zur Reform des Aufsichtsrats. — ZAktWes. **17** 37. Reform des Aufsichtsrats der AG. (gibt ein kritisches Referat über die Verhandlungen des Juristentags 1906).

1. Marcus aaO. Der zwingende Charakter des § 243 HGB. zeigt sich lediglich in der Gebundenheit der Statuten, die damit nicht im Widerspruch treten dürfen, in der Ungültigkeit etwaiger dem Gesetze zuwider erfolgter Wahlen, nicht aber in einem Kontrollrechte des Registergerichts.

2. Unzulässigkeit der Delegation von Vertretern des Staates in den Aufsichtsrat der AG. KGJ. **33** A 136, BauersZ. **14** 75 = JDR. **5** Note 2 zu § 243.

3. Voraussetzungen für gültige Beschlußfassung durch den Aufsichtsrat. **a)** BauersZ. **14** 123, HansGZ. **07** Hptbl. 9, Plutus **07** 332, ZAktWes. **17** 10 (Hamburg). Der Aufsichtsrat kann nur dann rechtswirksame Beschlüsse fassen, wenn alle seine Mitglieder zu der betreffenden Beschlußfassung ordnungsmäßig geladen waren. Dagegen kommt ein gültiger Beschluß nicht zustande, wenn die statutenmäßig zur Mehrheit erforderliche Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern sich ohne Befragung der anderen in einer bestimmten Richtung einigt. Immerhin ist es möglich, daß ein Mitglied seine Rechte, soweit es sich um untergeordnete Fragen handelt, stillschweigend oder ausdrücklich auf die anderen delegiert. — Nachträgliche Zustimmung der nicht geladenen Mitglieder zu dem in ihrer Abwesenheit gefaßten Beschlusse wirkt ex nunc, nicht ex tunc. **b) RG.** in Bestätigung von **a**: **RG. 66** 369, JW. **07** 716 Ziff. 29, LeipzZ. **07** 822, DJZ. **07** 1377. Aus dem Wesen des Aufsichtsrats, als eines Kollegiums folgt, daß ein wirksamer Beschluß desselben nur dann vorliegt, wenn allen Mitgliedern wenigstens die Möglichkeit der Mitwirkung gegeben ist, also bei in Sitzungen gefaßten Beschlüssen, wenn ihnen die Sitzung mitgeteilt war; es handelt sich um die Bildung eines Kollegialwillens, nicht nur um die bloße Summierung von Einzelwillen. Unerheblich ist es, ob nur eine geringe Mitgliederzahl übergangen ist, deren abweichende Ansicht der Beschluß nicht hätte zu Fall bringen können. Daraus, daß es möglich gewesen wäre, einen ordnungsmäßigen Kollegialbeschluß gleichen Inhalts zu erreichen, folgt nicht, daß der mangelhafte als ein ordnungsmäßiger zu behandeln ist. Ob das aufgestellte Formerfordernis durch Statutenbestimmungen ausgeschaltet werden kann, ist hier nicht zu untersuchen. — Auf die Unwirksamkeit des Beschlusses können sich auch Dritte (i. c. ein gekündigter Direktor) berufen. Die nachträgliche Zustimmung der nicht Geladenen wirkt nicht ex tunc, sondern höchstens ex nunc.

4. ThürBl. **54** 187 (Jena). Ein Aufsichtsratsmitglied kann den Schutz des § 193 StGB. in Anspruch nehmen für objektiv beleidigende Äußerungen über den Aufsichtsratsvorsitzenden, die er dem Vorstande der AG. zur Aufklärung über die Person des Vorsitzenden gegenüber macht.

5. Der Aufsichtsrat als Schiedsrichter in Streitigkeiten zwischen AG. und Aktionären. BauersZ. **14** 281, BadRpr. **07** 98 (Karlsruhe). Der Aufsichtsrat kann nicht Schiedsrichter bei Streitigkeiten der AG. und ihren Aktionären sein; eine diesbezügliche Bestimmung des Statuts verstößt wider die guten Sitten. Die AG. ist zwar juristische Person, handelt aber durch ihre Organe; der Aufsichtsrat wäre also Schiedsrichter in eigener Sache, um so mehr, als er statutenmäßig aus Aktionären bestehen muß (ergangen für eine GmbH.).

§ 246. Literatur: BauersZ. **14** 269. Der Aufsichtsrat muß in gewissem Umfang auch die Geschäftsbücher prüfen: in vollem Umfange hat er die Bestände an Wertpapieren zu untersuchen. — Das. **15** 4. Allgemeine Grundsätze, welche sich auf die Kontrollpflichten des Aufsichtsrats beziehen.

§ 249. Literatur: BauersZ. **14** 146. Keine Haftung des gutgläubigen Aufsichtsrats, wenn jemand, durch die gefälschten Bilanzen des Vorstandes veranlaßt, Aktien der betr. Gesellschaft kauft und dabei Schaden erlitten hat. — Das. **14** 196. — Das. **14** 267. Einfluß des Entferntwohnens der Aufsichtsratsmitglieder auf deren Verantwortlichkeit. Die Mitglieder des Aufsichtsrats, welche einem von ihnen die ständige Kontrolle des Betriebs übertrugen, werden dadurch nicht haftfrei.

1. BauersZ. **14** 267. Der Umstand, daß ein Aufsichtsratsmitglied so weit entfernt vom Sitze des Unternehmens wohnt, daß ihm eine genaue Kontrolle der Geschäftsführung unmöglich ist, und daß er sich aus diesem Grunde auf die anderen Aufsichtsratsmitglieder verlassen muß, entschuldigt ihn nicht, weil er unter diesen Umständen das Amt nicht hätte übernehmen dürfen.

2. Konkurrenz zwischen AG. und Aufsichtsratsmitglied. BauersZ. **14** 196 führt aus, daß ein Aufsichtsratsmitglied sich dadurch, daß es zu seiner AG. in Konkurrenz tritt, sich weder straf- noch zivilrechtlich verantwortlich macht.

3. Statuiert § 249 eine allgemeine Haftpflicht Dritten gegenüber? a) Vgl. JDR. **5** Note 2 zu § 249. b) **RG. 63** 324, GoldschmidtsZ. **60** 489 = JDR. **5** Note 2c. c) **RG.** BauersZ. **15** 27, R. **07** 1092 (altes Recht). So ist — wie sich aus der Entstehungsgeschichte, dem Inhalt und dem Zwecke der Artt. 225, 226 HGB. a. F. ergibt — die dem Aufsichtsrat auferlegte Verpflichtung der Überwachung des Vorstandes, wenn es sich dabei auch nicht um ein Schutzgesetz für dritte Personen im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. handelt, doch als eine im öffentlichen Interesse im weitesten Sinne und deshalb nicht nur der Gesellschaft und den Gläubigern, sondern auch dem Publikum gegenüber geschaffene Verpflichtung anzusehen. Daher kann eine schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtung eine zivilrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats aus Code civil Art. 1383 auch solchen Personen gegenüber begründen, die hierdurch im Vertrauen auf die gehörige Erfüllung der den Aufsichtsratsmitgliedern im öffentlichen Interesse durch das Gesetz auferlegten Verpflichtungen einen Schaden, z. B. infolge eines ihnen nachteiligen Ankaufs von Aktien der Gesellschaft, erleiden.

§ 250. BauersZ. **14** 100. Wenn sich der Vorsitzende der Generalversammlung selbst an der Debatte beteiligt, so bildet dies weder einen Anfechtungsgrund, noch berechtigt es den Registerrichter, die Eintragung einer beschlossenen Statutenänderung zu verweigern.

§ 252. Abs. 3. 1. **RG.** GoldschmidtsZ. **60** 493 = JDR. **5** Note 2d.

2. **RG. 65** 241, BankA. **6** 207, HansGZ. **07** Hptbl. 145, JW. **07** 268 Ziff. 38, ZAktWes. **17** 96. Eine AG. (Bank) ist nicht deshalb behindert, sich mit ihren Aktien an der Abstimmung über die Entlastung des Aufsichtsrats einer anderen zu beteiligen, weil ein Mitglied ihres Vorstandes Mitglied des Aufsichtsrats ist.

3. Einfluß des Reportgeschäfts. **RG.** LeipzZ. **07** 139. Das Reportgeschäft ist ein wahrer Kauf, verbunden mit der Abrede des Wiederverkaufs auf einen späteren Zeitpunkt. Wer seine Aktien durch Reportgeschäft veräußert, hört auf, Aktionär zu sein, und hat in der Generalversammlung kein Stimmrecht. Wäre aber das Reportgeschäft nur zum Scheine oder zur Umgehung der Vorschrift des des § 252 Abs. 3 geschlossen, so würde letzterer doch Platz greifen.

4. Wirkung der Verletzung des Abs. 3. S. Note 4 zu § 271.

§ 254. 1. Prüfung des Antrags von Aktionären auf Ermächtigung zur Berufung einer Generalversammlung. KGJ. **32** A 141, BauersZ. **14** 104 (KG.). Das Gericht hat vor Erteilung der Ermächtigung nicht bloß in eine formelle, sondern auch in eine sachliche Prüfung einzu-

treten (KGJ. **28** A 216, vgl. JDR. **3** zu § 254). Dabei ist zu prüfen, ob der Gegenstand der Berufung zur Zuständigkeit der Generalversammlung gehört; dagegen nicht, ob begründete Aussicht auf Erreichung des mit der Berufung erstrebten Zweckes besteht. Die Ermächtigung kann in besonderen Fällen verweigert werden, wenn der betreffende Gegenstand ebenso gut vor eine spätere ordentliche Generalversammlung gebracht werden kann; die Verweigerung ist jedoch unzulässig, wenn dadurch die Interessen der Aktionäre irgendwie gefährdet werden. In der Regel wird man in einem Antrag aus § 254 Abs. 1, 3 einen entsprechenden Eventualantrag aus Abs. 2, 3 sehen, und dementsprechend u. U. dem Antrag auf Ermächtigung zur Einberufung einer Generalversammlung dergestalt stattgeben können, daß der Antragsteller ermächtigt wird, den Gegenstand zur Beschlußfassung für die nächste ordentliche Generalversammlung anzukündigen. Die bekannt zu machende Angabe des Zweckes der Versammlung darf keine kränkenden oder solche Mitteilungen enthalten, durch welche die Interessen der Gesellschaft gefährdet werden. Das Gericht hat gemäß § 12 FGG. auf eine angemessene Formulierung hinzuwirken und muß event. die Ermächtigung verweigern.

2. Nachweis des Besitzes von $^1/_{20}$ des Grundkapitals. a) RJA. **9** 44, ZBlFG. **8** 437 (KG.). Die Antragsteller können den Nachweis, daß ihre Anteile zusammen den 20. Teil des Grundkapitals erreichen, nicht nur durch Vorlegung der Aktien, sondern auch in anderer Weise führen. Dies gilt insbesondere dann, wenn Aktienurkunden nicht ausgegeben sind; der Bestand des Aktionärrechts ist nicht an das Vorhandensein von Aktienurkunden geknüpft. **b)** SchlHolstAnz. **07** 270 (LG. Kiel). Die Einberufung kann nur verlangen, wer Aktionär ist. Das Aktienrecht ist unabhängig von der urkundlichen Verkörperung in einer Aktienurkunde, einerlei ob die Einzahlungen voll bewirkt sind oder noch nicht. Die Aktionäreigenschaft kann daher nicht durch Vorlegung der Aktie, sondern auch auf andere Weise nachgewiesen werden. Erfordert das Statut „Niederlegung der Aktien bei der Gesellschaft", so kann die Vorschrift nur dann Anwendung finden, wenn Aktienurkunden ausgegeben sind.

§ 255. Gebühren bei Hinterlegung der Aktien bei einem preußischen Notar. KGJ. **32** A 22, BauersZ. **14** 248 (KG.). Werden nach Abs. 2 die Aktien bei einem preußischen Notar hinterlegt, so steht diesem für die Bescheinigung über die erfolgte Hinterlegung neben der Gebühr für Empfang, Aufbewahrung und Ablieferung eine besondere Gebühr zu.

§ 256. Literatur: BauersZ. **15** 11. Einige Regeln über die Handhabung der Geschäfte eines Vorsitzenden in der Generalversammlung.

1. Verhältnis des Abs. 2 zu § 274 Abs. 2. **a)** Vgl. JDR. **5** Noten zu § 256 u. unten Note 2 zu § 274. **b)** RJA. **8** 214, BauersZ. **14** 221, OLG. **15** 352, R. **07** 643, ZAktWes. **17** 211, ZBlFG. **8** 109 (KG.). Abs. 2 ist zwingenden Rechtes und wird durch § 274 Ziff. 2 nicht abgeändert, sondern dahin erweitert, daß die nach § 256 erforderliche Ankündigung der Abänderung des Gesellschaftsvertrags sich nicht nur auf die Tatsache der Änderung beschränken, sondern den Inhalt der Änderung deutlich und vollständig bezeichnen soll. Hierfür spricht die Fassung von Abs. 2 im Gegensatze zu Abs. 1 und die Entstehungsgeschichte.

2. Folgen mangelhafter Ankündigung. **a)** KG. (zitiert in Note 1b). Ein ohne vorherige Ankündigung gefaßter Generalversammlungsbeschluß ist nicht schlechthin ungültig, sondern nur anfechtbar. (Der entgegengesetzten Ansicht von Goldmann 256 Ziff. 8, Staub 256 Ziff. 5, OLG. Dresden, HoldheimsMSchr. **4** 188 ist nicht beizutreten.) Die Vorschriften über die vorherige Ankündigung der Tagesordnung sind, wie aus der Geschichte des Gesetzes und aus § 271 folgt, im Interesse der Aktionäre gegeben; daß beabsichtigt worden wäre, die Allgemeinheit durch diese Normen zu schützen, tritt nirgends hervor. Das Anfechtungsrecht der

Aktionäre ist durch die Vorschrift des § 258 genügend gesichert; es würde obsolet sein, wenn der Registerrichter verpflichtet wäre, soweit seine Mitwirkung in Betracht kommt, die Beobachtung wenigstens der zwingenden, im Interesse der Aktionäre getroffenen Normen des Gesetzes schlechthin zu überwachen. **b)** BauersZ. **14** 197 (Dresden). Einstimmige Beschlüsse einer von allen Aktionären besuchten Generalversammlung sind unanfechtbar auch dann, wenn die Vorschriften über Berufung und Ankündigung verletzt sind.

§ 259. 1. BauersZ. **14** 102, KGJ. **32** A 148, R. **07** 149 = JDR. **5** Note zu § 259.

2. § 259 regelt die Formvorschriften erschöpfend. **RG. 65** 91, BauersZ. **14** 175, JW. **07** 183 Ziff. 26. Der § 28 des Statuts, der drei Aktionärunterschriften unter dem Protokoll erfordert, ist neben § 259 ohne Bedeutung, da § 259 eine absolute Vorschrift ist. § 125 Abs. 2 BGB. kommt neben ihm gleichfalls nicht in Betracht, zumal das Protokoll über eine Generalversammlung keine Urkunde über ein Rechtsgeschäft zu sein braucht.

3. Gebühren für die Aufnahme des Protokolls. **a)** BayObLG. **7** 318, JustdBl. **1** 323 (BayObLG.). Für das notarielle Protokoll über die Beschlüsse einer Aktiengesellschaft, durch welches das Grundkapital der Gesellschaft durch Zusammenlegung von Aktien herabgesetzt und gleichzeitig das herabgesetzte Grundkapital durch Ausgabe neuer Aktien auf einen den früheren nicht übersteigenden Betrag erhöht wird, ist nicht die im Art. 150 BayGebG. bestimmte Gebühr aus der Erhöhung des Grundkapitals, sondern nur die im Art. 170 Ziff. 1 dieses Gesetzes bestimmte Gebühr zu erheben. **b)** BayObLG. **7** 473. Die Gebühr des Notars für die Errichtung des Protokolls über die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft, bei welcher den Gegenstand der Beratung und Beschlußfassung die Bilanz, die Gewinnverteilung und die Entlastung des Aufsichtsrats bildet, bestimmt sich nach dem Betrage des zur Verteilung gelangenden Gewinns, d. i. des Betrags, über den zugunsten der einzelnen Gesellschafter (Dividende) oder zugunsten anderer Personen (Tantièmen) verfügt wird (Art. 14 Ziff. 2 BayNotGebO.).

§ 260. Literatur: Ehrenberg, Victor, Die Pflicht zur Wahrheit und Offenheit in den Bilanzen und Jahresberichten der AGen, JheringsJ. **51** 291—314. — Geiling, Begriff, Bedeutung und Tragweite der Entlastung (Decharge), Holdheims MSchr. **07** 220—232, 248 ff. — ZAktWes. **17** 193 ff., 226 ff.

1. Allgemeines. Inhalt der Bilanz. Geschäftsbericht. **a)** Ehrenberg aaO. bespricht **RG.** (Straff.) **38** 195 (s. JDR. **5** Note 1b zu § 260) kritisch. Bilanz und Geschäftsbericht sind ihrem innersten Wesen nach verschieden. — Die Bilanz gibt ein nach Kategorien geordnetes Zahlenbild vom Vermögensstande der Gesellschaft am letzten Tage des Geschäftsjahrs. Sie muß daher nicht nur wahr, sondern auch vollständig sein. Es darf kein Passivum zu niedrig angesetzt sein oder ganz fehlen, es darf kein Aktivum zu hoch angesetzt sein, und es muß jeder Posten unter einer zutreffenden Bezeichnung eingesetzt sein. Veränderungen im Vermögensstande, die erst nach dem Schlusse des letzten Geschäftsjahrs eingetreten sind, werden nicht berücksichtigt. Der Geschäftsbericht enthält eine Geschichtserzählung und einen Ausblick in die Zukunft, er hat eine Erläuterung der Bilanz sowie eine richtige, nichts Ungünstiges verschleiernde Darstellung der geschäftlichen Lage und der Rentabilität des Unternehmens zu gewähren, er soll also ebenfalls wahr, aber er soll und kann nicht vollständig sein. Während die Bilanz durch ihre rein abstrakte und arithmetische Natur schon eine Garantie gegen die Preisgabe materieller Geschäftsgeheimnisse bietet, muß beim Geschäftsbericht eine vorsichtige Auswahl der mitzuteilenden tatsächlichen Vorgänge stattfinden. Die Auswahl bleibt der pflichtgemäßen Erwägung des Vorstandes und Aufsichtsrats nach § 314 Ziff. 1, 241, 249, 312 überlassen. Auch solche Umstände sind zu beachten,

die erst nach Schluß des Geschäftsjahrs eingetreten sind. Sind stille Reserven in der Bilanz gegen eine ausdrückliche Vorschrift der Statuten eingestellt, so ist dies im Berichte zu erwähnen. Analog ist das sog. Fragerecht des einzelnen Aktionärs zu beurteilen, doch können Vorstand und Aufsichtsrat möglicherweise zur mündlichen Auskunftserteilung über einen Umstand befugt sein, durch dessen Aufnahme in den Geschäftsbericht sie sich einer Pflichtverletzung schuldig gemacht hätten. — Die Rechtslage ändert sich, wenn die Generalversammlung durch einen ordnungsmäßig zustande gekommenen Beschluß, nach vorheriger Aufklärung über dessen Tragweite, völlige Offenlegung eines im Geschäftsberichte verschwiegenen Umstandes begehrt: dann haben die beiden anderen Organe nicht nur das Recht, sondern die Pflicht, ohne jede Rücksicht auf das Interesse der Gesellschaft die erlangte Auskunft zu erteilen. **b)** Geiling aaO. Unter Entlastung versteht man eine zumeist dem Gesellschaftsrecht eigentümliche Form der Billigung der im Auftrag einer Personenmehrheit für eine bestimmte Zeit geführten Vermögensverwaltung unter gleichzeitigem Verzicht auf die Geltendmachung etwaiger künftiger Ansprüche und Einwendungen gegen die Geschäftsführung des Verwalters. Sie ist ein einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Bei dem Anspruch auf Entlastung ist zu unterscheiden zwischen dem Anspruche der Verwaltungsorgane auf Beschlußfassung der Generalversammlung über Erteilung oder Verweigerung der Entlastung überhaupt, — diese ist durch Abs. 1 gewährleistet — und dem Anspruch auf Erteilung der Entlastung selbst. — Die Versagung der Entlastung bedeutet, daß die Gesellschaft von ihren Regreßansprüchen gegen die Entlastung heischenden Gebrauch zu machen gedenke; umgekehrt schließt die Erteilung der Entlastung im Normalfalle die nachträgliche Erhebung von Ersatzansprüchen aus. — Die späteren Entlastungen sind imstande, die Mängel einer früheren zu heilen, wenn die den Mangel erzeugende Tatsache zwar nicht notwendig in ihrer eigentlichen Gestalt, wohl aber in ihren Konsequenzen, insbes. ihrer finanziellen Wirkung in den für die späteren Entlastungen maßgebenden Vorlagen zu einem logisch und technisch gleichwertigen Ausdrucke kommt und in dieser Form Entlastung findet. — Die Entlastung kann nur dem Organe als solchem, nicht seinen einzelnen Mitgliedern gewährt und versagt werden. —

c) *Geiling. Mit der Entlastung billigt die Generalversammlung die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens durch Vorstand und Aufsichtsrat und verzichtet auf alle etwaigen Ansprüche gegen diese Organe. Andererseits steht der Gesellschaft nach begründeter Versagung der Entlastung ein Regreßrecht gegen dieselben zu, wegen früher unbekannt gebliebener Tatsachen unter bestimmten Voraussetzungen auch ungeachtet der Erteilung einer Entlastung. Im letzteren Falle kommt eventuell auch eine formale Anfechtung der älteren Dechargebeschlüsse nach §§ 119, 123 BGB. in Frage. — Für die Tragweite der Entlastung wird in der Voraussetzung, daß kein arglistiges Verschweigen von Geschäftsvorfällen stattgefunden hat, unter Ablehnung der Ansicht, Umfang bzw. Inhalt der Vorlagen (§ 260 Abs. 2 HGB.) seien unmittelbar für diese Tragweite maßgebend, folgendes angenommen: die Entlastung deckt außer den in den Vorlagen erkennbaren Tatsachen auch solche nicht erwähnte Vorgänge, die das Jahresergebnis nicht wesentlich beeinflussen; sie erstreckt sich weiterhin auf alle im alleinigen Interesse der Gesellschaft verschwiegenen Ereignisse, bezüglich derer die Generalversammlung keinen für die leitenden Organe ersichtlichen Grund zur Verweigerung der Entlastung gehabt hätte, wenn man sie ohne Schädigung der Gesellschaft in die Sachlage hätte einweihen können. Begründet wird diese, von der herrschenden Meinung und auch dem Reichsgerichte teilweise abweichende Stellungnahme damit, daß die Vorlagen nach Gesetzeswillen und Übung keine ausführlichen Jahreschroniken darstellen, daß die Rechenschaftsablage bei der AG. eine freiere, nicht mit sonstigen Rechnungslegungen zu vergleichende sei, daß ferner aus dem nach Theorie

und Praxis untersuchten Verhältnisse zwischen Generalversammlung und Vorstand bzw. Aufsichtsrat als Organen der Gesellschaft den letzteren eine weitgehende Selbständigkeit auch hinsichtlich der Rechenschaftspflicht zugestanden werden müsse. — Diese Grundsätze, deren Durchführung in die Konsequenzen und Umkehrungen keine Bedenken ergeben, begrenzen andererseits wieder die Tragweite der Entlastung im Gegensatze zu einer weitergehenden Anschauung insoweit, als z. B. bei Außerachtlassung bestimmter Weisungen der Generalversammlung Verlust des Anspruchs auf Entlastung und Haftbarkeit des Vorstandes und Aufsichtsrats eintritt.

2. Geschäftsbericht (Ereignisse nach Jahresschluß). **RG.** JW. **06** 614, BauersZ. **14** 198 tritt **RG. 38** 195 (Straff.) = JDR. **5** Note 1b dahin bei, daß auch solche wichtige Ereignisse, die erst nach Ablauf des Geschäftsjahrs bekannt werden, zu berücksichtigen sind, falls sie von maßgeblichem Einflusse sind.

3. Mitteilungspflicht auf Anfragen. a) BankA. **6** 264, OLG. **14** 351 (Hamburg). Vorstand und Aufsichtsrat handeln nicht wider Treu und Glauben, wenn sie bei ungünstigem Geschäftsstand in der Generalversammlung nur diejenigen Mitteilungen machen, zu denen sie durch das Gesetz und das Interesse der Aktionäre verpflichtet sind, und auf Anfragen, die ein Aktionär über den Bericht hinaus in öffentlicher Versammlung stellt, zwar der Wahrheit gemäß, aber in knappster und positivster Weise antworten. b) BankA. **6** 264 stimmt der Entscheidung zwar im Ergebnisse zu, wendet sich aber gegen die Begründung, indem es die Auskunftspflicht nicht von dem Wortlaute der Anfrage abhängig machen will, und stützt seine Ansicht auf den Aufsatz von Ehrenberg.

4. Entlastung einzelner Mitglieder des Vorstandes ꝛc. **RG. 65** 241, BankA. **6** 208, BauersZ. **14** 242, HansGZ. **07** Hauptbl. 145, JW. **07** 268 Ziff. 33, ZAktWes. **17** 96. Aus **RG. 55** 75 (JDR. **2** Note 3b β zu § 280) ist nicht zu entnehmen, daß es überhaupt gesetzlich unzulässig ist, ein einzelnes Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrats von der Entlastung oder der Verantwortlichmachung auszunehmen, daß vielmehr nur der Vorstand und Aufsichtsrat als solche, als Organe der Gesellschaft, also ungeteilt entlastet oder zur Verantwortung gezogen werden können. Eine Entscheidung über die einzelnen Mitglieder ist möglich, sobald, sei es durch die Vorlagen selbst, sei es durch die in der Generalversammlung gestellten Anträge hinsichtlich der Verantwortlichkeit für die Tätigkeit des Organs unter den einzelnen Mitgliedern unterschieden wird.

5. Vgl. auch § 314.

§ 261. Literatur: Ehrenberg, Bilanz und stille Reserven, IheringsJ. **52** 218 ff. — Hautle, Der Gläubigerschutz im Aktienrechte. Berlin 1907. — Reisch, Werden die handelsgesetzlichen Bestimmungen dem Reinvermögensbegriffe, besonders jenem bei AG. gerecht? BankA. **6** 201 (vgl. auch ders. Bilanz und Steuer (2). Wien 1907). — Runkel-Langsdorff, Die Bilanzwahrheit und Bilanzoffenheit im Aktienrecht, IheringsJ. **52** 209 ff. — Schröter, Max, Die doppelte Buchführung für AGen und KAGen. Erlernung und Überwachung der gesamten Buchführung nebst Darstellung der Erfordernisse und des Herganges bei Gründung von AGen bzw. Umwandlung privater Unternehmungen in AGen. Leipzig 1906. — Steiner, Der Bücherabschluß der AG., Plutus **07** 434, 450, 468, 482, 535, 551, 571, 604, 618, 689. — BauersZ. **14** 109 (s. unten im Texte). — Das. **14** 198. Die Lehre von den Abschreibungen. Die Nichtübereinstimmung der steuerlichen Praxis mit den Grundsätzen der kaufmännischen Bilanzierung. Abschreibungen bei Bergwerken und Gräbereien. Folgen der Veräußerung eines der Abnutzung unterliegenden Gegenstandes. — Das. **15** 49. Welche Werte darf der Vorstand ins Reklamekonto der Bilanz bringen? — Das. **15** 56. Die Bewertung von Aktien mit und ohne Börsenkurs, sowie der Pfandbriefe und der Hypothekenforderungen in der Bilanz. Umzugskosten bilden kein Aktivum. — ZAktWes. **07** 146. Abschreibungen und stille Reserven.

1. Arten der Bilanzen der AG. *Hautle aaO. 69 ff. Das Grundkapital ist der in die Passiven der Bestandsbilanzen aufzunehmende, in deutscher Reichswährung bezifferte, statutarische, dem Aktienkapital entsprechende Gläu-

bigerdeckungsfonds, gegenüber welchem in den Bilanzaktiven ein nach aktienrechtlichen Bewertungsgrundsätzen aufgenommener, mindestens gleichgroßer Vermögensbestand reserviert bleibt. — Danach sind nach dem Zwecke und den Funktionen des Grundkapitals folgende Bilanzarten zu unterscheiden: a) Bestandsbilanzen, welche Vermögenserhaltungs- und Gewinnverteilungs- oder kurz gesagt: Vermögens- und Gewinnbilanzen sind; b) Liquidationsbilanzen, welche wieder reine Vermögensbilanzen oder Vermögensverteilungsbilanzen sein können. — Gegenüber dem Gläubigerschutze kann allein diese Bilanzeinteilung standhalten (vgl. 69 Anm. 2).

2. Reinvermögen und Bilanz. Reisch aaO. Reinvermögen ist der Überschuß der Aktiva über die Passiva. Man darf es sich nicht in einzelnen physischen Vermögensbestandteilen verkörpert denken, vielmehr besteht es einerseits in einem idealen Anteil an jedem einzelnen Aktivum und ist andererseits für jedes einzelne Passivum verhaftet. Das Reinvermögen kommt in den Posten Grundkapital, Reservefonds, Gewinn, Verlust zum Ausdrucke. Der Begriff ist wichtig für die Erkenntnis der Natur des Reservefonds, der Einlage und der Auslegung des § 240 Abs. 1.

3. Gewinn-Ermittelungs- oder Vermögens-Bilanz? a) Reisch aaO. § 261 Ziff. 5 ist nicht nur eine Modifikation des § 39, sondern stellt ein absolutes Novum auf. — Die Bilanz nach § 261 ist nicht eine Gewinnverteilungs-, sondern eine Vermögensbilanz, allerdings eine durch besondere Rücksichten auf die Höhe des auszuweisenden Gewinns präjudizierte Bilanz. b) Steiner aaO. Die Bilanz ist vom Vorstande zu unterschreiben. — Die Vorschriften des § 261 sind teils Maximalvorschriften, deren Nichtbeachtung die Bilanz nicht nur anfechtbar, sondern ungültig macht, teils Minimalvorschriften, die statutarisch heruntergedrückt werden können und regelmäßig werden. Die Bilanz der AG. ist keine Vermögens-, sondern eine Gewinnbilanz.

4. Bedeutung der Vorschriften des § 261. Zulässigkeit stiller Reserven. a) *Runkel-Langsdorff aaO. Die Bilanzwahrheit erfordert: richtige Ansetzung der Aktiven und Passiven nach dem ihnen zukommenden Werte. Die Bilanzvollständigkeit verlangt die Ansetzung aller Aktiven und Passiven. Reserven dürfen nicht durch Unterbewertung von Aktiven oder Überbewertung von Passiven über das gesetzliche Maß hinaus gebildet werden. ➠ Inzwischen hat das RG. den entgegengesetzten Standpunkt z. T. gebilligt. Dieser Standpunkt dürfte aber dem klaren Gesetzestexte des § 40 HGB. gegenüber nicht haltbar sein; denn entweder herrscht in der Bilanz volle Wahrheit oder sie wird zur Farce. ⟵ b) *Ehrenberg aaO. Vgl. dazu HGB. § 40. Die Anlegung sog. stiller Reserven ist auch für die Bilanzen der AG. nicht verboten; nur eine Überbewertung, nicht eine Unterbewertung ist daher nach § 314 strafbar. c) ZAktWes. aaO. Die Bildung stiller Reserven durch Abschreibungen ist zulässig und insbesondere nicht durch das angebliche Dogma von der Bilanzwahrheit verboten.

5. Herstellungskosten. Steiner 430. Alle diejenigen Ausgaben, welche auch entstehen, wenn die Ware nur gehandelt wird, gehören nicht zu den dem Herstellungspreise zuzuschlagenden Aufwendungen, wohl aber alle übrigen.

6. BayersZ. **14** 109. Die AG. darf ihre hypothekarisch gesicherten Schuldverschreibungen, die sie noch besitzt oder zurückbekommen hat, als Effekten aktivisch in der Bilanz führen; sie nimmt aber an Sicherheiten, die für die betreffenden Obligationen bestellt sind, keinen Anteil.

§ 262. 1. Sind stille Rücklagen Reservefonds? SächsOVG. **10** 158. Die von der AG. vorgenommenen stillen Rücklagen sind nicht als echte, aus Gewinn aufgespeicherte Reservefonds anzusehen; denn sie sind vor Feststellung des Reingewinns als Abzugsposten in Rechnung gestellt.

2. Ziff. 2. R. **07** 582 (Frankfurt). Zu den abzugsberechtigten Emissionskosten gehören die Provisionen, welche von der AG. dem die Aktien emittierenden Bankhause gewährt sind, dagegen nicht die Beträge, welche von der AG. für Zeichnung übrig gebliebener Aktien aufgewendet sind, letztere auch dann nicht, wenn sie unter dem Betrage der sonst abzuwenden gewesenen Provisionen zurückbleiben.

§ 271. Literatur: Ehrenberg (s. bei § 260). — Pinner, Feststellung der Bilanz einer AG. durch das Gericht, LeipzZ. **07** 305 ff.

1. Aktienbesitz als Voraussetzung des Anfechtungsanspruchs. **a)** Vgl. JDR. **5** Note 2. **b)** BauersZ. **14** 128, LeipzZ. **07** 68, R. **07** 68 (Cöln). Der Aktionär geht seines Anfechtungsrechts verlustig, wenn er während des Anfechtungsprozesses seine Aktien veräußert; durch die Veräußerung des Aktienrechts erlischt sein Anspruch; er hat daher auch die Prozeßkosten zu tragen, selbst wenn er in erster Instanz obgesiegt hat.

2. Bedingt die Durchführung der Anfechtung einer Bilanz die Anfechtung der späteren Bilanzen? **RG. 64** 258, BauersZ. **14** 127, ZAktWes. **07** 7, 94, JW. **07** 55 Ziff. 20 verneint die Frage; es ist nirgends bestimmt, daß die Erhaltung der durch die Anfechtung erworbenen Rechtsstellung durch die Anfechtung aller anderen Beschlüsse bedingt ist, die auf dem angefochtenen beruhen. Dies würde zu einer unerwünschten Klagenhäufung führen, auch die Anfechtung ungerechterweise erschweren und verteuern.

3. Kann der Richter an Stelle der angefochtenen Bilanz eine andere festsetzen? **a)** **RG.** (s. zu 2). Der Richter hat den Parteianträgen gemäß an Stelle der angefochtenen Bilanz die dem Gesetz entsprechende zu setzen, an die kraft Urteils die AG. gebunden ist, soweit er hierzu nach den Umständen des Falles in der Lage ist. Hierfür spricht eine (nicht veröffentlichte) RG.-Entscheidung vom 6. Juli 1895, ROHG. **23** 273 ff., § 273 BGB. Abs. 1 Satz 1 sowie die Erwägung, daß andernfalls die nach erfolgreich durchgeführter Anfechtung der Bilanz von der AG. aufzustellende neue Bilanz abermals der Anfechtung unterliegen, mithin eine dem Geschäftsgange höchst schädliche bilanzlose Zeit die Folge sein würde. **b)** Pinner aaO. bekämpft diese Entscheidung. Der Kläger hatte in Erweiterung seiner ursprünglich nur auf Anfechtung gerichteten Klage beantragt, die AG. zu verurteilen, anzuerkennen, daß die von einem Bücherrevisor aufgestellte Bilanz richtig sei. Das RG. hat dem entsprochen. Auf die bisherige Literatur kann es sich ebensowenig stützen, wie auf ROHG. **23** 273, das vor der Aktiennovelle 1884 ergangen ist. Unrichtig ist, daß § 271 nicht über das petitum der Anfechtungsklage sich äußert, er gewährt das Recht auf „Anfechtung"; dagegen läßt sich aus § 273 nichts für die Ansicht des RG. folgern. Diese Ansicht verstößt gegen Grundprinzipien des Aktien- und Bilanzrechts, weil die Feststellung der Bilanz lediglich Sache der Generalversammlung und das Anfechtungsrecht eine Einschränkung des sonst das Aktienrecht beherrschenden Wahrheitsprinzips ist, das nur die Aufhebung eines Beschlusses mit der Folge bewirken kann, daß nunmehr die Mehrheit von neuem zu beschließen hat. **c)** Düringer, LeipzZ. **07** 311, bemerkt zu Pinners Ausführungen in einer Note, daß das RG. nur ausgesprochen habe, daß das Gericht, wenn und soweit es nach der konkreten Sachlage in den Stand gesetzt sei, an Stelle des Beanstandeten das dem Gesetz Entsprechende festzusetzen, hierzu auf Antrag verpflichtet sei. **d)** BauersZ. **14** 128 bekämpft gleichfalls die Entscheidung.

4. Die Anfechtungsklage setzt voraus, daß der angefochtene Beschluß auf einer Verletzung des Gesetzes oder Statuts beruht. **RG. 65** 241, BankA. **6** 207, HansGZ. **07** Hptbl. 175, ZAktWes. **07** 96, JW. **07** 268 Ziff. 33. Der Ansicht, daß die Anfechtungsklage durchdringen müsse, auch wenn die Verletzung von Gesetz oder Statut für den gefaßten Beschluß einflußlos war, ist nicht beizutreten. Anfechtungsklagen sind, wie die ge-

setzlichen Kautelen ergeben, nicht zu begünstigen. Daher Abweisung, obwohl § 252 HGB. dadurch verletzt ist, daß Aufsichtsratsmitglieder für ihre Entlastung gestimmt haben, da ihre Stimmen nicht in Betracht kamen; anders könnte es u. U. liegen, wenn sich andere Aktionäre durch die Abstimmung der Aufsichtsratsmitglieder irgendwie hätten beeinflussen lassen.

5. Abs. 3 Satz 2. *Ehrenberg aaO. Aus dieser erst durch die Reichstagskommission in das neue HGB. gebrachten Bestimmung ergibt sich nicht, daß es ein nach dem Gesetze statthaftes Höchstmaß von Abschreibungen gibt, welches ohne ausdrückliche Erlaubnis des Statuts nicht überschritten werden dürfte. Ein solches Höchstmaß hat der Gesetzgeber überall nicht vorgesehen (vgl. HGB. § 40); also nur, wenn das Statut ein solches vorsieht, findet obige Bestimmung Anwendung.

§ 272. Literatur: ZAktWes. 17 86. Die Sicherheitsleistung bei Anfechtungsklagen.

1. Sicherheitsleistung. ZAktWes. aaO. Die Sicherheitsleistung bezweckt Sicherung nur für die Nachteile, welche der AG. durch eine bösliche Handlungsweise des Anfechtenden i. S. des § 273 Ziff. 2 oder durch eine sonst zu Schadensersatz verpflichtende Handlung desselben entsteht; hingegen nicht für jeden sonst durch die Anfechtung entstehenden Schaden. Die Sicherheitssumme soll ein volles Äquivalent für den möglichen Schaden bieten, aber nicht hierüber hinaus zu einem Abschreckungsmittel für Anfechtungslustige gestaltet werden.

2. Vertretung der AG. bei Anfechtung durch ein Mitglied des Aufsichtsrats. SchlHolstAnz. **07** 88 (Kiel). Ficht ein Aufsichtsratsmitglied in seiner Eigenschaft als Aktionär einen Generalversammlungsbeschluß an, so wird die Gesellschaft in diesem Prozesse durch den Vorstand und die übrigen Mitglieder des Aufsichtsrats vertreten. Befindet sich die AG. in Konkurs, so tritt ihnen der Konkursverwalter zur Seite; denn die Anfechtung kann eine Einwirkung auf das im Konkurse befindliche Vermögen äußern.

3. Wesen der gemeinsamen Vertretung durch Vorstand und Aufsichtsrat. **RG. 66** 37, BankA. **6** 273, BauersZ. **14** 268, LeipzZ. **07** 500, ZAktWes. **07** 184, 248, JW. **07** 486 Ziff. 27. Die gemeinsame Vertretung durch beide Organe ist als Gesamtvertretung aufzufassen. Hierfür spricht außer der allgemeinen Erwägung, daß auf dem Gebiete des Privat-, wie des öffentlichen Rechtes die an mehrere erteilte Vollmacht dahin zu verstehen ist, daß die mehreren Bevollmächtigten zusammenwirken müssen, um ihren Machtgeber zu verpflichten, sowohl Wortlaut wie Zweck der Vorschrift. Beide Organe müssen die Gesellschaft einheitlich vertreten, können auch nur gemeinsam einen Prozeßbevollmächtigten bestellen; der nur vom Vorstand, oder nur vom Aufsichtsrate bevollmächtigte Anwalt ist nicht legitimirt.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 274. Verhältnis des Abs. 2 zu § 256 Abs. 2. **a)** Vgl. oben Note 1 zu § 256. **b)** „Nach ihrem wesentlichen Inhalte". HansGZ. **07** Hptbl. 223, BauersZ. **15** 29 (Hamburg). Dem Abs. 2 ist genügt, wenn angegeben wird, welche Paragraphen des Gesellschaftsvertrags und welche Materien durch die beabsichtigten Änderungen betroffen werden (z. B. Vorstand und Aufsichtsrat beantragen,, die §§ 8—10, 16 (betr. Aufstellung der Jahresbilanz und Renumeration des Aufsichtsrats) abzuändern; es ist nicht erforderlich, anzugeben, in welcher Weise die Materien geregelt werden sollen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaute, dem Zwecke und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes; die entgegengesetzte Auffassung würde leicht zu unverhältnismäßig kostspieligen Veröffentlichungen führen; auch sind die Aktionäre durch § 256 Abs. 1 Satz 2 geschützt.

§ 277. 1. *Wiedemann, Ideale Vereine 636. Diese Eintragung hat rechtsbegründende Wirkung. Vgl. § 21 BGB.

2. Prüfung bei Eintragung einer Änderung des Gesellschaftsvertrags im Handelsregister der Zweigniederlassung. Vgl. Note 4 zu § 201.

3. Darf der Registerrichter die Eintragung einer Statutenänderung vornehmen, die unter Verletzung des § 256 (Ankündigung der Gegenstände der Beschlußfassung) zustande gekommen ist? Vgl. Note 2 zu § 256.

§ 281. 1. Wesen der Zeichnung bei Kapitalserhöhungen. Vgl. Reis Note 1 c zu § 189.

2. Scheinzeichnung. R. **07** 582 (Frankfurt) (altes Recht). Eine zwischen dem Zeichner neuer Aktien und dem Vorstand und Aufsichtsrat getroffene in den Zeichnungsschein nicht aufgenommene Übereinkunft, daß die Zeichnung nur formell, nur provisorisch erfolge, ist der Gesellschaft gegenüber wirkungslos.

3. **RG. 63** 97 = JDR. **5** Note zu § 281.

§§ 282 ff. Literatur: Wermert, Über einige Mißbräuche bei Emissionen, HirthsAnn. **07** 401 ff.

*Wermert aaO. Der Schutz der Minderheit bei Zuteilung neuer Aktien kann nicht dadurch hinfällig werden, daß Vorstand und Aufsichtsrat einer AG. mit dem Garantiekonsortium zwecks Übernahme der Neuemission ein Abkommen treffen, das der Generalversammlung nicht zur Beschlußfassung unterbreitet werden soll. Wird von dieser nur eine allgemeine Ermächtigung an den Vorstand verlangt, die Emission in geeigneter Weise durchzuführen, worauf das vorher vereinbarte Abkommen auf Grund dieses Beschlusses seine Bestätigung erfährt, so liegt ein Verstoß gegen § 312 HGB. vor.

§ 283. Bezugsrecht des Primordialzeichens. **RG. 65** 21, BauersZ. **14** 153, ZAktWes. **07** 29, JW. **07** 112 Ziff. 16. Daß das Bezugsrecht des Aktionärs, insbes. des sog. Primordialzeichners, sofern es nicht vertragsmäßig auf die Person des ursprünglich Berechtigten beschränkt ist, an und für sich ein vererbliches und veräußerliches Recht ist, hat das RG. bereits in JW. **01** 484 anerkannt.

§ 288. Kapitalsherabsetzung bei Schenkung nicht voll eingezahlter Aktien. BayObLG. **7** 480, ZBlFG. **8** 147 (BayObLG.). Soweit die Herabsetzung des Grundkapitals den Zweck hat, die Erhöhung einer Unterbilanz auszugleichen, die sich daraus ergibt, daß der Anspruch auf die ausständigen Einlagen durch die Annahme geschenkter Aktien wegfällt und diese nicht an dessen Stelle treten, weil sie eingezogen werden, ist dies in dem Beschlusse der Generalversammlung genügend zum Ausdrucke gebracht, wenn bestimmt ist, daß die Annahme der geschenkten Aktien zum Zwecke der Einziehung erfolge, daß die Einziehung beschlossen und das Grundkapital entsprechend herabgesetzt werde.

§ 289. Verbindung der Anmeldungen aus §§ 289, 291. RJA. **9** 27 (KG.). Ist bei Anmeldung des Herabsetzungsbeschlusses die Herabsetzung einschließlich der im § 290 vorgesehenen Maßnahmen bereits erfolgt, so liegt kein Grund vor, der Verbindung der Anmeldung beider Maßnahmen entgegenzutreten.

§ 290. Wann ist die Herabsetzung des Kapitals erfolgt? OLG. **16** 99, RJA. **9** 27, ZBlFG. **8** 424 (KG.). Gegen Leist, Sanierung 92 (JDR. **4**) ist anzunehmen, daß die Herabsetzung des Kapitals erst nach Durchführung der im § 290 vorgesehenen Maßnahmen als erfolgt anzusehen ist. Dafür spricht der Wortlaut der Vorschrift und der Inhalt der Denkschrift (160).

§ 291. Vgl. Note zu § 289.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

Literatur: Hautle, Der Gläubigerschutz im Aktienrechte. Berlin 1907.

Reformvorschläge. *Hautle aaO. 94, 165. Die bisherige Ordnung der Auflösung und Liquidation der AG. in den Gesetzen ist keine systematisch umfassende und deshalb eine vielfach unsichere. Wenn auch der große Fortschritt des neuen deutschen Aktienrechts hierin nicht verkannt werden soll, dürfte dieser Abschnitt dennoch de lege ferenda logischer und einfacher gestaltet werden. Die Auflösungsgründe sollten möglichst vollständig, systematisch geordnet aufgeführt und alsdann die Liquidation in ihrer natürlichen Folgeordnung angereiht und zwar in der schon jetzt vorhandenen Gliederung als totale, regelmäßige und als partielle, ausnahmsweise behandelt werden. Es würde das überflüssig machen, die partielle Liquidation, welche stets die Befriedigung und Sicherstellung der Gläubiger in der Zeitspanne eines Sperrjahrs bezweckt, in jedem einzelnen Falle ihrer Anwendung (Herabsetzung des Grundkapitals ....., Fusion im Sinne des § 306 und Umwandlung in eine GmbH. nach §§ 80 u. 81 GmbHG.) zu wiederholen. — Auch wäre es geboten, diese Rechtswohltat der erleichterten Umwandlung ähnlich wie im englischen Rechte in Verbindung mit dem Präliminar-Moratorium und dem Präventivakkord auf bestimmte weitere Fälle zu verallgemeinern. — Betr. die Konkurseröffnung ist das schweizerische System inhaltlich eine Kombination des englischen und deutschen Systems. Sein Hauptvorteil zur Vermittelung von Vor- und Nachteilen der deutschrechtlichen Konkurseröffnung besteht darin, daß entweder nach Art. 657 Abs. 3 SchweizOblR. das Konkursgericht nach freiem Ermessen auf Antrag von Gläubigern die Konkurseröffnung aufschieben und andere zur Erhaltung des Vermögens dienende Maßnahmen anordnen kann oder daß auf Antrag der insolventen AG. nach Artt. 293 ff. schweiz. Schuldbetreibung- u. KonkursG. ein Präventivakkord eingeleitet werden kann. — (181.) Es müssen zwei Auflösungsarten angenommen werden, und zwar eine Auflösung, die unmittelbar aus sich und eine solche, die in Verbindung mit einer Statutenänderung erst mit ihrer Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam wird. — (234 ff.) Das deutsche System der absoluten Konkursgründe und der absoluten Konkurseröffnung schädigt und gefährdet die Gläubiger in einem hohen Maße. Der bestehende Zustand verschlingt zum größten Schaden der Gesellschaftsgläubiger und der Öffentlichkeit spur- und nutzlos unendliche Summen von Werten, weshalb „die Regelung eines dem Konkurse vorbeugenden Gläubigerübereinkommens" um so mehr „zu den wichtigsten Problemen der Gesetzgebung" gehört (vgl. E. Jäger, DJZ. **05** 752), je intensiver mit den rechtlichen die wirtschaftlich-verheerenden Folgen einer Konkurseröffnung trotz der Möglichkeit einer Sanierung insbes. für die Aktiengesellschaften ins Auge gefaßt werden. Die wirtschaftlichen Konzentrationen häufen in den AGen solch enorme Kapitalien an, daß der Staat .... früher oder später mit dem Zwangscharakter der Konkursgründe und der Konkurseröffnung wird brechen müssen. — Die Überschuldungsbilanz ist derart mit objektiv-wirtschaftlichen und in Ansehung der Haftung der Gesellschaftsorgane mit psychologischen Zufallsfaktoren verknüpft, daß der absolute Konkursgrund der Überschuldung zum Widersinne wird und nur der relative Konkursgrund der Gerechtigkeit entsprechen kann. — (238/239.) Das Gesetz selbst ist es, welches diese Hast und Unruhe, eine unberechenbare Bestürzung und Verwirrung in den weitesten Kreisen entfesselt, da es ja keinerlei Möglichkeit zur Abklärung der Lage gewährt. Es ist vielmehr den Aktionären und den Gläubigern jede Möglichkeit eines die AG. erhaltenden Eingreifens beim Vorliegen eines Konkursgrundes entzogen, obwohl doch deren Erhaltung hervorragend im öffentlichen Interesse begründet wäre. Es ist deshalb das aktienrechtliche Moratorium ebenso sehr ein Korrelat der Natur der AG. und des absoluten Konkursgrundes, als es andererseits ein Postulat der Billigkeit und Gerechtigkeit ist. — Als ein probates Heilmittel gegen diese „Wunde" im deutschen Rechts- und Wirtschaftsleben ist daher die Einführung des Moratoriums (Art. 657 Abs. 3 Schweiz. OblR.) und des Präventivakkordes warm zu empfehlen. Der schweizerische Bundespräsident äußerte sich zum ersten: „Das Moratorium des Art. 657 Abs. 3 SchweizOblR. leistet in der Praxis außerordentlich wohltätige Dienste; es ist ein unabwendbares Bedürfnis und führt in vielen Fällen allein zu einem richtigen, allen Beteiligten dienenden Resultate." — Der Präventivakkord (Art. 192 SchweizSchuKonkG.) bildet eine wertvolle Ergänzung, durch die aber das Moratorium und Art. 657 Abs. 3 keineswegs überflüssig wird, wie die deutsche Literatur annimmt. (Vgl. einschlägl. Literaturangaben 239 Anm. 1 u. 240 Anm. 1.)

§ 292. 1. Ersatzansprüche im Konkurse. a) SchlHolstAnz. **07** 88 (Kiel). Der Generalversammlungsbeschluß einer im Konkurse befindlichen AG., worin beschlossen ist, die eigene Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats der Bank im Wege der Klage zu übernehmen,

bedarf zur Gültigkeit der Zustimmung des Konkursverwalters. b) Vgl. Vorbem. 1 zum 2. Titel.

2. Beschwerderecht der Aktionäre im Konkurse. SchlHolst. Anz. **07** 331 (Kiel). Den Aktionären einer in Konkurs geratenen AG. steht ein Beschwerderecht gegen die Festsetzung des Honorars für den Konkursverwalter nicht zu.

3. KGJ. **32** A 154 = JDR. **5** Note zu § 292.

§ 294. Literatur: ZAktWes. **07** 129. Der Aufsichtsrat der in Liquidation befindlichen AG.

1. Begriff der Liquidation. *Hautle aaO. 167 ff. Der Begriff der Liquidation muß unter neue Gesichtspunkte gestellt werden. Für die richtige Begriffsbestimmung kann nur das Kriterium entscheidend sein, wieweit das Gesetz zwingende und wieweit es dispositive Vorschriften aufstellt. Dispositiv sind alle auf das Vermögen als Inbegriff der Aktiva sich beziehenden Normen und absolut alle Vorschriften betr. die Schuldenablösung. Die Definition der aktienrechtlichen Liquidation muß daher folgende Begriffsmerkmale enthalten: Sie ist die notwendig eintretende Abwickelung der Rechtsbeziehungen der Gläubiger und Aktionäre zur AG. in der Weise, daß die Befriedigung und event. Sicherstellung der Gläubiger unter dreimaliger Aufforderung innerhalb eines Jahres (sog. Sperrjahres) seit der dritten Aufforderung unter Ausschluß vorheriger Vermögensverteilung unter die Aktionäre stattfinden muß: daß aber die Verwertung und die Verteilung des Vermögens nach Ablauf des Sperrjahrs unter die Aktionäre stattfinden, unterbleiben oder modifiziert werden kann. — In dieser Begriffsbestimmung ist das Essentiale vom Naturalen geschieden. Der essentielle Kern der absoluten Normen betr. die Schuldenablösung ist enthalten, ausgenommen bei der Verstaatlichung, in jedem Liquidationsverfahren, in der „Fusion mit partieller Liquidation", in der Umwandlung in eine GmbH. und auch bei der Herabsetzung des Grundkapitals. Derselbe ist der Liquidation stets wesentlich. Unwesentlich sind die dispositiven Akte der Verwertung und Verteilung des Vermögens. Die Schuldenablösung ist daher der engere und die Schuldablösung mit Verwertung und Verteilung des Vermögens der weitere Begriff der Liquidation oder wie sich empfehlenswert sagen ließe: jene ist die partielle, diese die totale Liquidation.

2. Stellung des Aufsichtsrats während der Liquidation. ZAktWes. aaO. Die AG. in Liquidation bedarf nicht minder der Organisation, als die nicht in Liquidation getretene; die Organisation bleibt dieselbe, soweit nicht der Liquidationszweck einzelne Befugnisse der Organe beeinträchtigt. Insbesondere bleibt der bisherige Aufsichtsrat bestehen; einer Neuwahl bedarf es nicht. Seine Erneuerung vollzieht sich vielmehr nach denselben Grundsätzen wie vor der Auflösung.

§ 295. Berufung von Liquidatoren gemäß §§ 29, 48 BGB. RJA. 8 267, ZBlFG. 8 291 (KG.). Der Registerrichter kann gemäß §§ 29, 48 BGB. Liquidatoren berufen, darf aber nur geeignete und bereite Personen dazu heranziehen. Er kann niemand zwingen, das Amt zu übernehmen; eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Übernahme besteht nicht; eine etwa vorhandene privatrechtliche durchzuführen, ist er nicht berufen.

§ 299. Verpflichtung des Liquidators zur Bilanzaufstellung trotz mangelnder Barmittel. GoldschmidtsZ. **60** 486 = JDR. **4** Note 1.

§ 301. *Hautle aaO. 39 u. 190 ff. Ein Gläubigerrecht der Aktionäre kann entstehen, wenn das Sperrjahr abgelaufen und die Herabsetzung ins Handelsregister eingetragen ist. Betr. die Rechtsfolgen des Sperrjahrs wäre es zu weit gegangen, wenn dem Aufgebotsverfahren und dem Ablaufe des Sperrjahrs eine präklusive Wirkung zugeschrieben würde, wie das früher geschehen ist. Damit ist aber die Frage,

ob eine nach Ablauf des Sperrjahrs und rechtmäßiger Verteilung des übrig bleibenden Gesellschaftsvermögens sich meldender, bis dahin unbekannter Gesellschaftsgläubiger noch zu seinem Rechte kommen kann, keineswegs gelöst. Einerseits wird durchweg dem Sperrjahr eine präklusive rechtsverwirkende Bedeutung abgesprochen und andererseits einem solchen Gläubiger auch keine Möglichkeit gewährt, außer es stelle sich neues Vermögen heraus, seinen Anspruch irgendwie zu realisieren. Aus dieser sich selbst widersprechenden Behandlung folgt nichts anderes, als in den meisten Fällen der tatsächliche Ausschluß eines solchen Gläubigers. Es ist der wirkliche Ausschluß eines Gläubigeranspruchs ohne irgendwelchen erfindlichen Rechtsgrund, ein Zustand, der nicht befriedigen kann (vgl. Begr. 194, 197 Anm. 1). Weil § 300 Abs. 1 HGB. die generelle Voraussetzung enthält, daß die Vermögensverteilung erst erfolgen dürfe, nachdem alle Schulden berichtigt sind, so folgt daraus, daß sowohl § 812 BGB., die ungerechtfertigte Bereicherung, als auch § 217 HGB. Anwendung finden müssen. Dies allein erscheint billig und gerecht.

§ 303. Notwendiger Inhalt des Veräußerungsbeschlusses. KGJ. **32** A 159, BauersZ. **14** 80 = JDR. **5** Note 2.

§§ 305 ff. 1. Nichtanwendbarkeit der §§ 305 f. bei Übernahme einer inländischen AG. durch eine ausländische. **a)** BayObLG. **7** 505, OLG. **14** 358, ZBlFG. **7** 717 (BayObLG.). Vgl. auch JDR. **5** Note 3. § 305 gilt nur für die Fälle, wo eine inländische AG. das Vermögen der aufgelösten übernimmt; eine ausländische kann das Vermögen einer anderen AG. nur nach § 303 erwerben. Dies ergibt sich daraus, daß die §§ 304 f. Ausnahmen von der allgemeinen Regel, daß der Übergang eines Vermögens im ganzen nicht erfolgen kann, sind, und daß auch § 304 nur den Übergang an deutsche Körperschaften privilegiert. Nur hier kann das Recht den Gläubigern den im § 306 bestimmten, die Liquidation entbehrlich machenden Schutz gewähren. Der Gesamtübergang wird auch nicht durch die Eintragung der Fusion im Handelsregister herbeigeführt. **b)** Ebenso AG. Zweibrücken, BauersZ. **14** 79.

2. Nachweis der erfolgten Fusion im Grundbuchverkehre. KGJ. **32** A 203, BauersZ. **14** 133 (KG.). Bei Fusion zweier AGen unter Ausschluß der Liquidation ist dem Grundbuchamte der Vermögensübergang durch die Handelsregistereintragung des Veräußerungsbeschlusses und der Auflösung der veräußernden Gesellschaft sowie der erfolgten Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft nachzuweisen. Dieser Nachweis kann ie nach dem Inhalte der Registereintragungen noch der Ergänzung durch Vorlegung des Vertrags und der Generalversammlungsbeschlüsse bedürfen. Soll eine Hypothek auf eine besonders firmierende Zweigniederlassung der übernehmenden Gesellschaft umgeschrieben werden; so muß der Antrag von dem Vorstande bzw. Prokuristen der AG. gestellt werden, der Antrag eines nur zur Vertretung der Zweigniederlassung befugten Prokuristen genügt nicht.

§ 306. Einfluß der Fusion auf Versicherungsverträge. 1. Vgl. JDR. **5** Note 4 zu § 305.

2. HessRspr. **7** 181 (LG. Gießen). Der Versicherte bleibt an den Versicherungsvertrag auch dann gebunden, wenn seine Versicherungsgesellschaft in einer anderen im Wege der Fusion aufgeht, es sei denn, daß die neue Gesellschaft so unsicher ist, daß seine Ansprüche gefährdet erscheinen.

§ 309. Literatur: Enzmann, Die Nichtigkeit der AG. Leipzig 1907.

1. Voraussetzung der Nichtigkeit. *Enzmann aaO. 46. **a)** Nichtigkeitsfall, d. h. Grundlage für eine Nichtigkeitsklage, ist ausschließlich das Fehlen oder die durch gesetzwidrigen oder in sich widerspruchsvollen Inhalt verursachte Nichtigkeit einer der nach § 182 Abs. 2 wesentlichen Bestimmungen des Statuts.

b) Verstöße gegen die für die Errichtung einer AG. gegebenen Formvorschriften oder gegen sonstige materielle Vorschriften des Gesetzes haben die Versagung der Eintragung zur Folge. Ist die Eintragung trotzdem erfolgt, so kann wegen eines solchen Mangels der Bestand der Gesellschaft nicht angefochten werden. c) Im Widerspruche zum Gesetze stehende sonstige materielle Vorschriften sind nichtig; ihre Nichtigkeit berührt nicht den Bestand der AG. als solcher.

2. Rechtliche Natur der nichtigen AG. *Hautle aaO. 160 ff. Was die rechtliche Natur der nichtigen AG. betrifft, so ist davon auszugehen, daß sie vor der Eintragung ein nicht rechtsfähiger Verein ist und durch die Nichtigkeitserklärung oder durch die Löschung wieder das wird, was sie in ihrer primären Anlage war: ein nicht rechtsfähiger Verein. § 311 HGB. enthält aber beachtenswerte Ergänzungen der Rechtsnatur des der nichtigen AG. zugrunde liegenden nicht rechtsfähigen Vereins.

3. Über den zwingenden Charakter des § 182 Abs. 2 Ziff. 2 s. RJA. 8 114 (KG.) bei § 75 GmbHG.

4. Vgl. Wiedemann Note 3 zu § 182.

5. Reformvorschläge. a) *Enzmann 80. Es wird eine Abänderung dieses Paragraphen dahin vorgeschlagen, daß die inhaltliche Nichtigkeit der nach § 182 Abs. 2 erforderlichen Bestimmungen eine Anfechtung des Rechtsbestandes der AG. nicht mehr begründen kann. b) *Hautle aaO. 152 ff. Als ein sehr einfaches Mittel gegen wesentliche Gründungsmängel und Nichtigkeit dürfte es sich empfehlen, die Verantwortlichkeit der Registerbehörden für die Richtigkeit und Vollständigkeit des den Bestand der AG. begründenden Eintragungsakts einzuführen (vgl. die D. z. GBO. für das Deutsche Reich vom 24. März 1897 [Berlin 1897]).

§ 311. 1. *Enzmann aaO. 73. a) Der nichtigen AG. wird zum Zwecke der Auflösung und mit Rücksicht auf die Wahrung der Interessen ihrer Gläubiger die für das Liquidationsstadium erforderliche Rechtsbeständigkeit vom Gesetze beigelegt. Daraus folgt: b) Die Nichtigkeitsklage ist also in Wahrheit nur eine Auflösungsklage. c) Die Rechte Dritter bleiben bestehen ohne Rücksicht darauf, ob sie von der Nichtigkeit wußten oder nicht, vorausgesetzt, daß ihre Forderungen vor der Eintragung ins Handelsregister entstanden sind, oder auch nachher, wenn sie nicht wußten, daß das mit ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäft außerhalb des Rahmens des Liquidationszwecks lag. d) Die Aktionäre sind gleichmäßig zur Leistung ihrer Einzahlungen verpflichtet, soweit das zur Befriedigung der genannten Gläubiger erforderlich ist.

2. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 35. Der Paragraph ist nur ein Anwendungsfall des Prinzips des § 32 FGG.; er gilt auch für andere Handlungen als Rechtsgeschäfte.

Sechster Titel. Strafvorschriften.

§ 312. *Wermert (s. bei §§ 282 f.). Wird bei der Emission von Industriepapieren kein Wettbewerb unter verschiedenen Emissionsfirmen herbeigeführt, so handeln Vorstand und Aufsichtsrat der AG. zum Nachteile der Gesellschaft.

§ 313. Literatur: BauersZ. 14 122. Wissentliche Überschätzung der Sacheinlagen als strafbare Handlung der Gründer, sowie der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats.

BauersZ. aaO. Nach Ziff. 1 sind strafbar auch falsche Angaben im Gründerberichte (§ 191).

§ 314. Literatur: BauersZ. 14170. — Das. 14172. — Das. 14193. — Das. 14 272.
Zum Begriffe der Verschleierung. 1. Vgl. JDR. 5 Note 1.

2. BauersZ. **14** 272. Das Anhalten größerer Zahlungen gegen Schluß des Geschäftsjahrs, um bei Abschluß der Bilanz einen beträchtlichen Kassenbestand zu haben, ist keine Verschleierung, da dem erhöhten Kassenbestand ein erhöhtes Debitorenkonto entspricht.

3. BauersZ. **14** 170. Die unwahre Darstellung oder Verschleierung des Vorstandes ist nur strafbar, wenn sie wissentlich erfolgte. Ein fahrlässiges Verhalten oder ein Wissenmüssen reicht zur Bestrafung nicht aus. Das absichtlich zu hohe Einstellen fauler oder zweifelhafter Außenstände in die Bilanz als strafbare falsche Darstellung.

4. BauersZ. **14** 172. Die Aufnahme geschenkter eigener Aktien im Effektenkonto der Gesellschaftsbilanz ist keine Verschleierung. Eines besonderen Hinweises darauf bedarf es weder in der Bilanz noch im Geschäftsberichte. In der freiwilligen Einlieferung eigener Aktien liegt keine Sanierung.

5. BauersZ. **14** 193 verneint in Besprechung von **RG.** (Straff.) **38** 195 = JDR **5** Note 2 die Frage, ob der Vorstand verpflichtet sei, jedes außergewöhnliche Ereignis im Geschäftsberichte zu veröffentlichen. Der Öffentlichkeit bereits übergebene Tatsachen und die erlaubten Bilanzmaßnahmen brauchen im Geschäftsberichte nicht erwähnt zu werden.

Anhang: Stempelkosten und Steuerrechtliches.

Literatur: Abraham, Finanzielle Transaktionen und ihre Stempelpflicht, HoldheimsMSchr. **06** 3, 61, 117, 173, **07** 4, 63, 90, 111. — Oppenheimer, Sind die seitens der Generalversammlung einer AG. bewilligten Zuwendungen an ihre Beamtenpensionskasse stempelpflichtig? BankA. **7** 47.

1. Kosten der Anmeldung. BauersZ. **15** 32, RheinARV. **25** 92 (KG.). Den Gegenstand der Anmeldung bildet die Eintragung und ein bestimmter Geldwert der Anmeldung kann demzufolge immer nur dann erhellen, wenn die Höhe des Geschäftsvermögens im Register eingetragen ist. Den bestimmten Geldwert stellt dar der in das Register eingetragene Kapitalbetrag, ohne Rücksicht auf den Kurswert. Nach ihm berechnet sich die Gebühr.

2. Stempel. a) Verstempelung des Gründungsvertrags. Sacheinlage bei Übernahme von Aktien. NaumburgAK. **07** 6 (KG.). Der Vertrag, durch den eine AG. gegründet wird und in dem ein Mitgründer gegen Übernahme von Aktien Grundstücke und andere Vermögensstücke einbringt, unterliegt neben dem Reichsstempel (Tarifnummer 4 a StempG. vom 27. 4. 94/14. 6. 00) dem Stempel aus PrStStG. Tarifst. 25 (s. **RG. 45** 100). Ersterer trifft den Umsatz, letzterer die Urkunde. Die Einbringung eines Handels- und Fabrikationsgeschäfts in eine AG. löst sich für die Versteuerung in die einzelnen zu dieser Einheit gehörigen Vermögensgegenstände auf und es muß an Hand der Bilanz geprüft werden, ob und zu welchem Steuersatze die einzelnen Bestandteile zu versteuern sind. **b)** Stempel bei Erhöhung des Grundkapitals. **RG.** BauersZ. **14** 83. Der preußische Landesstempel für Erhöhung des Grundkapitals schließt den Reichsstempel für die Ausreichung der neuen Aktien (Schlußnotenstempel) nicht aus. c) Verstempelung von Zuwendungen zur Pensionskasse. Oppenheimer aaO. verneint die Frage; die Zuwendungen sind keine Schenkung, sondern freiwillige Mitgliederbeiträge. **d)** Gegenseitige Aktienübernahme. **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 88. Wenn zwei AGen (zum Zwecke der Begründung einer Interessengemeinschaft durch dauernde gegenseitige Beteiligung) die durch eine beiderseitige Kapitalserhöhung geschaffenen jungen Aktien gegenseitig zeichnen und als Sacheinlage gegenseitig ihre jungen Aktien einbringen, so liegt nicht ein nur einmal stempelpflichtiges Tauschgeschäft vor, sondern es ist auf jeder Seite für die Ausreichung der jungen Aktien von dem anderen Teile

der Anschaffungsstempel zu entrichten. e) Aktienkauf. Oppenheimer, Plutus **07** 35. Aktienkäufe nicht voll gezahlter Aktien sind, wenn der Kurs weniger beträgt, als die Summe der noch ausstehenden Einzahlungen, nicht stempelpflichtig, bedürfen daher auch nicht der Schlußnote. f) Auflassungsstempel. Pr. VerwBl. **28** 166, BauersZ. **14** 82 (PrOVG.). Bei Auflassung der Immobilien einer aufgelösten AG. an den Besitzer aller Aktien braucht in Preußen weder die 1 proz. Staatssteuer noch eine etwaige Umsatzsteuer gezahlt zu werden. g) Dass. **RG.** BauersZ. **14** 249. Der Auflassungsstempel wird fällig, wenn der Liquidator einer AG. die Grundstücke an den Besitzer aller Aktien überträgt. h) Ausgabe neuer Aktien. BauersZ. **14** 154 weist auf den neu eingefügten § 20 Abs. 1 der Ausführungsbestimmungen zum RStempG. hin, welcher die Befreiung vom Effektenstempel für den Fall anordnet, daß an Stelle der bisherigen Aktien von 300, 600 od. ähnl. neue Kurse über andere Nennbeträge ausgegeben werden, vorausgesetzt, daß der Gesamtnennbetrag der neu ausgegebenen Stücke den bisherigen nicht übersteigt. i) Verstempelung bei Überpariemission. GoldschmidtsZ. **60** 501, GruchotsBeitr. **51** 621 = JDR. **5** Note 2 b Anhang zum 3. Abschn. des 2. Buches. — **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 78. Bei jungen Aktien ist, auch wenn die emittierende AG. sie nicht zu einem bestimmten Überparikurse ausgibt, der Emissionsstempel von dem Nennbetrage zuzüglich des höheren Wertes, für welchen sie von den ersten Erwerbern übernommen werden, zu entrichten; sowohl im Falle der Fusion zweier AGen, als bei Übernahme der jungen Aktien durch ein Konsortium. k) Stempelpflicht von Vorzugsaktien. α. GoldschmidtsZ. **60** 496 = JDR. **5** Note 2 c Anhang zum 3. Abschn. des 2. Buches. β. **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 83. Werden auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses Stammaktien gegen Zuzahlungen in Vorzugsaktien verwandelt, so werden sie weder dadurch, daß sie mit einem sie als Vorzugsaktien kennzeichnenden Ausdrucke versehen werden, zu reinen Aktien im Sinne des Stempelgesetzes noch auch wird ihr Nennwert der Sache nach dadurch geändert, daß sie mit Vorrechten hinsichtlich der Dividenden und der Verteilung des Liquidationsvermögens ausgestattet sind. Die Zuzahlungen unterliegen daher nicht dem Stempel der Tarifst. 1 a.

3. Besteuerung. a) Preußen. BauersZ. **14** 201. Zur Erörterung der Frage, ob die von der AG. und GmbH. bezahlten und auf Unkostenkonto verbuchten Steuern in Preußen dem steuerpflichtigen Einkommen wiederum hinzugerechnet werden müssen. b) Sachsen. α. SächsOVG. **9** 264. Nach § 4 Ziff. 2 SächsEinkStG. sind nicht nur, wie das Finanzministerium in einer V. vom 3. April 1883 annimmt, die Rücklagen vom Reingewinne steuerpflichtig, die zu einem statutarischen Reservefonds fließen, sondern alle solche Rücklagen, die zwar dem Namen nach Reservefonds, in Wirklichkeit nur Gewinnreservierungen zugunsten der Aktionäre sind. β. SächsOVG. **9** 265. Von einem Überschuß im Sinne des Regulativs zum SächsEinkStG. kann erst nach Kürzung der Geschäftsunkosten die Rede sein. Zu letzterem ist zu rechnen der Rabatt, den die AG. laut ihren Statuten ihren Mitgliedern und auch anderen Käufern bei Entnahme von Waren, unabhängig von dem Ergebnisse des Geschäftsjahrs gewährt. γ. SächsOVG. **9** 268. Unter Anlagekapital einer AG. im Sinne des EinkStRegulativs ist die Gesamtheit desjenigen Vermögens anzusehen, welches von der Gesellschaft in ihrem Betriebe zur Erzielung des gewerblichen Ertrags tatsächlich verwendet oder bereit gehalten wird; entscheidend für die Besteuerung ist sein gemeiner Wert, der sich bei AGen aus dem letzten ordnungsmäßigen Abschluß ergibt. c) Württemberg. DJZ. **07** 74 (WürttOVG.). Von der württ. Einkommensteuer frei bleiben die Beträge, welche die AG. ihrem Pensionsfonds zuwendet, gegen den ihre Angestellten und deren Hinterbliebenen einen, wenn auch nur von einem Schiedsgerichte verfolgbaren Anspruch auf Pensionen haben. Unerheblich ist, daß der Pensionsfonds im Eigentum und in der Ver-

waltung der AG. bleibt. Er bildet das Deckungskapitel für teils schon entstandene, teils vorauszusehende Schulden der AG. Der Einkommensteuerfreiheit solcher Zuwendungen ist insofern eine Grenze gesetzt, als das Deckungskapital nicht den Zeitwert der gegenüberstehenden Schulden übersteigen darf.

Vierter Abschnitt. Kommanditgesellschaft auf Aktien.

Vorbemerkung: Hinzuweisen ist auf die wichtige Entscheidung des RG. in der Note zu § 320.

Literatur: Iklé, Die KAG. nach schweizerischem und deutschem Rechte. Bern 1907.

Allgemeines. *Iklé. Eine vergleichende Darstellung des schweizerischen und des deutschen Rechtes führt zu dem Resultate, daß die AKG. grundsätzlich nicht als eine Abart der KG., sondern als eine Abart der AG. aufgefaßt werden sollte. Die Kommanditistengesamtheit des heutigen Rechtes wird, ihrer juristischen Natur nach, auf Grund einer Erweiterung der deutschrechtlichen Genossenschaftstheorie, als „Willens- und Handlungsverband" zu erklären versucht.

§ 320. Vertretung der KAG. im Prozesse. Klagänderung. **RG. 65** 241, BauersZ. **15** 6, JW. **07** 516 Ziff. 19. Die KAG. als solche ist prozeßunfähig; ihr einziger gesetzlicher Vertreter aber ist, als einziger Komplementär, der Kläger. Der Aufsichtsrat ist nur gesetzlicher Vertreter der Gemeinschaft der Kommanditisten. Ausnahmsweise kann er auch die KAG. vertreten; doch gibt es keinen Rechtssatz, daß ihm bei Verhinderung der Komplementen die gesetzliche Vertretung der KAG. zukommt. Da der Komplementar als Kläger verhindert ist, die Gesellschaft als Beklagter zu vertreten, so kann er wirksam gegen sie erst klagen, wenn ihr ein anderer gesetzlicher Vertreter bestellt ist. Die Prokuristen, welche nach dem Statute die KAG. zusammen vertreten können, sind nicht gesetzliche Vertreter; gegen sie als Verteter kann also die Klage nicht gerichtet werden. — Die Erklärung, daß die zunächst gegen die KAG. gerichtete Klage gegen die Kommanditistengesamtheit, vertreten durch den Aufsichtsrat, weitergeführt werden solle, ist gemäß **RG. 49** 376 unter dem Gesichtspunkte der Klagänderung zu beurteilen. Sie ist unzulässig, auch wenn die KAG. nicht widerspricht, da die KAG. für die Kommanditistengemeinschaft Erklärungen nicht abgeben kann.

§ 325. **RG. 66** 37, JW. **07** 486 Ziff. 27. Die nach § 272 vorgesehene Vertretung durch Komplementar und Aufsichtsrat ist eine Gesamtvertretung (s. Note 3 bei § 272).

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

§ 335. Grad der Haftung. **RG.** BauersZ. **14** 92 f. JDR. **5** Note 3.

§§ 338 ff. 1. Recht der Büchereinsicht. OLG. **14** 359, BauersZ. **14** 238 (Marienwerder). Der stille Gesellschafter hat das Recht zur Büchereinsicht auch noch nach Auflösung der stillen Gesellschaft. Der bloße Umstand seines Ausscheidens aus der Gesellschaft kann ihm das Recht nicht nehmen, zumal regelmäßig die Auseinandersetzung dem Ausscheiden nachfolgt und die Büchereinsicht notwendig macht. Andererseits gebietet die Natur des Gesellschaftsverhältnisses und das geschäftliche Interesse des Komplementars, daß das Recht der Büchereinsicht in angemessener Weise ausgeübt wird, d. h. nur wenn der stille Gesellschafter wirklich ein Interesse daran hat, und wenn nicht eine unverhältnismäßig lange Zeit seit seinem Ausscheiden verstrichen ist.

2. Vorlage von Bilanzen. Zuziehung von Sachverständigen. GoldschmidtsZ. **60** 482 (KG.) = JDR. **4** Note 1.

§ 340. Auflösung 1. **RG.** BauersZ. **15** 37, JW. **07** 487 Ziff. 28, LeipzZ. **07** 428, R. **07** 906, ZAktWes **07** 186. Durch Einbringung des von der bisherigen

stillen Gesellschaft betriebenen Geschäfts in eine GmbH. ist jene aufgelöst. Der stille Gesellschafter kann von dem Komplementar seine Einlage zurückfordern, ohne vorerst eine Auseinandersetzung zur Feststellung seines Guthabens herbeizuführen, vorausgesetzt, daß er den Nachweis der zur Begründung seines Anspruchs erforderlichen Tatsachen übernimmt.

2. **RG.** LeipzZ. **07** 427. Ist jemand als stiller Gesellschafter einer oHG. beigetreten, so wird durch den Austritt eines persönlich haftenden Gesellschafters aus der oHG. auch die stille Gesellschaft aufgelöst. Damit erwarb der stille Gesellschafter das Recht auf Rückzahlung seiner Einlage, soweit sie nicht zu dieser Zeit im Geschäft aufgezehrt oder vermindert war und zwar gegen jeden der bisherigen Teilhaber unter solidarischer Haftbarkeit. Dieser Anspruch ist nicht dadurch bedingt, daß gemäß § 340 HGB. damals die Auseinandersetzung zwischen ihm und den bisherigen Teilhabern der oHG. erfolgte. Auch wurde dieser Anspruch durch das spätere Verhältnis zwischen dem ehemaligen stillen Gesellschafter und dem anderen Gesellschafter nicht berührt.

§ 341. Literatur: Saxl, Konkurs eines stillen Gesellschafters, LeipzZ. **07** 904.

Saxl aaO. Gerät der stille Gesellschafter, der die versprochene Einlage nicht eingezahlt hat und überdies dem Geschäftsinhaber aus einem anderweitigen Rechtsgrunde Geld schuldet, in Konkurs, so ist die Konkursdividende wie folgt zu berechnen. Bezeichnet man die Aktiven des stillen Gesellschafters mit a, seine gewöhnlichen Passiven mit p, den Geschäftsverlust, den der Geschäftsinhaber, abgesehen von seiner Forderung an den stillen Gesellschafter, erleidet, mit v, die von dem stillen Gesellschafter vertragsmäßig zu tragende Verlustquote mit $\frac{1}{n}$, die anderweitige Schuld des stillen Gesellschafters mit d und die im Konkurse des stillen Gesellschafters zur Verteilung zu bringende Quote mit $\frac{1}{x}$, so erhält man die Gleichung

$$\frac{1}{x} = \frac{a}{p + \frac{1}{n}\left(v + d - \frac{d}{x}\right) + d}$$

woraus sich für x der Wert

$$\frac{M + V\, M^2 - 4\, a\, d\, n}{2\, a\, n}$$

ergibt, wenn unter M die Größe $v + d + n\,(d + p)$ verstanden wird.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Ein Merkmal dafür, daß die Rechtsprechung, wenigstens die handelsrechtliche, enge Fühlung mit dem praktischen Leben sucht, ist die erhöhte Wertschätzung der Handelsbräuche und Gutachten der Handelskorporationen, wie sie sich in deren vermehrter Anwendung und häufigeren publizistischen Wiedergabe äußert.

Literatur: Apt, Gutachten der Kaufmannschaft von Berlin. Neue Sammlung. Berlin 1907. — Korrespondenz der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin **07** 134 bringt eine populäre Darstellung der Fragen, welche beim Stillschweigen im Handelsverkehr in Betracht kommen. Dem Juristen bietet sie nichts Neues. — Gutachten der Mecklenb. Handelskammer zu Rostock, MecklZ. **25** 128 ff. Ein Abdruck dieser Gutachten empfahl sich nicht, da sie teils lokale mecklenb. Handelsgebräuche wiedergaben, zu noch größerem Teile aber das Bestehen von Handelsgebräuchen in Fällen verneinen, in denen an sich niemand geneigt wäre, ihr Vorliegen anzunehmen. — Gutachten über Handelsgebräuche. Erstattet von der Handelskammer zu Berlin. Herausg. von Dove und Meyerstein. Berlin 1907. Mez, ABürgR. **30** 47 ff., Ein Beitrag zur rechtlichen Betrachtung des Giroverkehrs.

§ 344. 1. **RG.** R. **07** 1330. Die Vermutung des § 344 Abs. 1 trifft auch solche Geschäfte, die für sich betrachtet nicht in den Gewerbebetrieb des Kaufmanns fallen würden. Daß die Geschäfte unbewegliche Sachen betreffen, ist nicht ausschlaggebend. Zur Entkräftung der Vermutung ist erforderlich, daß das Geschäft offensichtlich keine Beziehung zu dem Handelsgewerbe des Kaufmanns hat.

2. WürttJ. **07** 22 (Stuttgart). Die Veräußerung eines Handelsgewerbes nebst der in Bezug auf diese übernommenen Garantie durch jemand, der wegen des Fortbetriebes eines zweiten Handelsgewerbes Kaufmann bleibt, ist ein Rechtsgeschäft, das im Zweifel zum Betrieb des beibehaltenen Handelsgewerbes gehört.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 301. Die gesetzliche Vermutung des § 344 Abs. 1 wird nicht dadurch zerstört, daß ein Kaufmann ein von ihm errichtetes Haus als Rentenhaus, also nicht im Betriebe seines Handelsgewerbes, und zudem gemeinschaftlich mit zwei Nichtkaufleuten erbaut und eingerichtet hat: Die Vermutung des § 344 Abs. 1 trifft auch solche Geschäfte, die, für sich betrachtet, nicht in den Gewerbebetrieb des Kaufmanns fallen würden. Auch daß die Geschäfte eine unbewegliche Sache betreffen, ist nicht ausschlaggebend. Zur Entkräftung der Vermutung des § 344 Abs. 1 ist erforderlich, daß das Geschäft offensichtlich keine Beziehung zum Handelsgewerbe des Kaufmanns hat.

§ 346. 1. Handelsgebräuche. a) **RG.** LeipzZ. **07** 216, SeuffBl. **07** 648. Verkehrssitte, Handelsgebrauch sind auch für denjenigen Kontrahenten maßgebend, welcher sie nicht speziell gekannt hat. Sie wirken nicht bloß kraft stillschweigender Übereinkunft, sondern als eine Ergänzung des Gesetzes. Doch gilt ein unter Vollkaufleuten in Übung befindlicher Handelsgebrauch nicht immer auch unter Minderkaufleuten. Daß dies der Fall sei, muß ausdrücklich festgestellt werden. **b)** DJZ. **07** 1384 (Braunschweig). Kaufmännische Bestätigungsschreiben beschränken sich nach den gemäß § 346 bestehenden Handelsgebräuchen nicht auf die Bedeutung bloßer Beweisurkunden. Ihr Inhalt gilt vielmehr auch hinsichtlich der etwaigen Abweichungen von den mündlichen Vereinbarungen als Vertragsinhalt, sofern die Annahme auch nur stillschweigend erfolgt. **c)** OLG. **14** 375, HansGZ. **07** Hptbl. 213, R. **07** 989 (Hamburg). Die Berechnung von Sackmiete ist im Getreidehandel allgemein üblich. — Ein Anspruch auf Sackmiete, von dem, solange die Geschäftsverbindung dauerte, nicht die Rede war, darf nach dem Abbruche der Geschäftsverbindung geltend gemacht werden, sofern nicht ein stillschweigender Verzicht vorliegt. — Bei den Säcken, in denen der Verkäufer von Getreide die Ware liefert, handelt es sich nicht um die Gewährung des Gebrauchs der Säcke für eine bestimmte Zeit wie bei der Miete und gegen die Bezahlung von Mietzins, vielmehr gibt der Verkäufer die Säcke lediglich deshalb aus der Hand, weil das Getreide darin transportiert wird und ein sofortiges Entleeren nicht immer tunlich ist. Der Begriff des Mietzinses paßt also nicht, vielmehr muß der Sackmieteanspruch als Unterforderung aus dem der Hergabe der Säcke zugrunde liegenden Kaufvertrag aufgefaßt werden. Damit aber weist er sich als unter die Ziff. 1 des § 196 BGB. ev. unter § 197 fallend aus. **d)** Braunschw. Z. **07** 95 (Braunschweig). Zu den Kosten der Abnahme und Versendung (§ 448 BGB.) gehört im Getreidehandel auch die Stellung von Säcken. Der Verkäufer kann allerdings nach Handelsgebrauch Sackmiete fordern, falls er die Säcke stellt. Auf andere Rechtsbeziehungen ist aber das nicht auszudehnen. Daher kann er Schadensersatz dafür, daß die Säcke infolge Erfüllungsverweigerung des Käufers ungenützt liegen, nur dann fordern, wenn ihm wirklich ein Schaden entstanden ist. **e)** SächsRpflA. **07** 279 (Dresden). Für den Handel mit Kleie besteht mindestens im Bezirke der Handelskammer Leipzig der Handelsgebrauch, daß Sackmiete dann nicht gefordert werden kann, wenn der Ersatz des Wertes der Säcke gefordert wird. Die Sackmiete kann nur bis zur Höhe des Wertes der Säcke verlangt werden. **f)** BadRpr. **07** 114 (Karlsruhe). Die während der Viehmärkte in Mannheim seit

14 Jahren regelmäßig zur allgemeinen Kenntnis der Viehhändler an verschiedenen Stellen angeschlagenen „Handelsgebräuche" sind als verbindlich nach § 346 anzuerkennen. g) *Senkpiehl, Speditionsgeschäft 89, 67/68. Die Handelsgebräuche des Speditionsgewerbes sind streng zu trennen von den Gebräuchen, welche im Handel mit gewissen Gütern gelten. Nur die ersteren sind bei Auslegung eines Speditionsvertrags zu verwenden; sie gelten im Verhältnisse des Spediteurs zum Auftraggeber; letztere dagegen im Verhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer. **h)** OLG. **14** 371, R. **07** 988 (KG.). Das Verlangen einer Transportgesellschaft, daß die von ihr bekannt gemachten Bedingungen für jeden bindend sein müßten, der ihre Dienste in Anspruch nimmt, kann nur insoweit anerkannt werden, als die Bekanntmachung für jedermann ohne weiteres verständlich und auch unter Berücksichtigung eines stärkeren Geschäftsverkehrs hinreichend in die Augen fallend ist. — In dem zur Entscheidung stehenden Falle hatte eine an Bahnhöfen stationierte Transportgesellschaft auf die Quittungsscheine, die das Publikum Zug um Zug mit den Gepäckscheinen empfing sowie auf Papptafeln bekannt gemacht, daß sie bei Verlust beförderter Gegenstände nur bis 100 M. vergüte. Das KG. hat die Art der Bekanntmachung nicht für ausreichend erachtet, um eine stillschweigende Unterwerfung der Gegenkontrahenten unter diese Bedingung der Gesellschaft aufzunehmen. **i)** **RG.** LeipzZ. **07** 139. Die allgemeine Behauptung, es sei im Juwelengeschäfte üblich, daß ein Kommissionär Edelsteine aus der Hand geben dürfe, wenn es ihm nicht ausdrücklich untersagt wird, ist schon an sich zu weitgehend und unbestimmt, als daß damit ein beachtlicher Handelsgebrauch geltend gemacht ist. **k)** OLG. **14** 374, R. **07** 988 (KG.). Soweit es im Handelsverkehre bei gewissen Geschäftsbetrieben, zu welchen besonders auch die Transportunternehmungen zu zählen sind, üblich ist, daß die Unternehmer allgemeine Bestimmungen, welche für die von ihnen abzuschließenden Verträge maßgebend sein sollen, aufstellen und den Interessenten bekannt machen, bringen sie durch den Gebrauch von Formularen mit entsprechendem Inhalt in einer im Handelsverkehr üblichen, hinreichend deutlichen Weise zum Ausdrucke, daß sie auch den einzelnen Vertrag nur unter Anwendung jener allgemeinen Bedingungen abzuschließen beabsichtigen. Werden von einem Gegenkontrahenten besondere Bedingungen mitgeteilt und angenommen, so sind dadurch die allgemeinen Bedingungen nicht ohne weiteres beseitigt, vielmehr wird die verkehrsüblich erklärte Absicht, das Rechtsverhältnis den allgemeinen Bedingungen zu unterstellen, durch die Annahme der von der Gegenpartei ausgearbeiteten Bedingungen nur insoweit aufgegeben, als diese eine Abänderung jener allgemeinen Bedingungen enthalten. **l)** R. **07** 817 (Stettin nach Feldhahn). Die Frostklausel im Kartoffelhandel ist, falls Besonderes nicht vereinbart ist, dahin auszulegen, daß Frost, mag er am Erfüllungsort oder auf der Versendungsstrecke eintreten, mag er mehr oder weniger als 5 Grad betragen, zum Rücktritte berechtigt.

2. Klauseln. **a)** LeipzZ. **07** 294 (Hamburg). Die Klausel „eventuelle Differenzen durch Sachverständige zu entscheiden" bedeutet nicht einen den ordentlichen Rechtsweg gänzlich ausschließenden Schiedsvertrag, hat vielmehr nur Differenzen im Auge, deren Entscheidung besonderen technischen Sachverstand erfordert. **b)** LeipzZ. **07** 294 (Hamburg). Die Bedeutung der Klausel „Hamburger Arbitrage" ist bei Kauf nach einer Probe nur die, daß im Falle von Meinungsverschiedenheiten über die Probemäßigkeit der gelieferten Ware zwischen Käufer und Verkäufer die Entscheidung über die Übereinstimmung der gelieferten Ware mit der Probe durch Schiedsmänner in Hamburg herbeigeführt werden soll; fällt diese Entscheidung dahin aus, daß die gelieferte Ware der Probe nicht entspricht, so steht dem Käufer an sich dem geltenden Rechte nach die Befugnis zu, den Kauf rückgängig zu machen. **c)** HansGZ. **07** Hptbl. 309 (Hamburg). Die Klausel „fob Hamburg" wird abweichend von der ihr in der deutschen Rechtsprechung zuteil gewordenen Auslegung,

wonach sie sich nur auf die bis zur Ablieferung der Ware an Bord erwachsenden Kosten bezieht, im englischen Rechte dahin verstanden, daß bis zur Ablieferung an Bord auch die Gefahr den Verkäufer treffen soll. **d)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 176. Die Klauseln „auf", sprachlich richtiger „nach Besicht" oder „wie besehen" oder „Besicht erklärt" haben im Handelsverkehre die Bedeutung, der Verkäufer werde von der Haftung für jeden Mangel der Kaufsache frei, der durch eine Untersuchung der Ware seitens des Käufers erkennbar gewesen wäre. Danach hat ein Kauf auf, sprachlich richtiger „nach Besicht" die rechtliche Bedeutung, daß der Verkäufer die Ware „wie besehen", so wie sie liegt", also ohne Haftung für Mängel, die durch eine Untersuchung erkennbar waren, verkauft, und der Käufer sie in dieser Weise gekauft habe. **e)** OLG. Colmar, ElsLothJZ. **07** 10 und OLG. Hamburg, HansGZ. **07** Hptbl. 121, LeipzZ. **07** 518. Die Klausel „Kassa gegen Dokumente" besagt an sich nur, daß der Käufer, von dem Zahlung verlangt wird, sich nicht darauf berufen kann, er habe die Ware noch nicht gesehen. Nicht aber braucht er trotz Mängel der bereits eingetroffenen Ware zu bezahlen. Wohl aber hat der Käufer, obgleich unkontraktliche Ware geliefert ist, zunächst zu zahlen, wenn der Kaufkontrakt die Klausel enthält „bei Streitigkeiten darf weder Annahme noch Zahlung verweigert werden", sondern es soll, nachdem solche erfolgt ist, jede Partei einen Schiedsrichter wählen. Die Entscheidung der Schiedsrichter ist für beide Teile absolut bindend; die Kosten der Arbitrage trägt jede Partei zur Hälfte. — Bei erwiesener Arglist des Verkäufers, dergestalt, daß er auf die Klausel eine dem Käufer wissentlich vertragswidrige Ware geliefert hat, haben LG. Lübeck und OLG. Hamburg den Käufer an die Klausel nicht für gebunden erachtet, das RG. hat diese Ansicht jedoch reprobiert. **f)** LG. Chemnitz, BauersZ. **14** 262, SächsRpflA. **07** 349. Zur Erfüllung der Klausel „Leere Fastage nehme ich, wenn mir solche franko und in gutem Zustand innerhalb drei Monaten zurückgeliefert wird, zum berechneten Preise wieder an" genügt es, wenn der Kunde die Fastage innerhalb der drei Monate in ordnungsmäßiger Weise zur Rücksendung bringt; es wird nicht erfordert, daß sie innerhalb der drei Monate bei der Lieferantin eingehe. **g)** HansGZ. **07** Hptbl. 270 (Hamburg). Die Bedeutung der Klausel: „Lieferung baldmöglichst" ist beim Kaufgeschäfte die, daß der Verkäufer so bald zu liefern hat, als es einen Verkäufer nach den in Betracht kommenden Handelsverhältnissen möglich ist. **h)** ElsLothJZ. **07** 16 (Colmar). Die Vertragsbestimmung „cif Rotterdam, Verladung in Kalifornien" setzt als Erfüllungsort Kalifornien mit der Maßgabe fest, daß der Verkäufer die Fracht, und andere Kosten von da an bis Rotterdam tragen soll. **i)** LeipzZ. **07** 366 (LG. Karlsruhe). Die Vertragsklausel „zahlbar netto Kassa nach Empfang der Faktura" bedeutet nichts anderes, als daß der Käufer nach Empfang der Rechnung und nicht erst nach Empfang der Ware den Kaufpreis zu bezahlen hat, und daß der Verkäufer mit der Versendung der Ware bis nach Empfang des Kaufpreises warten darf. **k)** LeipzZ. **07** 234 (Hamburg). Befindet sich die Ware bei einem Lagerhalter, so bewirkt die Übersendung einer Faktura mit dem Vermerke „lagern zu Ihrer gefälligen Verfügung bei Herrn X." den Eigentumsübergang. **l)** LeipzZ. **07** 359 (Hamburg). Werden Kartoffeln als „Saatkartoffeln" verkauft, so ist damit noch nicht die Eigenschaft der Keimfähigkeit zugesagt. **m)** SächsRpflA. **07** 162 (Dresden). Aus dem Vermerk auf der Faktura „Ziel 30 Tage mit 2 pCt." kann noch nicht der Schluß gezogen werden, daß damit der Abzug eines Warenskontos, d. h. einer bei vertragsmäßiger Zahlung eintretenden Preisreduktion hat bewilligt werden sollen. Insbesondere gibt die Höhe von 2 pCt. keinen Anhalt in dieser Richtung. Selbst dann ist diese Annahme nicht gestattet, wenn der Verkäufer in früheren Fällen das auf der Faktura angegebene Skonto auch gewährt hat, trotzdem der Käufer den Kaufpreis nicht innerhalb der darauf bestimmten Frist von 30 Tagen gezahlt hat. **n)** HoldheimsMSchr. **07** 206 (Hamburg). Die Klausel „Lieferung franko Waggon" hat die Bedeutung, daß der Verkäufer oder sein an

dem Seehafen ihn vertretender Spediteur keineswegs nur dafür zu sorgen hat, daß die Ware in den Waggon überhaupt hineinkommt, sondern auch dafür, daß der Waggon ordnungsmäßig mit der hineingeschafften Ware beladen, und daß seine Belastungsgrenze nicht überschritten wird. Daß am Orte, wo die Waggonbeladung stattfindet, der Käufer persönlich oder durch einen ihn vertretenden Spediteur anwesend ist, ändert an dieser Verpflichtung des Verkäufers nichts. Auch der persönlich oder durch seinen Spediteur ortsanwesende Käufer hat sich um die Beladung der Waggons nicht zu kümmern, sondern darf verlangen, daß ihm die Ware in nicht überlasteten, ordnungsmäßig beladenen Waggons angedient wird. Ob der Verkäufer die Ware an ihrer Produktionsstätte in die Waggons zu verladen oder diese Verladung in einem Seehafen vorzunehmen hat, wohin er die Ware erst über See befördern mußte, ist ebenfalls für seine Verpflichtung, die Beladung der Waggons ordnungsmäßig zu besorgen, ganz gleichgültig. Diese Verpflichtung des Verkäufers kommt auch dadurch nicht in Wegfall, daß die Waggons vom Käufer zu stellen und zu expedieren sind. **o)** HansGZ. **07** 19 (Hamburg). Ein Kauf unter der Klausel „Juli/September-Erwartung" bedeutet, daß die Ware in Südamerika so zeitig abgeladen werde, daß man ihre Ankunft nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge in den Monaten Juli bis September habe erwarten können. Deshalb darf nicht im November eine Ware angeboten werden, die so spät abgeladen worden ist, daß man ihre Ankunft nicht bis September erwarten konnte. **p)** **RG.** LeipzZ. **07** 741. Wenn der Verkäufer verkauft unter der Klausel „Regulierung Kasse 2 pCt. Skonto, Abnahme auf meinem Platze", so hat er seine Vertragspflichten erfüllt mit der Verladung der Ware, und der Käufer ist nicht berechtigt, die Bezahlung bis nach Empfang der Ware an seinem Wohnorte zu verweigern. **q)** BraunschwZ. **07** 95 (Braunschweig). Die Bestellung und Lieferung des „Jahresbedarfs" ist dahin auszulegen, daß der Käufer nicht so viel abrufen darf, wie er will, auch wenn es zum Zwecke des Weiterverkaufs geschieht, sondern nur so viel, wie er für seinen eigenen Fabrikbedarf braucht. **r)** HessRspr. 7 171 (Darmstadt). In der Übernahme der Verpflichtung, „franko Rheinschiff" oder „franko Waggon Rotterdam" zu liefern, liegt keine Festsetzung der Abnahmepflicht in Rotterdam für den Käufer. In der Klausel „cif Rotterdam" (d. h. Kosten der Versicherung und Fracht bis Rotterdam) ist die Festsetzung des Ablieferungsorts in Rotterdam noch nicht enthalten. Bei der Klausel „cif Rotterdam" wird vorausgesetzt, daß der Käufer selbst oder durch einen Beauftragten die Ware in Rotterdam in Empfang nehmen soll; hier aber ist durch die Vertragsbestimmung, daß der Verkäufer auch noch die Überladung aus dem Seeschiff in das Rheinschiff oder den Waggon zu besorgen habe, die Notwendigkeit des Käufers, sich selbst oder durch einen Bevollmächtigten zur Empfangnahme in Rotterdam einzufinden, ausgeschlossen.

3. T r e u u n d G l a u b e n. V e r k e h r s s i t t e. **a)** **RG.** **65** 185, BankA. **6** 217, JW. **07** 270, R. **07** 519. Die Bewilligung eines kaufmännischen Kredits, sog. revolving credit's, ist so aufzufassen, daß eine Kündigung zwar jederzeit ausgesprochen werden konnte, daß sie jedoch, wenn sie nach vertragsmäßiger Ziehung einer neuen Tratte ausgesprochen wird, das Vertragsverhältnis erst zu deren Verfall löst, so daß der Kreditgeber insbesondere noch zur Akzeptierung dieser Tratte verpflichtet blieb. Dies folgt notwendig aus dem Zwecke des Vertrags, der darin bestand, der Kreditnehmerin mittels des zugesagten Akzeptkredits für einen längeren Zeitraum Geldmittel zu verschaffen. In einem solchen Falle wäre es widersinnig, bei Anwendung der Klausel „rebus sic stantibus", den Zeitpunkt der ersten noch gar nicht bindenden Beredung als maßgebend für die Frage zu behandeln, ob ein Kontrahent wegen inzwischen veränderter Umstände nach Treu und Glauben an dem Vertrage festgehalten werden kann. Ist die Veränderung zu einer Zeit eingetreten, wo er noch nicht gebunden war und hat er als-

dann aus freier Entschließung die Bindung sich vollziehen lassen, so fehlt es an jedem Grunde, ihn von der Vertragserfüllung freizusprechen. **b)** **RG.** LeipzZ. **07** 428. Auch wenn beim Vertragsabschlusse die eine Partei (A.) wußte, daß die andere (B.) in der Regel nur auf Grund ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen abzuschließen pflege, so wurden diese dadurch allein noch nicht Vertragsbestandteil, wenn tatsächlich ohne jede Erwähnung solcher Bedingungen abgeschlossen wurde, solche auch nicht schon früher der Partei A. übersandt oder sonst bekannt gegeben worden waren. **c)** **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 74. Die Frage, ob die Gewährung von Geld und Kredit an eine Konkurrenzfirma unter das (beim Verkauf eines Geschäfts dem Verkäufer vertragsmäßig auferlegte) Konkurrenzverbot fällt, ist mit Rücksicht auf die in den kaufmännischen Kreisen herrschende Verkehrssitte zu beantworten. **d)** HansGZ. **07** Hptbl. 259 (Hamburg). Stillschweigen auf die eingesandte Schlußnote, nach welcher Parteien sich dem Schiedsgerichte des Vereins der am Futterhandel beteiligten Firmen unterwerfen, ist als Zustimmung zu einer solchen Vertragsbestimmung anzusehen. **e)** **RG.** SeuffBl. **07** 648, JW. **07** 149. Der unter Kaufleuten nach Handelsbrauch pflichtgemäße Widerspruch gegen ein Bestätigungsschreiben, mit dessen Inhalt der Empfänger nicht einverstanden ist, kann auch durch Ablehnung der Unterzeichnung eines dem Bestätigungsschreiben beigelegten „Gegenbriefs" erfolgen. **f)** SächsOLG. **28** 249 (Dresden). Aus § 379 geht eine Pflicht zur Aufbewahrung unbestellt zugesandter Waren nicht hervor. Sie besteht aber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, jedoch nur für so lange, als nicht der Absender selbst die Sorge über die Ware zu übernehmen in die Lage kommt. Das ist der Fall, wenn der vom Absender bestellte Agent sie übernimmt. Übernimmt er sie aber nicht für den Absender, sondern für den Empfänger, so liegt eine Aufbewahrung durch Hinterlegung bei einem Dritten vor, und der Empfänger haftet nur für culpa in eligendo. **g)** Leist, ACivPr. **102** 242 ff. Der in der Praxis mehrfach anerkannte Ausschluß der Irrtumsanfechtung gegenüber Bestellscheinen kann nur durch eine einschränkende Auslegung des „Inhalts der Willenserklärung" im BGB. § 119 gerechtfertigt werden. **h)** **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 165. Von dem Grundsatze, daß eine vertraglich bedungene Zahlungszeit innezuhalten sei, ist nicht eine Abweichung auf Grund eines Handelsgebrauchs zulässig. Eine solche Übung wäre als Mißbrauch unbeachtlich. **i)** SeuffA. **62** 346 (Hamburg). Die ohne Begleitschreiben vorgenommene einfache Zurücksendung des Bestätigungsbriefs läßt erkennen, daß der Empfänger nicht anerkennen will. Die Gefahr der Rücksendung trägt dabei der erste Absender des Schreibens, der ebenso beweispflichtig für das vorbehaltlose Behalten ist.

4. Stillschweigen im Handelsverkehr. **a)** Leist, ACivPr. **102** 259. In der Praxis wird aus § 346 nicht bloß vielfach abgeleitet, daß der Empfänger eines Bestätigungsschreibens sich durch Stillschweigen mit dessen Inhalt einverstanden erkläre, sondern auch, daß diese stillschweigende Willenserklärung der Anfechtung wegen Irrtums entzogen sei. Dies kann aber nur durch eine fragwürdige Auslegung von § 119 BGB. begründet werden. **b)** PosMSchr. **07** 49, SeuffA. **62** 346 (Posen). Auch wenn der Empfänger eines Bestätigungsschreibens der Aufforderung, es anerkannt zurückzusenden, nicht Folge leistet, gilt sein Schweigen als Zustimmung. **c)** SächsOLG. **28** 51 (Dresden). Der Schlußsatz eines im Laufe einer kaufmännischen Korrespondenz gemachten Vorschlags „Sie hiermit einverstanden hoffend, zeichnet um event. umgehenden Bescheid bittend" ist auszulegen als das in die Form einer Bitte eingekleidete Verlangen nach umgehendem Bescheid im Falle der Ablehnung des Vorschlags, so daß ihn also der Absender als angenommen ansehen kann, falls keine Antwort erfolgt.

§ 347. 1. Mez 87. Die Haftungsvereinbarungen in den Giroverträgen der Banken ändern nichts daran, daß für die Haftung der Banken die Be-

stimmungen der §§ 254 BGB., 347 HGB. in vollem Umfange bestehen bleiben. S. näheres auch bei § 675 BGB. Ziff. 1.

2. **RG.** DJZ. **07** 425, R. **07** 261. Die Sorgfalt einer mit Einholung des Akzepts einer Tratte beauftragten Mittelsperson geht nicht soweit, über die Verhältnisse der Firmen, von denen ein Akzept gegen Auslieferung von Papieren einzuholen ist, noch besondere Erkundigungen einzuziehen. Es genügt, wenn sich die Bank von der Erteilung des Akzepts überzeugt.

§ 348. Vgl. JDR. **2**, **3** u. **5**.

§ 349. Vgl. JDR. **5**.

§ 350. LeipzZ. **07** 846 (LG. Leipzig). Die Ansicht, daß mündliche Annahme der Anweisung dann genüge, wenn die Annahme auf Seite des Angewiesenen ein Handelsgeschäft ist, ist irrig. § 350 gibt eine solche Bestimmung nur für Bürgschaft, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis. Eine analoge Anwendung dieses Paragraphen auf die Anweisung ist nicht gerechtfertigt.

§ 352. Vgl. JDR. **2**.

§ 353. Vgl. JDR. **3**.

§ 354. B r e i t , Vinkulationsgeschäft 242—243. Beim Vinkulationsgeschäfte (s. näheres u. vor § 373 Ziff. 1a) steht dem Importeure, der die vinkuliert angebotene Ware wegen vertragswidriger Vinkulation ablehnt, der Provisionsanspruch sowohl gegen den Verkäufer wie gegen den Bankier zu. Denn die Aufbewahrung kommt nicht nur dem Verkäufer, sondern — und zwar in erster Linie — dem Bankier zugute (vgl. auch § 379). S. ferner über das Vinkulationsgeschäft näheres bei § 243 BGB. Ziff. 2.

§ 355. 1. OLG. **14** 374, R. **07** 989 (Bamberg). Bei einem Kontokurrentverhältnis im Sinne des § 355 ist ein Zurückgreifen auf frühere angeblich nicht berechnete Forderungen unzulässig. Bei einem uneigentlichen Kontokurrent, wo bei dauernder Geschäftsverbindung der eine Teil kreditiert, der andere zahlt, hat die Anerkennung eines gezogenen Saldos ebenfalls rechtliche Wirkungen: Einwendungen gegen die Richtigkeit der einzelnen Posten, oder gegen die Vollständigkeit der anerkannten Rechnung allgemeiner Natur, sowie auch die bloße Darlegung der Unrichtigkeit oder der Weglassung einzelner bestimmter Posten, sind nicht statthaft, da nicht bloß ein Zugeständnis, sondern ein Anerkenntnisvertrag und eine Novation vorliegt. Eine Anfechtung dieses Anerkenntnisses kann nur unter den Voraussetzungen der Kondiktion oder des Irrtums, Betrugs, Zwanges erfolgen. — Gegen die Novationstheorie O e r t m a n n , BankA. **6** 137 ff.

2. R. **07** 711 (Colmar). Auch die Schuld aus einem unwirksamen Börsentermingeschäfte kann, da sie erfüllbar, wenn auch nicht klagbar ist, Gegenstand eines Aufrechnungsvertrags sein. Zulässig ist es daher, vertragsweise gegen eine Forderung aus einem Börsentermingeschäft und mit einer solchen aufzurechnen. Die Rechtsbeständigkeit eines solchen Vertrags wird nicht dadurch berührt, daß in einem nachträglichen Prozesse die Ungültigkeit jener Börsentermingeschäfte geltend gemacht wird. Der Aufrechnungsvertrag hatte dann aber, wenn nichts Abweichendes vereinbart worden, keinen anderen Inhalt als den, daß die Gesamtheit der auf der Aktivseite des Rechnungsauszugs stehenden Posten mit Einschluß derjenigen aus Börsentermingeschäften gegen die Gesamtheit der auf der Passivseite stehenden Posten einschließlich derjenigen aus Börsentermingeschäften aufgerechnet wurde.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1024, R. **07** 1080. Es ist nicht zulässig, ein Kontokurrent nach Empfang einer Zahlung zu schließen und den Saldo zu ziehen, ohne Rücksicht darauf, daß die Zahlung als Gegenwert für zu liefernde Wertpapiere erfolgt ist, und ohne daß die Papiere geliefert werden.

4. **RG.** R. **07** 1475. Bei dem Kontokurrentverhältnisse stellt sich der Saldo, der sich für einen bestimmten Zeitpunkt nach dem dermaligen Stande der Rechnung

zugunsten des einen Teiles ergibt, als eine wirkliche Forderung dar, wenn diese auch betagt und durch die weitere Entwickelung des Kontokurrents bedingt ist.

5. Mez 89 ff. Das Giroguthaben bei einer Bank ist nicht als eine Abart des Kontokurrentverhältnisses, auch nicht als ein Depositum irregulare aufzufassen. Es ist vielmehr ein Dienstverhältnis, welches eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat und gemäß § 675 BGB. nach dem Auftragsrecht zu behandeln ist, wobei das Giroguthaben den Bestimmungen der §§ 667 ff. BGB. unterliegt. S. a. o. zu § 347 Ziff. 1 und bei § 675 BGB. Ziff. 1.

§ 356. 1. RheinA. **07** I 124 (Cöln). Hat vor der Inanspruchnahme der Sicherheit oder der Mithaft eine mehrfache Abrechnung und Saldofeststellung stattgefunden, so entscheidet der niedrigste Saldo. §§ 366 Abs. 2 u. 396 BGB. finden keine Anwendung. Doch gilt das nur, wenn bei Bestellung der Sicherheit oder Mithaft sich die Forderung bereits im Kontokurrent befindet oder wenn die Sicherheit oder Mithaft ausdrücklich für die künftige Kontokurrentschuld begründet wird. — Vgl. aber Oertmann, BankA. **6** 139.

2. **RG.** BadRpr. **07** 150, R. **07** 317. Nach dem gegenwärtig geltenden Handelsrechte kann eine Bürgschaft für Forderungen, die in eine Kontokurrentrechnung aufgenommen werden und mit deren Anerkennung in dem Saldo untergehen, gesondert von der Forderung aus dem Saldo eingegangen werden und bleibt trotz des Aufgehens der Einzelforderung in dem Saldo wirksam. Es kann deshalb ebensowohl Bürgschaft für die Kontokurrentschuld als solche übernommen werden, als auch für die einzelnen künftigen aus dem Kreditverhältnisse dem Schuldner zu gewährenden Kapitalien, und zwar auch ohne die Nebenforderungen von Zinsen 2c.

3. R. **07** 317 (Stuttgart). Stand der Kridar mit dem Miteigentümer in einem Kontokurrentverhältnis und ist der Saldo vom Konkursverwalter anerkannt worden, so kann hieraus der Einwand nicht hergeleitet werden, die auf die Gemeinschaft zu gründende Forderung sei durch die Aufnahme in die laufende Rechnung und Saldoanerkennung erloschen und deshalb der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nicht begründet.

§ 357. Vgl. JDR. **3** u. **4**.

§ 360. Vgl. JDR. **2**.

§ 362. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 400 ff. Die Vorschrift, daß hier das Schweigen als Vertragsannahme gilt, ist eine zwingende und ihre Wirkung vom wahren Willen des Antragsempfängers unabhängig. Die §§ 116 ff. sind nicht anwendbar, weil auch eine konkludente Erklärung nicht verlangt, vielmehr im Handelsinteresse durchgegriffen und eine definitive Rechtslage statuiert wird. S. über Manigk insbesondere bei §§ 116 ff., 119, 130, 133, 152, 154 usw. BGB.

§ 363. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 225 ff. Der Nachnahmeschein, den Spediteure ihren Auftraggebern über die auf Speditionsgüter gelegten Nachnahmen auszustellen pflegen, ist ein kaufmännischer Verpflichtungsschein im Sinne des § 363.

§ 364. Vgl. JDR. **2** u. **3**.

§ 365. Vgl. JDR. **2**.

§ 366. Vgl. JDR. **2—4**.

§ 367. Vgl. JDR. **2** u. **4**.

§ 369. **RG.** ElsLothJZ. **07** 40. Ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht kann auch dann geltend gemacht werden, wenn Leistung und Gegenleistung aus einem innerlich zusammengehörigen einheitlichen Lebensverhältnis entspringen und wenn bezüglich der Rechtsgeschäfte eine gewollte Einheitlichkeit und ein natürlicher Zusammenhang besteht. Gegenseitige rechtliche Bedingtheit ist nicht unbedingt erforderlich. — Der Gläubiger darf nicht mehr zurückhalten, als zu seiner

Deckung unbedingt erforderlich ist. Vgl. Oertmann, BankA. **6** 137 ff., bei § 273 BGB. Ziff. 3 a.

§ 371. LeipzZ. **07** 764 (LG. Leipzig). Ein Gläubiger, dem bei der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht aus § 369 zustand, kann sich aus den zurückbehaltenden Gegenständen auch dann befriedigen, wenn der nach § 371 Abs. 3 erforderliche vollstreckbare Titel zur Zeit der Konkursverwaltung noch nicht vorhanden war.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

Vorbemerkung: Bis in die Mitte des vorigen Jahrhunderts war das Lombardgeschäft noch im wesentlichen an das ruhende Pfand geknüpft. Einen Fortschritt bringt die Erkenntnis, daß auch die zirkulierende Ware lombardfähig sei. Diese zuerst im überseeischen Verkehr entwickelte Lombardierung hat im Binnenhandel das Vinkulationsgeschäft gezeitigt, welches in den letzten Jahren zwar eine große Reihe Prozesse veranlaßte, aber bisher noch keine wissenschaftlich befriedigende Konstruktion und Erörterung gefunden hatte. Das Urteil des RG. vom 31. März 1903, die Urteile der OLG. Dresden u. Breslau, die Theorie Trumplers gaben keine dem Rechtsempfinden genügende Lösung des Problems Ein grundlegendes Werk für diese Materie, dessen Resultate m. E. wissenschaftlich ebenso befriedigend, wie juristisch zutreffend sind, hat nunmehr Breit („Das Vinkulationsgeschäft") geschaffen. Die Judikatur darf schon im Interesse des bei der bisherigen Rechtsprechung schwer geschädigten deutschen Imports an diesem bedeutenden Werke nicht vorübergehen.

Literatur: Breit, Das Vinkulationsgeschäft. Tübingen 1908. — Flechtheim, Das Vinkulationsgeschäft, GoldschmidtsZ. **60** 124—163. — Senckpiehl, Das Speditionsgeschäft nach deutschem Rechte. Hannover 1907.

Vor § 373. 1. Handelskauf. a) Breit, Das Vinkulationsgeschäft. (S. auch den Auszug bei § 243 BGB. Ziff. 2 a). Unter dem Vinkulationsgeschäfte versteht man den mit einer Lombardierung seitens des Verkäufers verbundenen Verkauf rollender Ware. Im Überseegeschäfte hat sich seit langer Zeit bereits die Übung entwickelt, daß der Verkäufer einen Bankier nicht nur mit dem Inkasso des Kaufpreises beauftragte, sondern gleichzeitig dem Bankier gegen einen Vorschuß auf den Kaufpreis die Ware verpfändete. Die Verpfändung tritt hier nicht offen zutage: Die Klausel des Kaufvertrags „Kassa gegen Dokumente" macht eine besondere Mitteilung der Verpfändung überflüssig. Im Binnenhandel hat sich dieses Verpfändungssystem im allgemeinen nicht ausgebildet (1 ff.). — Mit dem Ausbaue der Bahnverbindungen nach dem Westen hat das sog. Vinkulationsgeschäft den gesamten Import von den östlichen Ländern (Rußland, Österreich-Ungarn, Balkan) ergriffen und zu schweren Schädigungen des deutschen Importhandels geführt. Die Technik dieses Handels ist die, daß der ausländische Verkäufer nach Abschluß des Kaufvertrags die von ihm anzuschaffende Ware durch den Bankier bevorschussen läßt. Mit dem Vorschusse bezahlt er einen Teil des Kaufpreises. Der Bankier erhält die Ware als Pfand oder als Sicherungseigentum. Alsdann schickt der Bankier einen sog. Vinkulationsbrief dem Käufer zu (Formulare 23 ff.). — Die Vinkulationsbriefe stimmen trotz aller Verschiedenheiten im einzelnen darin überein, daß in ihnen der Bankier dem Käufer erklärt, die Ware sei auf Grund der Bevorschussung sein Eigentum oder sein Pfand geworden und es dürfe sich der Käufer der Ware nur bedienen, wenn er den Kaufpreis an ihn, den Bankier, ohne Abzüge zahle. Vielfach enthalten die Briefe einen Eigentumsvorbehalt bis zur Zahlung des Betrags. Bisweilen, aber durchaus nicht immer, ja sogar nur in den selteneren Fällen teilt auch der Verkäufer dem Käufer die Verpfändung mit (Vinkulationsavis). — Entwickelt haben sich die Vinkulationsbriefe aus

bloßen Mitteilungen der Zession des Kaufpreises. Nachdem die Gerichte auf Grund solcher Zessionsmitteilungen den Bankier lediglich als Rechtsnachfolger des Verkäufers betrachtet hatten, also Einreden aus der Person des Verkäufers zuließen, verfielen die Bankiers auf den Ausweg, die Eigentumsübertragung der Verpfändung besonders hervorzuheben. Die Mißstände im Vinkulationshandel liegen nun darin, daß durch ihn dem Importeur die Möglichkeit abgeschnitten werden soll, mit Gegenansprüchen gegen den Verkäufer aufzurechnen, oder den Kaufpreis wegen Mängel der Ware zu mindern. Diese Mißstände haben ihre Sanktion empfangen durch das **RG.** vom 31. März 1903, **54** 213 ff. Danach ist der Vinkulationsbrief eine Offerte des Bankiers, vermittels deren er die Erfüllung des vom Exporteur abgeschlossenen Kaufvertrags anbietet. Verwendet der Käufer die Ware, so ist dies die Annahme der Offerte. Er kann alsdann mit Gegenansprüchen gegen den Verkäufer nicht mehr aufrechnen und den Vinkulationsbetrag nicht wegen Mängel der Ware kürzen. — Die sämtlichen Vinkulationsbriefe enthalten nun — und das ist der Kernpunkt der B r e i t schen Schrift — eine wesentliche Unwahrheit des Bankiers: Die Angabe nämlich, daß die Ware v o l l bevorschußt sei. Die Gerichte haben die Unwahrheit dieser Behauptung bisher zum Schaden des deutschen Imports ignoriert. Kein Bankier denkt selbst bei solventen Kunden daran, eine Ware — noch dazu Getreide oder Eier, die das wichtigste Vinkulationsgut bilden — in voller Höhe des Wertes, geschweige denn in Höhe des Kaufpreises zu bevorschussen. Die Vorschüsse werden sich niemals höher als auf 80 pCt. des Wertes belaufen. Darüber sind sich auch alle Kenner der Verhältnisse vollständig einig. Wenn also die Ware für 1000 M. verkauft worden ist, so beträgt der vorgeschossene Betrag niemals mehr als 800 M., und sehr häufig wird er noch weit niedriger sein. Die gerechte Lösung ist nun offensichtlich die, daß der Bankier, der die Ware bevorschußt hat, den Betrag erhält, der seinem Vorschuß entspricht, und daß auf der anderen Seite der Käufer sich an den verbleibenden Rest (Inkassodifferenz) wegen seiner Gegenansprüche hält. Wenn also die Ware für 1000 M. verkauft worden ist, der Vorschuß 800 M. beträgt und der Importeur Gegenansprüche gegen den Verkäufer aus früheren Geschäften in Höhe von 300 M. hat, so ist die billige Lösung, daß der Bankier seine 800 M. erhält und der Verkäufer die 200 M. Inkassodifferenz zurückbehält. — B r e i t sucht die Möglichkeit darzutun, dieses allein billige Ergebnis auf Grund der deutschen Gesetze zu begründen. Der Erfolg ist dann sehr einfach zu erreichen, wenn der Importeur ausnahmsweise die Höhe des Vorschusses kennt. Denn er ist berechtigt, gemäß § 267 BGB. die Vorschußschuld des Verkäufers an den Bankier zu tilgen. Der Bankier ist verpflichtet, da es sich um eine vertretbare Leistung handelt, die Leistung von ihm anzunehmen. Allerdings kann nach § 267 der Verkäufer widersprechen. Dieses Widerspruchsrecht ist aber beim Vinkulationsgeschäft ausgeschlossen, weil der Kaufvertrag zwischen Exporteur und Importeur den Grundsätzen von Treu und Glauben untersteht. Muß sonach der Bankier den vorgeschossenen Betrag vom Importeur annehmen, so erlischt damit sein Pfandrecht an der Ware (§ 1252 BGB.). Verweigert der Bankier die Annahme, so folgt das Erlöschen aus § 162 BGB. Ist der Bankier nicht bloß Pfandbesitzer, sondern unwiderruflicher Eigentümer, so ist das Ergebnis sachlich dasselbe: Der Bankier ist zur Übertragung des Eigentums an der Ware an den Exporteur verpflichtet, und gegenüber dem Exporteur hat wiederum der Importeur einen Anspruch auf Eigentumsübertragung. Es ist also der Importeur materiell an der Ware berechtigt. — Die wesentlichste Schwierigkeit liegt nur darin, daß der Importeur die tatsächliche Höhe des Vorschusses nicht kennt. Man wird aber doch wohl die Möglichkeit, eine das Rechtsempfinden befriedigende Lösung des Problems zu erreichen, nicht an der Beweisfrage scheitern lassen wollen. Muß der Importeur den Nachweis führen, daß die Ware nicht voll bevorschußt sei, oder

trifft die Beweislast den Bankier dafür, ob und wie hoch die Ware bevorschußt ist? Die Frage entscheidet sich leicht, sobald man den ganzen Vorgang in erster Linie als das betrachtet, was er wirtschaftlich ist: als Kauf. Die vinkulierte Ware ist gleichzeitig die verkaufte Ware. Der Bankier mag in dinglicher Beziehung Sicherungseigentümer oder Pfandgläubiger sein: er ist gleichzeitig in kontraktlicher Beziehung der Erfüllungsgehilfe des Verkäufers. Es wird nur der Kaufvertrag ausnahmsweise durch Lieferung von Ware erfüllt, die einem Dritten angeblich verpfändet ist. Betrachtet man das Verhältnis unter diesem Gesichtspunkte, so muß der Dritte, der behauptet, ein Pfandrecht oder das Sicherungseigentum an der Ware zu haben, dieses Recht ebenso beweisen, wie jeder andere, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt. Mit den gesetzlichen Eigentums- und Pfandrechtsvermutungen darf hier nicht operiert werden. Es handelt sich eben in Wahrheit nicht um normales Eigentum, sondern nur um Sicherungseigentum, also um ein pfandrechtähnliches Recht. Wer aber behauptet, ein Pfandrecht an einer Ware zu besitzen, muß den Nachweis führen und muß vor allem die Höhe seiner angeblichen Forderung beweisen (247 ff.). — Die Stellung des Bankiers ist durch diese — →→ als sehr glücklich zu bezeichnende — Red. ←← — Lösung nicht gefährdet. Denn er ist nicht nur Besitzer der Kaufsache, sondern er ist stets auch gleichzeitig Zessionar des Kaufpreises. Es ist sonach der Bankier — gleichgültig wie es sich mit dem Vorschusse verhält — zugleich Gläubiger der Kaufpreisforderung. Will mithin der Importeur diese Kaufpreisforderung kürzen, so muß er zunächst den Nachweis erbringen, daß diese Kürzungen berechtigt sind. Gegenüber diesem Nachweise steht dem Bankier alsdann die Replik offen, daß durch die Kürzungen sein Anspruch auf ungekürzten Ersatz seines Vorschusses beeinträchtigt würde. — Man wird die Verwendung der Ware als Erklärung des Importeurs zu interpretieren haben, daß er den Bankier wegen seines Vorschusses auf die Ware befriedigen wolle. Es entspringt sonach aus ihr eine Verpflichtung des Importeurs, den Bankier wegen seines Vorschusses auf die Ware zu befriedigen.— Diese Auslegung ist auch der einzige Weg, der eine billige Lösung des Knotens ermöglicht. Faßt man die Verwendung der Ware mit dem RG. als Annahme der Offerte auf Zahlung des Vinkulationsbetrags auf, so muß der Importeur mehr zahlen, als er zu zahlen verpflichtet ist. Erblickt man dagegen in der Verwendung eine unerlaubte Handlung, macht man sonach den Importeur nur auf Schadensersatz haftbar, so muß man ihn folgerecht wegen Unterschlagung der Ware bestrafen. — Keinerlei Verpflichtung außerhalb des Kaufvertrags liegt dem Importeur ob, wenn er die Ware verwendet, ehe er den Vinkulationsbrief erhalten hat. Insbesondere kann er dann weder auf Schadensersatz noch wegen Bereicherung vom Bankier belangt werden. Er haftet als gewöhnlicher Kaufpreisschuldner. — Die Transportgefahr beim Vinkulationsgeschäfte trägt, wie bei jedem anderen Kaufe, der Käufer. Die abweichende Ansicht Flechtheims ist unrichtig. — Die Angaben des Vinkulationsbriefs verpflichten den Bankier nicht, sofern er nicht wissentlich unwahre Angaben gemacht hat. Eine Haftung auf Schadensersatz ist dann begründet, wenn der Bankier, der Wahrheit zuwider, im Vinkulationsbriefe die volle Bevorschussung behauptet hat, und der Importeur im Glauben an die Richtigkeit dieser Angaben berechtigte Kürzungen des Kaufpreises unterlassen hat. — Nach alledem ist der Kern des ganzen Vinkulationsproblems die Tatsache, daß die in den Vinkulationsbriefen ausnahmslos behauptete volle Bevorschussung eine unwahre Angabe ist. Auf Ersatz des effektiven Guthabens hat der Bankier einen berechtigten Anspruch. Was er darüber hinaus verlangt, verlangt er als Zessionar der Kaufpreisforderung, und insoweit ist er den Einwendungen aus der Person des Verkäufers ausgesetzt.

b) Flechtheim wendet sich gegen Trumpler, HoldheimsMSchr. **12** 268, und Düringer-Hachenburg III 351, welche in dem Vinkulationsgeschäft

einen zweiten selbständigen zu dem Kaufgeschäfte hinzutretenden Vertrag erblicken. Das Vinkulationsgeschäft ist aber nach Flechtheim überhaupt kein obligatorischer Vertrag, sondern bezweckt lediglich den Austausch der auf Grund des Kaufgeschäfts bereits verschuldeten Leistungen. Dieser Austausch vollzieht sich durch eine Anweisung des Verkäufers an den Bankier, die Ware gegen Zahlung des Kaufpreises an den Käufer zu liefern, und eine Anweisung des Verkäufers an den Käufer, dem Bankier das Geld gegen Lieferung der Ware zu zahlen. Der Bankier ist also ermächtigt, die Zahlung im eigenen Namen in Empfang zu nehmen, und er bietet dafür die Ware im eigenen Namen an, nicht als Vertreter des Verkäufers. Die §§ 787, 788 BGB. sind anwendbar und führen zu einer unmittelbaren Erledigung des Kaufgeschäfts durch die Ausführung der Vinkulationsanweisung. Da der Bankier im eigenen Namen handelt, aber in kein selbständiges Verpflichtungsverhältnis zum Käufer tritt, kann er auch nicht wegen verspäteter und mangelhafter Erfüllung des Kaufgeschäfts in Anspruch genommen werden, insbesondere kann der Käufer bei mangelhafter Ware nicht einen Teil des Kaufpreises einbehalten. Nur wenn der Bankier selbst im Vinkulationsschreiben unrichtige Angaben über die Ware gemacht und der Käufer in Unkenntnis ihrer Unrichtigkeit gezahlt hat, ist der Vinkulant für die Differenz haftbar. Die Vinkulation ist gerichtet auf den Austausch der Leistungen. Da der Bankier die Ware unter der Bedingung der Zahlung an ihn dem Käufer zusendet, stellt eine Verfügung des Käufers über die Ware ohne Erfüllung dieser Bedingung einen rechtswidrigen Eingriff in fremdes Eigentum dar und erzeugt infolgedessen außervertragliche Ansprüche, die höchstens im Ersatze des Schadens, bei minderwertiger Ware also auch im Ersatz dieses Wertes bestehen können; dagegen kann man nicht ohne weiteres im Verbrauche der Ware mit dem RG. den Abschluß eines obligatorischen Vertrags erblicken, der den Käufer vertraglich zur Zahlung der ganzen Vinkulationssumme verpflichtet. Den Abschluß eines solchen Vertrags hat der Bankier dem Käufer nicht angetragen; der Käufer will auch eine solche Verpflichtung gar nicht übernehmen. — Die Vinkulation darf vom Käufer nicht mehr honoriert werden, sobald die Kaufpreisforderung von Gläubigern des Verkäufers gepfändet oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet war. — Gegen die Flechtheimsche Theorie von der Doppelanweisung s. Breit 95 ff. Näheres über Flechtheim s. a. o. zu § 243 BGB. Ziff. 2b und § 783 Ziff. 8.

2. Sukzessivlieferung. a) HansGZ. **07** Hptbl. 263 (Hamburg). Beim Lieferungskauf auf Abruf ist die Ausübung der Rechte des Käufers an eine bestimmte Frist nicht gebunden, aber darum besteht sein Recht doch nicht bis in die Ewigkeit. Vielmehr wird man anzunehmen haben, daß der Käufer, der eine nach den Umständen des Falles als übermäßig zu bezeichnende Frist verstreichen läßt, ohne auf Lieferung zu dringen, das Interesse an der Lieferung verloren und auf die Lieferung verzichtet hat und daß er illoyal handelt und daher nicht zu hören ist, wenn er nach Ablauf so langer Zeit auf einen Abschluß zurückkommen will, von dem auch der andere Teil annehmen mußte, daß er durch beiderseitiges stilles Einverständnis längst Erledigung gefunden habe. **b) RG.** HoldheimsMSchr. **07** 275. Beim Sukzessivlieferungskaufe berechtigt die Mangelhaftigkeit der ersten Teillieferung für sich allein den Käufer noch nicht zum Rücktritte vom Vertrage. Das gilt auch dann, wenn Kassa gegen Konossemente gekauft ist. **c) RG.** GruchotsBeitr. **51** 1019. Die Folgen des Verzugs des Verkäufers bei einem Geschäfte, das einem Sukzessivlieferungsvertrag insofern ähnlich ist, als der Käufer die gekaufte Ware nach Bedarf in größeren oder kleineren Mengen abzunehmen hat, sind, daß ein Schadensersatz der Klägerin nicht bloß wegen der auf die Bestellung rückständigen Stücke, sondern wegen der Gesamtheit der Stücke begründet ist, welche Klägerin innerhalb der Vertragsdauer bei vertragsmäßiger Lieferung seitens der Beklagten hätte verkaufen können.

3. LeipzZ. **07** 669 (Hamburg). Auch beim Kaufe nach Probe muß die gelieferte Ware der im Vertrage gewählten Bezeichnung entsprechen. Die Klägerin hat nicht irgendeine Ware, sondern Malagawein nach Probe gekauft, und sie konnte deshalb verlangen, daß der Beklagte ihr nicht nur eine in der Qualität der Probe entsprechende Ware, sondern auch Malagawein liefere.

4. SächsOLG. **28** 53. Die durch die gedruckten Lieferungsbedingungen des Verkäufers vorgeschlagene und vom Gegenkontrahenten angenommene, also vertragsmäßige Änderung des gesetzlichen Erfüllungsortes ist mangels ausdrücklicher weitergehender Abrede nur auf den Erfüllungsort des Verkäufers, nicht auch des Käufers zu beziehen.

§ 373. 1. Voraussetzungen des Selbsthilfeverkaufs. **a)** SeuffBl. **07** 80 (Stuttgart). Der mit Annahme der Ware im Verzuge befindliche Käufer kann seinen Verzug rückgängig machen und den Selbsthilfeverkauf beseitigen dadurch, daß er dem Verkäufer in unzweideutiger Weise zu erkennen gibt, er sei jetzt zur Annahme bereit. Ein festes, von dem ferneren Verhalten des Käufers nach Eintritt seines Verzugs unabhängiges Recht zur öffentlichen Versteigerung will das Gesetz dem Verkäufer nicht verleihen. **b)** **RG. 64** 143, LeipzZ. **07** 50, Holdheims MSchr. **07** 72, HansGZ. **07** Hptbl. 13 u. OLG. Hamburg, HansGZ. **07** Hptbl. 97, R. **07** 317. Der Patentinhaber, welcher die fabrikmäßige Herstellung des Gegenstandes des Patents einem anderen übertragen hat und mit der Annahme der hierdurch hergestellten Ware in Verzug gerät, kann dem Selbsthilfeverkaufe des vertragstreuen Kontrahenten nicht auf Grund seines Patentrechts mit der Ausführung widersprechen, daß er als Patentinhaber allein zur Verwertung der nach dem Patente hergestellten Ware berechtigt sei. — Der Inhaber eines Patents hat ein Recht darauf, daß nur vertragsmäßige, dem Patent entsprechende Ware in den Verkehr gebracht wird; will er aber die im Wege des Selbsthilfeverkaufs vorzunehmende Veräußerung vertragswidriger Ware durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung hindern, so hat er ihre Vertragswidrigkeit glaubhaft zu machen. **c)** **RG.** HansGZ. **07** Hptbl. 203. Der Inhaber des Patents kann dem Verfertiger der patentierten Ware den Selbsthilfeverkauf der Ware nicht schon dann untersagen, wenn die für ihre Herstellung gegebenen Vorschriften mißachtet sind.

2. Formalien des Selbsthilfeverkaufs. **a)** R. **07** 643 (Zweibrücken). Hat der Verkäufer gemäß § 326 BGB. eine Frist zur Abnahme und Zahlung gesetzt unter Androhung des Schadensersatzanspruchs, so ist für die nachfolgende Schadensberechnung der vorgenommene Selbhilfeverkauf nicht die maßgebende Grundlage. **b)** BayRpflZ. **07** 49 (BayObLG.). Für das alte Recht ist der Selbsthilfeverkauf Bedingung des Anspruchs auf Schadensersatz. Der jetzt auch für den Handelskauf maßgebenden Vorschrift des § 326 BGB. kommt rückwirkende Kraft nicht zu. **c)** *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 328—329. Die Androhung des Selbsthilfeverkaufs ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Wer den Selbsthilfeverkauf vornimmt, hat das Zugehen der Androhung an den Gläubiger zu beweisen. **d)** *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 339—340. Der Selbsthilfeverkauf ist unrechtmäßig, wenn die Voraussetzungen für ihn nicht vorlagen oder wesentliche Formvorschriften nicht beachtet sind. Er ist dagegen nicht unrechtmäßig, wenn nur unwesentliche Formvorschriften nicht beachtet sind (z. B. die Benachrichtigungen, unzutreffende Wahl des Ortes oder der Zeit des Verkaufs, der Verkaufsbedingungen). Im letzteren Falle muß der Gläubiger den Selbsthilfeverkauf als für seine Rechnung geschehen gelten lassen und kann höchstens Schadensersatz verlangen.

3. Bedingungen des Selbsthilfeverkaufs. HansGZ. **07** Hptbl. 44 (Hamburg). Ungültig ist ein Selbsthilfeverkauf, der nicht zu genau den-

selben Bedingungen vorgenommen wurde, die für das Kaufgeschäft gelten. Der Verkäufer kann den Anspruch auf Erstattung des Unterschieds zwischen dem Kaufpreis und dem beim Selbsthilfeverkauf erzielten Erlös und den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung dergestalt miteinander verbinden, daß er zunächst Schadensersatz wegen Nichterfüllung und nur für den Fall, daß die Voraussetzungen hierfür fehlen, Erfüllung in der Form der Erstattung des Unterschieds zwischen dem Kaufpreis und dem Erlöse des Deckungsverkaufs verlangt. Das geht aber nicht mehr an, wenn sich der Verkäufer für die Erfüllung bereits entschieden hat.

4. Zeitpunkt des Selbsthilfeverkaufs. a) HessRspr. 8 113 (Darmstadt) bestätigt für die Frage nach dem Zeitpunkte, nach welchem bei der abstrakten Schadensberechnung der zur Vergleichung heranzuziehende höhere Marktpreis sich richtet, die herrschende Lehre, daß dem sich Deckenden die Wahl gelassen wird zwischen dem Ablaufe der Lieferfrist und dem Ablaufe der Nachfrist, dergestalt, daß er sich für den ihm vorteilhafteren Zeitpunkt entscheiden kann (vgl. Lehmann-Ring II 131, Düringer-Hachenburg II 163 aa). **b)** ElsLothJZ. **07** 16 (Colmar). Auf die bestimmte Weigerung des Verkäufers, zu liefern, ist der Käufer berechtigt, den Deckungskauf ohne Rücksicht darauf vorzunehmen, ob eine angemessene Nachfrist zur Lieferung abgelaufen ist. Den Deckungskauf muß der Verkäufer gegen sich gelten lassen, wenn der Käufer nicht hierbei böswillig oder grobfahrlässig gehandelt und gegen Treu und Glauben verstoßen hat.

5. Versteigerungspersonen. a) Dove, LeipzZ. **07** 578 ff. (gegen Staub [6/7] Anm. 26 zu § 373, aber übereinstimmend mit den anderen Kommentatoren des HGB.). Kursmäkler und sonstige Handelsmäkler sind nicht zur Vornahme von Selbsthilfeverkäufen solcher Waren, welche keinen Markt- und Börsenpreis haben, gesetzlich ermächtigt; die hier erforderliche öffentliche Versteigerung muß durch einen Gerichtsvollzieher, einen sonstigen zur Versteigerung befugten Beamten oder einen öffentlich angestellten Versteigerer vorgenommen werden. **b)** **RG.** ElsLothJZ. **07** 170. Das lediglich wirtschaftliche Ergebnis, daß der säumige Käufer selbst die Ware beim Selbsthilfeverkaufe des Verkäufers erstanden hat, steht nicht seinem Einwand entgegen, daß sein Interesse vom Verkäufer beim Selbsthilfeverkaufe verletzt worden sei, z. B. durch Unterlassen oder Handlungen, die die Erzielung eines niedrigeren Preises herbeigeführt haben.

7. Selbsthilfeverkauf bei Konnossement. **a)** **RG.** ElsLothJZ. **07** 38. Der Selbsthilfeverkauf des Konnossements ist für die auf Erfüllung des Vertrags klagende Partei unverbindlich, wenn er unter für sie ungünstigen Bedingungen abgeschlossen ist, z. B. wenn die Gewähr für Güte und Beschaffenheit ausgeschlossen ist. **b)** **RG.** ElsLothJZ. **07** 38. Von der Erfüllungsklage kann zur Schadensersatzklage ohne Fristsetzung nach § 326 Abs. 1 BGB. übergegangen werden; geschieht das, so kann der Verkauf des Konnossements ungeachtet der Gewährausschließung der Schadensliquidation zugrunde gelegt werden.

§ 374. **RG.** Holdheims MSchr. **07** 75. Wird bei einem für einen bestimmten Zeitraum abgeschlossenen Lieferungsvertrage vereinbart, daß der Käufer die Ware nach Maßgabe seines Bedarfs in unbestimmten größeren und kleineren Mengen abrufen kann, so liegt allerdings kein eigentlicher Sukzessivlieferungsvertrag vor; jedoch sind die Grundsätze bezüglich des Sukzessivlieferungsvertrags in solchem Falle analog in dem Sinne anwendbar, daß der Verzug des Verkäufers mit der bestellten Teillieferung nach Lage der Umstände eine Vertragsverletzung darstellen kann, die einen Schadensersatzanspruch des Käufers begründet nicht bloß wegen der auf die Teilbestellung rückständigen Ware, sondern wegen der Gesamtheit der Ware, die der Verkäufer innerhalb der Vertragsdauer bei vertragsmäßiger Lieferung des Verkaufs hätte verkaufen können.

§ 375. BayRpflZ. **07** 49 (BayObLG.). Ein einheitlicher Lieferungsvertrag liegt auch dann vor, wenn dem Käufer die Wahl unter verschiedenen Sorten des Grundstoffs ,aus dem die Waren hergestellt werden sollen, freisteht. Ebenso wird die Einheitlichkeit nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer das Recht hat, die Form zu bestimmen, in der der Rohstoff (Kammgarn) zum fertigen Fabrikate (Kleiderstoff) verarbeitet werden soll. Gegenstand des Selbsthilfeverkaufs ist beim Spezifikationskaufe das Bezugsrecht des Käufers mit Einschluß des Bestimmungsrechts.

§ 376. 1. HansGZ. **07** Hptbl. 283, BankA. **6** 102 (Hamburg). Der Käufer eines Lospapiers erlangt nicht ohne weiteres ein Rücktrittsrecht, wenn der Verkäufer ihm beim Kaufe den Mantel ausgehändigt, dagegen den Kuponbogen entgegen seinem Versprechen bis zum Tage vor der Nummerziehung nicht nachgeliefert hat.

2. R. **07** 643 (Zweibrücken). Sagt der Schlußschein „eintreffend Mitte September", so genügt das nicht für die Annahme eines Fixgeschäfts. Diese Fassung bringt nicht scharf genug zum Ausdrucke, daß nach Ablauf der angegebenen Zeit die Lieferung nicht mehr als Vertragserfüllung zu gelten hat.

§ 377. I. 1. Anwendungsgebiet des § 377. **a)** OLG. **14** 377, R. **07** 989 (Braunschweig) verwirft die Bestrebungen, den § 377 über seinen Wortlaut hinaus auf den Fall auszudehnen, wenn zwar nicht der Lieferant, wohl aber der Empfänger Kaufmann ist. **b)** **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 233. In der Regel hat auch bei Kassakäufen der Verkäufer dem Käufer eine Untersuchung der von diesem noch nicht genehmigten Ware vor deren Annahme und Bezahlung zu gestatten.

2. Untersuchungspflicht. **a)** HansGZ. **07** Hptbl. 307 (Hamburg). Der Umstand, daß die Ware zur sofortigen Weiterversendung bestimmt ist und die Kenntnis des Verkäufers hiervon entbinden den Käufer nicht von der Verpflichtung der ordnungsmäßigen Untersuchung der Ware. **b)** BadRpr. **07** 274 (Karlsruhe). Im Leinölhandel besteht kein Handelsbrauch, vermöge dessen der Händler das zur Weiterversendung bestimmte Öl nicht selbst zu untersuchen braucht. **c)** Bucerius, GruchotsBeitr. **51** 740. Wird bezüglich bestimmter Eigenschaften der Ware eine befristete Garantie vereinbart, so entfällt damit insoweit die Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers. S. näheres bei § 638 BGB. Ziff. 1 a.

3. Art der Untersuchung. **a)** **RG.** R. **07** 317. Wenn die äußere Besichtigung nicht genügt, muß der Käufer einen Teil der Ware verbrauchen oder doch auf den Gebrauch prüfen; er kann sich auch nicht darauf berufen, daß er, wenn er auch dieser Pflicht nachgekommen wäre, doch möglicherweise den Mangel nicht erkannt haben würde. **b)** **RG.** HansGZ. **07** Hptbl. 191. Hat der Käufer netto Kasse (franko Bord Antwerpen) gekauft und Bezahlung bei Ausantwortung der Ware versprochen, so ist er verpflichtet, nach Ausfallmustern zu prüfen und zu rügen, und kann nicht verlangen, daß ihm zum zweiten Male gestattet werde, Proben aus den Ballen zu ziehen, um danach erst zu zahlen. **c)** RheinA. **07** 11 (Düsseldorf). Der Käufer muß u. U. auch ein Gutachten einholen, um seiner Untersuchungspficht aus § 377 zu genügen. So ist von einem Großhändler zu verlangen, daß er angekauftes Obstkraut sofort durch einen Chemiker oder eine chemische Untersuchungsanstalt auf Zuckerzusatz untersuchen läßt.

4. Zeit der Untersuchung. **a)** **RG.** R. **07** 317. Wenn der Verkäufer vertraglich verpflichtet ist, die Ware an einen bestimmten Ort zu senden, so wird hierdurch zwar an seinem Erfüllungsorte nichts geändert, aber eine Vorleistungspflicht des Verkäufers insofern begründet, als nach feststehendem Handelsgebrauche der Kaufpreis nicht eher zu zahlen ist, als bis nach Ankunft der Ware am Bestimmungsorte die Untersuchung auf ihre vertragsmäßige Beschaffenheit möglich ist. **b)** **RG.** HansGZ. **07** Hptbl. 163, LeipzZ. **07** 595, R. **07** 644 bestätigt die JDR. **5** 703 Ziff. 4 berichtete Entsch. des OLG. Hamburg, daß die Untersuchung einer fob Hamburg gehandelten Ware (altes Metall) auf ihre Kontraktlichkeit nicht in Ham-

burg an Bord des Seeschiffes vorgenommen werden, vielmehr bis zur Ankunft im überseeischen Bestimmungsort aufgeschoben werden darf. Eine in New York fünf Tage nach Ankunft der Ware vorgenommene Untersuchung ist noch rechtzeitig. **c) RG.** LeipzR. **07** 343. Hat der Verkäufer einer Maschine die Garantie übernommen, daß die Maschine ein Jahr lang gut funktioniere, so ist der Käufer dadurch der Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 nicht entbunden. Der Käufer muß daher, selbst wenn er sich bei Beginn des schlechten Funktionierens eine gewisse Probezeit vorbehalten durfte, ehe er die Maschine zur Verfügung stellte, jedenfalls, als sich für die Zwecke der Maschine wesentliche Mängel ergaben, dem Verkäufer hiervon umgehend Kenntnis geben.

5. Ort der Untersuchung. **a)** OLG. **14** 377, LeipzZ. **07** 294, R. **07** 989 (Hamburg). Ist der Seehafen Ablieferungsort der Ware und Geschäftssitz des Käufers, so bietet der Umstand, daß die Ware nach dem Inlande weiter verschifft und dort eingelagert werden soll, keinen Anhalt für die Annahme, daß nach Parteiwillen die Untersuchung erst dort erfolgen soll. Sie ist vielmehr im Seehafen vorzunehmen, auch wenn die Prüfung, wie bei Schmiedekohlen, umständlich und nur durch Lieferung von Proben an Schlosser oder Schmiede möglich ist. **b) RG.** LeipzZ. **07** 347. Die Untersuchung braucht nur dann nicht am Ablieferungsorte vorgenommen zu werden, wenn der Verkäufer weiß oder den Umständen nach wissen muß, daß die Ware zur Weiterversendung bestimmt ist, und wenn mit Rücksicht darauf der Käufer annehmen kann, daß der Verkäufer mit der Hinausschiebung einverstanden sei. Daß die Sendung auf Anordnung des Käufers vom Verkäufer an den Spediteur zu versenden war, genügt nicht.

6. Form der Mängelrüge. **RG.** R. **07** 711. Eine gesetzmäßige Mängelanzeige liegt auch dann vor, wenn in einem Telegramm nur der besonders hervorstechende Mangel, in einem gleichzeitig abgesandten Briefe noch andere Mängel gerügt sind.

7. Empfänger der Mängelrüge. **RG.** LeipzZ. **07** 343. Die zur Verbesserung einzelner bestimmter Mängel vom Verkäufer geschickten Monteure sind keine zur Entgegennahme von Mängelrügen geeignete und befugte Personen; denn der Monteur hat nur technische Verrichtungen vorzunehmen.

8. Zeit der Mängelrüge. **a)** SeuffA. **62** 32 (Hamm). Erfordert die Sachlage die Zuziehung eines Sachverständigen, so braucht die Mängelanzeige erst zu erfolgen, nachdem dieser sein Gutachten abgegeben. **b) RG.** GruchotsBeitr. **51** 390 und PosMschr. **07** 166 (Königsberg). Jede, auch die kleinste Verzögerung genügt, die Rüge verspätet erscheinen zu lassen. Ist zunächst eine Probe vorzunehmen gewesen, und ist mit Rücksicht auf sie die Mängelrüge erst nach Verlauf einer Frist abgegeben, so genügt es nicht, daß im Urteile festgestellt wird, daß die Untersuchung nicht sofort hat vorgenommen werden können, sondern es muß noch weiter festgestellt werden, daß ein so langer Zeitraum nötig war. **c) RG.** LeipzZ. **07** 289, HoldheimsMSchr. **07** 47, JW. **07** 138, ElsLothJZ. **07** 162, R. **07** 192. Wird durch Handelsgebrauch die Untersuchungspflicht an einen anderen Ort als den Ablieferungsort verlegt, so wird damit zwar die Frist zur Mängelanzeige, aber noch nicht die Verjährungsfrist des BGB. § 477 verlängert. **d)** R. **07** 250 (Colmar). Das Anerbieten des Verkäufers, dem Käufer zur speziellen Auseinandersetzung der Mängel einer von ihm im allgemeinen beanstandeten Maschine einen Monteur zu senden, entbindet den Käufer nicht von der Verpflichtung, denjenigen Teil der Mängel der Maschine, der auf den ersten Blick ohne Mitwirkung eines Fachmanns erkennbar ist, zur Abwendung des Rechtsnachteils ihrer Genehmigung, unverzüglich zu rügen. Die Anzeige der übrigen Mängel aber braucht er nicht vor dem Eintreffen des vom Verkäufer mit der Entgegennahme der detaillierten Mängelrüge beauftragten Monteurs zu erstatten. **e)** KGBl.

07 41 (KG.). Wenn der Verkäufer wußte, daß der Käufer die Ware wegen ihrer Beschaffenheit und der Art der Verpackung (es handelte sich um Lumpen, die unter Anwendung starken maschinellen Druckes zu Ballen zusammengepreßt und mit Eisendrahtstreifen umwickelt waren) ungeöffnet seinem Abnehmer zugehen lassen werde, so beginnt die Rügefrist für den Käufer mit der Ablieferung bei seinem Abnehmer. Nicht aber kann der Beklagte eine Verlängerung der Anzeigefrist für sich in Anspruch nehmen, weil durch die verspätete Anzeige seines Abnehmers an ihn oder andere in dessen Person liegende Umstände er seinerseits nicht unverzüglich Kenntnis von dem Mangel erlangt hat. **f)** **RG. 65** 49, JW. **07** 149, DJZ. **07** 298, R. **07** 906. Bei Sukzessivlieferungen müssen Mängel bei jeder einzelnen Lieferung gerügt werden. Die Rücktrittserklärung des Käufers von einem solchen Vertrage wegen positiver Vertragsverletzung kann nicht durch solche Lieferungen gerechtfertigt werden, deren angebliche Mängel überhaupt nicht in einer den Vorschriften des § 377 entsprechenden Weise, also namentlich nicht rechtzeitig, gerügt worden sind. Hieraus ist aber nicht zu folgern, daß bezüglich jeder einzelnen mangelhaften Lieferung, durch welche eine Rücktrittserklärung gerechtfertigt werden soll, schon zur Zeit dieser Erklärung eine den Vorschriften des § 377 entsprechende Mängelanzeige vorgelegen haben müsse.

9. Inhalt der Mängelrüge. **a)** **RG. 64** 236, LeipzZ. **07** 50, JW. **06** 764, R. **07** 644. Bei Annahme einer mangelhaften Sache mit Kenntnis der Mängel kann eine Mängelanzeige einen Vorbehalt der Gewährleistungsansprüche der §§ 462, 463 BGB. enthalten, wenn die Anzeige schon bei der Annahme der Ware erfolgt ist. **b)** PosMschr. **07** 166 (Königsberg). In der Mängelanzeige muß jeder Mangel so gerügt werden, daß der Verkäufer darüber ins Klare gesetzt wird, aus welchem Grunde die Ware beanstandet wird. Die Mängelanzeige muß auch so deutlich sein, daß nicht die Möglichkeit besteht, Mängel „nachzuschieben". Bei Vorhandensein mehrerer Mängel muß danach jeder einzelne gerügt werden.

10. Wirkungen der Mängelrüge. **a)** **RG.** R. **07** 317. Die Ansicht, daß der Besteller die Abnahme des Werkes und seine Gegenleistung verweigern dürfe, auch wenn die Mängel, deren Beseitigung er vom Unternehmer verlangt, geringfügiger Natur sind, ist jedenfalls dann nicht zutreffend, wenn dieses Verlangen gegen den, auch den Vertrag beherrschenden, Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen würde. — Dagegen braucht der Besteller das Fehlen einer noch so unbedeutenden ausbedungenen Eigenschaft des Werkes nicht hinzunehmen und kann derentwegen die Abnahme ablehnen. **b)** SächsRpflA. **07** 207 (Dresden). Die Säumigkeit der Beklagten bezüglich der abgerufenen Teillieferung eröffnet der Klägerin zugleich die Möglichkeit, ihr Wahlrecht nach § 326 BGB. nunmehr hinsichtlich des ganzen Vertrags — mithin auch wegen der noch nicht abgerufenen Lieferungen — auszuüben. Des Nachweises eines besonderen Interesses, sofort alle künftigen Lieferungen abzulehnen, bedurfte es insoweit nicht noch. **c)** SächsRpflA. **07** 207 (Dresden). Die Klägerin darf ihren Schaden abstrakt durch die Forderung des Unterschieds zwischen dem Vertragspreis und ihrem Preise am Ablieferungsort und zur Zeit des der Beklagten gesetzten äußersten Lieferungstermins berechnen; daß sie vorher schon einmal die tatsächliche Eindeckung durch Ankauf anderer Ware angedroht hatte, steht ihrer Forderung ebensowenig entgegen wie der Umstand, daß sie für die Ware selbst Verwendung hatte; denn es stand ihr frei, die Ware weiterzuveräußern.

11. Genehmigung. **a)** R. **07** 583 (Colmar). Der dem Käufer für die Unterlassung der Anzeige angedrohte Rechtsnachteil der Genehmigung hat bei Waren, die nach einem Einheitspreise, für Stück, Maß oder Gewicht verkauft worden sind, bei der Lieferung einer geringeren, als der bedungenen Menge lediglich die Folge, daß der Käufer die Leistungen nicht wegen Unvollständigkeit zurückweisen kann.

Dagegen hat sie nicht die Wirkung, daß der Käufer das Manko bezahlen müßte, oder daß, wenn die Zahlung schon erfolgt ist, die Rückforderung ausgeschlossen wäre. Für die Quantität, die der Verkäufer nicht geliefert hat, kann er auch keine Gegenleistung verlangen. **b)** **RG.** JW. **07** 367, BadRpr. **07** 270, R. **07** 711. Der Gebrauch oder Verbrauch einer gekauften Sache durch den Käufer steht dem Anspruch auf Minderung des Kaufpreises nicht entgegen, nur dem auf Wandelung. **c)** PucheltsZ. **07** 285 (Cöln). Wird in der Mängelanzeige der eine von mehreren vorhandenen Mängeln nicht mitgerügt, so ist in Ansehung seiner die Ware genehmigt. **d)** **RG. 65** 49, JW. **07** 149, DJZ. **07** 298, R. **07** 906. Es ist nicht richtig, daß nach § 377 die mangelhafte Ware unter der Annahme einer in dem Unterlassen der Mängelanzeige zu erblickenden Willenserklärung als genehmigt gelte; denn das Präjudiz der Genehmigung tritt als gesetzliche Fiktion ohne Rücksicht auf den Parteiwillen in Kraft, weshalb auch ein Gegenbeweis, daß der Käufer nicht habe genehmigen w o l l e n, unzulässig ist. Obgleich ferner bei Versäumung der rechtzeitigen Mängelrüge dennoch die Tatsache der Mangelhaftigkeit der Ware vorliegen kann, so darf doch der Käufer wegen des erwähnten Präjudizes daraus keinerlei Rechte für sich herleiten, namentlich kein Rücktrittsrecht. Die im Falle der nicht rechtzeitigen Mängelrüge kraft Gesetzes anzunehmende Genehmigung der Ware steht jedem aus der gesetz- oder vertragswidrigen Beschaffenheit derselben hergeleiteten Anspruch entgegen. **e)** B r e i t, Vinkulationsgeschäft 232. (S. o. vor § 373 Ziff. 1a). Vertragswidrige Vinkulation ist ein Rechtsmangel, kein Qualitätsmangel der Ware. Ebensowenig ist vinkulierte Ware eine „andere" Ware als nicht vinkulierte. Daher leiden die Vorschriften der §§ 377, 378 HGB. auf die Vinkulationsrüge keine Anwendung. Es hat also der Käufer nicht notwendig, dem Verkäufer gegenüber die in der Vinkulation liegende Fehlerhaftigkeit der Ware unverzüglich zu rügen, und es gilt nicht dem Verkäufer gegenüber die Vinkulation als genehmigt, sofern es an der unverzüglichen Rüge mangelt. Überhaupt kann dem Käufer keine Pflicht gegenüber dem Verkäufer auferlegt werden, sich über die Annahme oder Ablehnung der Vinkulation auszusprechen.

12. V e r t r a g l i c h e Ä n d e r u n g e n. **a)** B r e i t, Vinkulationsgeschäft 186 ff. Der Verkäufer hat es nicht in der Hand, bei der Lieferung der Ware durch einseitige Modifikationen der gesetzlichen oder kontraktlichen Rechte des Käufers diesen an der Verwendung der ihm übermittelten Ware zu hindern. Bedingungen, die er vertragswidrig an die Verwendung der Ware knüpft — z. B. Ausschluß der Kompensation, Verzicht auf Minderungsansprüche usw. — sind bedeutungslos. Ein Ausfluß dieses Prinzips ist die reichsgerichtliche Judikatur zum Erfüllungsort auf Fakturen. Falsch das Urteil SeuffA. **22** Nr. 199. **b)** **RG.** LeipzZ. **07** 281. Die Parteien können zwar einer Vereinbarung über eine Garantiefrist oder einer Garantieklausel einen beliebigen Sinn geben: ist aber ein Wille in dieser Richtung nicht erkennbar, so gilt der übliche Sinn, der mit einer solchen Vereinbarung verbunden zu werden pflegt. Der übliche Sinn ist aber der, daß innerhalb der Garantiefrist sich zeigende Mängel innerhalb 6 Monaten nach ihrer Entdeckung und nach Entstehung des Anspruchs auf Schadensersatz geltend zu machen sind. Es wird also der Beginn der Verjährung aus § 477 BGB. anders bestimmt. **c)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 170. Die Vorschrift des § 377 HGB. ist dispositiven Rechtes. Auf die an die Versäumung rechtzeitiger Mängelrüge vom Gesetze geknüpfte Folge kann der Verkäufer verzichten; ein solcher Verzicht liegt vor, wenn der Verkäufer trotz Versäumung oder Verspätung der Mängelanzeige der Beanstandung des Käufers Rechnung trägt.

II. A b s. 4. BadRpr. **07** 42 (Karlsruhe). Für rechtzeitige Absendung der Mängelanzeige den Beweis zu erbringen, ist das Kopierbuch nicht geeignet. Es würde, selbst wenn darin das behauptete Schreiben abgedruckt wäre, nur dartun, daß die A b -

sicht bei der Beklagten bestand, eine Mängelanzeige abzusenden, aber auch nicht zum kleinsten Teile beweisen, daß die Absendung wirklich erfolgt sei.

III. Abs. 5. a) **RG.** LeipzZ. **07** 282, 348. Arglistiges Verschweigen eines Mangels der Ware kann auch darin liegen, daß der Verkäufer dem Käufer ein aus der vertragsmäßigen Ware gezogenes Muster schickt, demnächst aber unter die vertragsmäßige Ware minderwertige mischt, in der Erwartung, der Empfänger werde den Mangel nicht oder nicht rechtzeitig entdecken. b) **RG.** R. **07** 1080. Zur Anwendung des § 377 Abs. 5 ist nicht erforderlich, daß das arglistige Verhalten das Unterbleiben der erforderlichen Mängelanzeige verursacht hat. c) PosMSchr. **07** 49 (Posen). Arglist liegt nicht schon dann vor, wenn der Verkäufer beim Abschlusse des Vertrags den Mangel kennt und ihn nicht anzeigt, vielmehr nur, wenn die Verschweigung in der aus den Umständen zu folgernden Absicht geschieht, den Vertragsgegner zu täuschen. d) HansGZ. **07** Hptbl. 307 (Hamburg). Der Verkäufer hat die betrügerische Packung einer mit Fehlern behafteten Ware dann nicht zu vertreten, wenn diese Packung nicht von ihm, sondern von seinem Lieferanten ohne sein Wissen bewirkt ist.

§ 378. 1. Breit, Vinkulationsgeschäft 163. Die exzeptionelle Vorschrift des § 378 berührt die Erfordernisse der Leistungsbereitschaft (§ 243 BGB.) nicht.

2. **RG.** LeipzZ. **07** 141. Die Versäumung rechtzeitiger Rüge eines Quantitätsmangels hat mindestens die Folge, daß die Beweislast sich umkehrt. Der Käufer muß beweisen, was fehlt.

3. a) OLG. **14** 378, R. **07** 989 (KG.). In der Streitfrage, ob bei Lieferung einer zu geringen Menge die Versäumung der Rügepflicht nur die Wirkung habe, daß der Käufer die Lieferung nicht wegen Unvollständigkeit zurückweisen könne und nicht auf Grund § 320 BGB. seine Gegenleistung verweigern dürfe (so Cosack 164, Düringer-Hachenburg III 303), oder die Wirkung habe, daß auch das Manko der Ware als genehmigt gelte und Käufer auch dieses bezahlen müsse (so Lehmann-Ring II 174 und OLG. Stettin, GoldschmidtsZ. **54** 90) — tritt KG. der letzteren Ansicht bei. Sie entspreche dem Erfordernis einer glatten und raschen Abwickelung der Handelsgeschäfte und der vom Gesetzgeber gewollten Gleichstellung der §§ 377 u. 378. b) OLG. **14** 380, R. **07** 989 (Hamburg) entscheidet die Streitfrage im gleichen Sinne. c) OLG. **14** 381 (Hamburg). Ist keine andere als die bedungene Menge geliefert, nur in der übersandten Faktura das Gewicht fälschlich zu hoch angegeben und danach ein zu hoher Preis bezahlt worden, so liegt nicht der Fall des § 378 vor.

4. **RG.** R. **07** 777. Bei der Beanstandung eines Gewichtsmangels setzt die Anwendung des § 377 HGB. nicht voraus, daß der Gewichtsmangel zugleich einen Qualitätsmangel darstellt.

§ 379. 1. **RG. 66** 186, LeipzZ. **07** 654, R. **07** 1330. Die den Notverkauf betreffende Bestimmung des § 379 ist wegen der darin liegenden Beschränkung des dem Käufer im Falle der Wandelung zustehenden Rechtes auf Zurücknahme der Ware als eine handelsrechtliche Ausnahmebestimmung aufzufassen: es erscheint daher eine analoge Anwendung auf Fälle, in denen die im § 379 Abs. 1 aufgestellten Voraussetzungen nicht gegeben sind, ausgeschlossen.

2. **RG. 66** 186, R. **07** 1330. Liegen die Voraussetzungen des Notverkaufs vor, so besteht für den Verkäufer keine Verpflichtung, sondern nur ein Recht, den Notverkauf vorzunehmen. Dieses Recht ist nicht an eine bestimmte Zeit geknüpft. Allerdings kann ein Notverkaufsrecht nicht mehr ausgeübt werden, wenn die gesetzlich bestimmten Voraussetzungen ,daß die Ware dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge sei, weggefallen sind. Auch ist unter analoger Anwendung der Rechtsgrundsätze, welche für den Selbsthilfeverkauf anerkannt sind, anzunehmen, daß der Notverkauf vom Käufer nicht absichtlich verzögert werden darf, um den Käufer zu

schädigen, und daß in gleicher Weise auch grobe Fahrlässigkeit des Käufers bezüglich der verzögerten Vornahme des Notverkaufs zu beurteilen ist.

3. **RG. 66** 186, R. **07** 1330. Bei Vornahme des Notverkaufs gilt der Käufer, bei Vornahme des Selbsthilfeverkaufs der Verkäufer als der gesetzliche Bevollmächtigte des anderen Vertragsteils. Aus §§ 379 Abs. 2 u. 373 Abs. 4 HGB. ergibt sich, daß in dem einen Falle der Käufer, in dem anderen Falle der Verkäufer mittels Ansteigerung der Ware einen neuen Kaufvertrag als Vertreter und im Namen des anderen Teiles, für dessen Rechnung der Notverkauf bzw. Selbsthilfeverkauf erfolgt, mit sich selbst als Käufer im eigenen Namen abzuschließen befugt ist.

4. **RG. 66** 186, LeipzZ. **07** 654, R. **07** 1330. Hat der Käufer eine ihm von auswärts zugesandte Ware beanstandet, darauf einen Notverkauf vorgenommen und hierbei die Ware wieder angesteigert, so ist, falls die Versteigerung gemäß den örtlichen Börsenusancen ohne Ausschluß der Gewährleistung erfolgte, er wegen eines bei der Versteigerung nicht bekannten weiteren Mangels der Ware zu einer erneuten Wandelung befugt. Die Voraussetzungen für einen zweiten Notverkauf sind in solchem Falle aber nicht gegeben, da auf Grund des Ankaufs bei der Versteigerung eine Übersendung der Ware an ihn nicht mehr stattgefunden hat. Dagegen ist, wenn der Verkäufer auf Grund der Wandelung zur Zurücknahme der Ware verpflichtet ist, möglicherweise eine nochmalige Versteigerung als dem Interesse und dem wirklichen und vemutlichem Willen der Verkäufer entsprechend zu erachten. — Der Verkäufer wird daher das Ergebnis einer solchen nochmaligen Versteigerung unter Umständen nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag gegen sich gelten lassen müssen.

5. B r e i t, Vinkulationsgeschäft 240. Nicht bestellte Ware fällt unter diese Bestimmung nicht. Lehnt der Käufer die Annahme vinkulierter Ware ab, so liegen ihm die Verpflichtungen des § 379 ob: Verweigerung der Einlösung der Vinkulation ist eine Beanstandung der Ware.

§ 380. 1. OLG. **14** 381, BauersZ. **14** 239, R. **07** 990 (Hamburg). Für die Frage, ob die Emballage als mitverkauft gilt, ist davon auszugehen, daß der Käufer an sich nur die Ware kauft und nicht außerdem noch die Emballage; daher wird grundsätzlich ihm auch nur das Eigentum an der Ware übertragen und nicht auch nebenher das an der Emballage. Anders liegt die Sache, wenn die Kosten der Emballage in Rechnung gestellt werden, und anders regelmäßig auch dann, wenn die Emballage, namentlich im Verhältnisse zu der darin verpackten Ware, nur unerheblichen Wert hat, wenn sie durch den einmaligen Gebrauch ganz oder fast ganz wertlos wird, oder wenn sie endlich nicht so sehr zur Verpackung, als vielmehr zur Ausstattung der Ware dient und damit nach der Anschauung des Verkehrs geradezu als Teil der Ware gilt. Behält aber das Verpackungsmaterial auch nach der Versendung seinen bleibenden Wert und ist dieser Wert verhältnismäßig hoch, so bleibt es Eigentum des Verkäufers, sofern nicht die Vereinbarungen der Kontrahenten oder die maßgeblichen Usancen etwas anderes ergeben.

2. Hagen, LeipzZ. **07** 735. Für den Anspruch des Kaufmanns auf Rückgabe der Emballage läuft die Verjährungsfrist des § 196 BGB. Die Emballage ist unter die „Auslagen", welche § 196 Ziff. 1 BGB. hervorhebt, zu rechnen.

§ 381. OLG. **14** 382 (Marienwerder); ebenso R. **07** 1331 (Braunschweig). Auf einen Werklieferungsvertrag nach Abs. 2 finden zwar die Vorschriften über den Handelskauf Anwendung, er wird aber deshalb nicht (wie S t a u b meint) ein Handelskauf. Demnach sind subsidiär nicht die Vorschriften des BGB. über den Kauf, sondern die über den Werkvertrag anwendbar (glA. G o l d m a n n und L e h m a n n - R i n g zu § 381 Abs. 2). — Ebenso **RG.** SächsRpflA. **07** 206, BayRpflZ. **07** 172. Abs. 1 schreibt, wenn die Werklieferung Handelsgeschäft ist, nur die Anwendung der im 2. Abschn. des 3. Buches HGB. für den Warenkauf getroffenen Vorschriften

vor, nicht auch die Anwendung der Kaufnormen des BGB. — Ebenso OLG. Colmar, R. 07 387, und KG., LeipzZ. 07 669. Die Anwendbarkeit der §§ 651 Abs. 1, 634 Abs. 1 BGB. ist bei beiderseitigen Handelsgeschäften nicht ausgeschlossen.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

Vorbemerkung: Im Gegensatz zu der Auffassung von der rechtlichen Natur des Effektenkommissionsgeschäfts, wie sie noch als die herrschende in Juristenkreisen bezeichnet werden darf (vgl. auch Wermert bei § 387), bietet Breit (s. bei § 400 u. § 387) eine ebenso der kaufmännischen Auffassung wie der wahren Rechtslage gerecht werdende Darstellung, auf welche für eine künftige Rechtsprechung besonders hingewiesen sei.

Literatur: Senckpiehl, Das Speditionsgeschäft nach deutschem Rechte. Hannover 1907.

§ 383. Vgl. JDR. **2**—**5**.

§ 384. 1. OLG. **14** 382, BankA. **6** 255, R. **07** 990 (Cassel). In der Anerkennung des Kontokorrentsaldos des Kommissionärs durch den Kommittenten liegt ein Verzicht auf weitere Rechnungsablage bezüglich der im Kontokorrent enthaltenen Geschäfte: Der Kommittent muß demgegenüber event. dartun, daß er zur Erteilung des Saldoanerkenntnisses durch Irrtum oder durch arglistige Täuschung bestimmt worden sei.

2. **RG.** BankA. **6** 93, BayRpflZ. **06** 480. Ein Bankier, der seinen Kommittenten, unaufgefordert den Rat erteilt, statt des ihm zum Ankauf in Order gegebenen Papiers ein anderes zur Kapitalanlage zu benutzen, hat bei dieser Ratserteilung eine besondere Sorgfalt wahrzunehmen, namentlich dann, wenn ihm von dem Absatze der von ihm empfohlenen Effekten eine Emissionsbonifikation zugesichert worden war.

3. **RG.** R. **07** 644. Der Verkaufskommissionär, dem gleichzeitig das Alleinverkaufsrecht für einen bestimmten Bezirk zugesichert ist, ist nicht verpflichtet, einer Weisung des Kommittenten zur Anknüpfung einer bestimmten Geschäftsverbindung Folge zu leisten; auch ist bei Ablehnung eines solchen Auftrags insoweit der Anspruch auf den Alleinverkauf nicht verwirkt.

§ 385. Vgl. JDR. **2**—**4**.

§ 386. Vgl. JDR. **5**.

§ 387. *Wermert, Emissionsbonifikationen, HirthsAnn. **07** 422 ff. Die Bonifikation ist keine Verkaufsprovision für die Unterbringung minderwertiger oder schwer absetzbarer Wertpapiere, sondern ein Kauf zu vorteilhafteren Bedingungen, weshalb dem Einkaufskommittenten die Bonifikation zugute kommen muß. Der Bankier als Kommissionär hat jenem die Bonifikation herauszugeben. Die Einbehaltung verstößt gegen die Pflichten eines ordentlichen Kommissionärs und zeitigt außerdem strafrechtliche Folgen gemäß § 263 StGB. u. § 79 Ziff. 1 u. 2 BGB. Vgl. aber hierzu Breit, LeipzZ. **07** 864/65, welcher nachweist, daß es ungerechtfertigt ist, den Bankier bezüglich der Emissionsbonifikation verschieden zu behandeln, je nachdem er als Proprehändler oder als Kommissionär auftritt. Vgl. auch Breit bei § 400.

§ 388. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 151. § 388 HGB. gilt auch für die Empfangnahme von Gütern aus der Hand anderer Personen als eines Frachtführers, z. B. für die Empfangnahme eines Gutes vom Lagerhalter, Verkäufer, Kommissionär usw.

§ 390. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 356—359. Der Kommissionär (Spediteur, Lagerhalter) ist deshalb noch nicht beweisfällig, wenn er ohne Schuld außerstande ist, die Ursache eines Sachschadens aufzuklären.

§ 391. R. **07** 1544 (Hamburg). Schadensersatzansprüche des Kommittenten gegen den Kommissionär, welche auf schuldhafte Unterlassung der Mängelrüge seitens

des Kommissionärs gegen die Lieferanten gestützt werden, werden durch Unterlassung der Rüge seitens des Kommissionärs ausgeschlossen. Der gegenteiligen Ansicht Staubs kann nicht beigetreten werden. Die Grundlage auch dieser Ansprüche ist die Mangelhaftigkeit der Ware, und wenn daher infolge unterlassener Rüge des Kommittenten die Ware als genehmigt gilt, so ist solchen Ansprüchen der Grund entzogen. Außerdem hat der Kommissionär bei diesen Ansprüchen das gleiche Interesse, alsbald Kenntnis von Mängeln der Ware zu erhalten, wie bei den sonstigen Mängelansprüchen.

§ 392. 1. DJZ. **07** 247, BankA. **6** 152 (Braunschweig). Benutzt der Kommissionär eine aus dem ihm aufgetragenen Geschäft entstandene Forderung, statt sie dem Kommittenten abzutreten, zur Aufrechnung gegenüber einer Forderung, die dem Schuldner gegen ihn persönlich zusteht, so hat der Kommittent dem Schuldner gegenüber auch dann keine Ansprüche, wenn dieser bei Übernahme der Aufrechnung von dem Kommissionsverhältnisse Kenntnis besaß.

2. **RG.** BankA. **6** 171, GruchotsBeitr. **51** 1028, R. **07** 192. Auch im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen des Kommissionärs ist der Kommittent zur Geltendmachung von Forderungen aus einem von dem Kommissionär abgeschlossenen Geschäfte dem Schuldner gegenüber erst dann berechtigt, wenn der Konkursverwalter ihm diese Forderung pflichtgemäß abgetreten hat: vor der Abtretung kann der Schuldner mit befreiender Wirkung nur an den Verwalter leisten.

3. SchlHolstAnz. **07** 189 (Kiel). Der Gegenkontrahent des Kommissionärs kann so lange an den Kommissionär zahlen oder mit einer ihm gegen diesen zustehenden Forderung aufrechnen, bis er Kenntnis von der Abtretung der Forderung an den Kommittenten erlangt hat. Im Abs. 2 ist nämlich nur vom Verhältnisse des Kommittenten einerseits und des Kommissionärs oder dessen Gläubigers aus dem fraglichen Ausführungsgeschäfte, nicht aber dessen Schuldners andererseits die Rede.

§ 394. *Rieck, Der Leistungsort des Bürgen 47. Für den Leistungsort des Delkrederekommissionärs ist wie für den des Bürgen entscheidend, inwieweit der Leistungsort seinem Wesen nach zum Inhalte des Schuldverhältnisses gehört. S. bei § 269 Ziff. 2 u. § 765 Ziff. 7a BGB.

§ 396. R. **07** 644 (KG.). Der Anspruch des Einkaufkommissionärs auf Provision bei Nichtausführung des Geschäfts im Sinne des § 396 Abs. 1 Satz 2 HGB. gilt auch nach russischem Rechte.

§ 397. Vgl. JDR. **2—4**.

§ 400. Breit, Kundeneffektengeschäft, LeipzZ. **07** 799 u. 857, weist nach, daß der von vornherein auf Selbsteintritt abgestellte Effektenkommissionsvertrag mit dem normalen Kommissionsvertrage außer dem Namen und dem Vertrauensverhältnisse nichts mehr gemeinsam habe. Der Effektenkommissionär ist nicht mehr ein Kommissionär im Sinne der §§ 383 ff. Die Entwickelung hat zu einem einheitlichen Effektenbezugs- und Effektenveräußerungsvertrage geführt, der ein Vertrag sui generis ist.

§ 401. Vgl. JDR. **3** u. **4**.

§ 404. Vgl. JDR. **2**.

§ 405. Vgl. JDR. **5**.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

Literatur: Senckpiehl, Das Speditionsgeschäft nach deutschem Rechte. 1907.

§ 407. 1. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 86. Der Speditionsvertrag ist nicht Dienstvertrag, sondern Werkvertrag.

2. *Senckpiehl 16. Der Annoncenspediteur ist nicht Spediteur im Sinne des § 407, denn er befördert nicht Güter, sondern verbreitet Nachrichten, Mitteilungen, Gedanken. Vgl. dagegen JDR. **2** Bem. I 2 zu § 407 HGB.

3. HessRspr. **7** 113 (Mainz). Der Vertrag, wonach eine Speditionsfirma sich verpflichtet, ab Seedampferbord Rotterdam bis frei Rheinschiff Mainz zu einem bestimmten Satze ein bestimmtes Quantum Bretter zu befördern, ist ein Speditions- und ein Frachtvertrag, ersteres für die Entgegennahme des Gutes aus dem Seedampfer und die Verladung in den Rheindampfer, letzteres für den Weitertransport auf dem Rheine. Für den Speditionsvertrag gilt das Recht des Ortes, wo das Gut in Empfang zu nehmen und der Frachtvertrag abzuschließen ist (hier Rotterdam), für den Frachtvertrag das Recht, wo der Frachtvertrag zu erfüllen ist (hier Mainz). Vgl. auch u. zu § 425.

4. LeipzZ. **07** 154, EisenbE. **23** 375 (Cöln). Die Verpflichtung des Spediteurs erschöpft sich nicht mit der Beförderung des Gutes bis zum Bahnhofe, sondern umfaßt alle Maßnahmen bis zum Abschlusse des Frachtvertrags, d. h. bis zur Übernahme des Gutes durch die Eisenbahn mit dem Frachtbriefe, zu deren Zeichen der Tagesstempel der Abfertigungsstelle auf dem Frachtbrief aufzudrücken ist. Wenn daher die Leute der Eisenbahn bei der Verbringung des Gutes in die Güterhalle mitwirken, sind sie Erfüllungsgehilfen des Spediteurs, für welche dieser und nicht die Eisenbahn haftet. Vgl. auch Bem. 1 zu § 456 HGB.

§ 408. 1. *Senckpiehl 196. Der Spediteur ist auf Grund des Speditionsvertrags nur zur Besorgung der Versendung, d. i. der Hauptleistung, verpflichtet, nicht zu den Nebenleistungen. Die letzteren braucht der Spediteur entweder nur auf Grund einer besonderen Weisung zu besorgen (so die Feststellung der Gütermenge, die Versicherung des Gutes, die Nachnahme und die Zollbehandlung) oder nur auf Grund eines besonderen Vertrags (so die Verpackung und die Verladung des Gutes, die Garantieübernahme, die Vorschußleistung und die Verfolgung von Ersatzansprüchen). Vgl. auch JDR. **2** Bem. 4 zu § 408 HGB., **3** Bem. 1 u. 2 zu § 408 HGB., **4** Bem. zu § 408 HGB.

2. *Senckpiehl 112. Der Spediteur haftet nicht für Versehen eines Frachtmäklers, dessen er sich zulässigerweise bedient.

3. HansGZ. **06** Hptbl. 131 (Hamburg). Je nach Beschaffenheit der Güter, des Schiffes, der Reise usw. wird unter Umständen in der Verladung an Deck ein Verstoß des Spediteurs gegen § 408 HGB. erblickt werden können. Die Umstände können aber auch so gelagert sein, daß der Spediteur, wenn er nicht ausdrücklich eine andere Weisung erhalten hat, auch ohne besondere Genehmigung die Verladung an Deck wird zulassen können und bei Gefahr im Verzuge wird zulassen müssen.

3. **a)** *Senckpiehl 69—72, 67—68, 269—270. Der Spediteur tritt zu dem Adressaten des Frachtguts in keine rechtliche Beziehung. **b) RG. R. 07** 1149. Allerdings tritt der von dem Verkäufer mit der Versendung der Ware beauftragte Spediteur regelmäßig zu dem Adressaten in kein Vertragsverhältnis. Hat aber der Spediteur die Ware auf seinen Namen beim Steueramte niedergelegt, so daß nur er dem Steueramte gegenüber über die Ware verfügen kann, so kann nach den Umständen des Einzelfalls angenommen werden, daß, nachdem dem Spediteur die gesamten Kosten vom Adressaten erstattet sind, zwischen diesem und dem Spediteur eine Einigung dahin zustande gekommen ist, daß dem Adressaten von dem Spediteur nunmehr das alleinige Verfügungsrecht über die eingelagerten Waren zu übertragen sei. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung genügt nicht lediglich die Aushändigung des Niederlagescheins, da dessenungeachtet für die Steuerbehörde nach wie vor der Spediteur als der Verfügungsberechtigte zu gelten hat und diesem daher auch alle die Ware betreffenden Mitteilungen von der Steuerbehörde zu machen sind. Hieraus ergibt sich für den Spediteur dem Adressaten gegenüber die Verpflichtung, von allen ihm über die Ware vom Steueramte zugehenden Mitteilungen Nachricht zu geben.

4. Abs. 2. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** Hptbl. 310, HansGZ. **06** 64 (Hamburg). Durch einen mit Ausschluß der sog. Wasserstandsklausel abgeschlossenen Frachtvertrag verpflichtet sich der Spediteur zur Beförderung auch bei geschlossener Schiffahrt, wogegen ihm ein höherer Frachtsatz bewilligt wird.

§ 409. *Senckpiehl 272, 285. Neben der Speditionsprovision kann der Spediteur für die Nebenleistungen eine Nebenprovision verlangen; statt der Speditionsprovision kann er für die Auslieferung des Gutes an einen Dritten eine Überprovision beanspruchen. Vgl. auch JDR. **2** Bem. zu § 409 HGB.

§ 414. 1. Abs. 1. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 377, EisenbE. **23** 323. Soweit es sich nicht um Ansprüche wegen Sachschadens oder verspäteter Ablieferung handelt, sondern um andere Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Erfüllung des Speditionsvertrags, findet die 6 monatige Verjährungsfrist aus § 638 BGB. Anwendung.

2. Abs. 2. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 375, EisenbE. **23** 322. Unter Ablieferung im Sinne des § 414 Abs. 2 ist nicht die Übergabe des Gutes an den Frachtführer, sondern die Ablieferung an den Empfänger zu verstehen.

3. Abs. 3. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 379, EisenbE. **23** 324—326. Der § 414 Abs. 3 enthält eine Einschränkung des § 390 BGB. insofern, als die Aufrechnung nicht allgemein zugelassen wird, wenn der Anspruch zur Zeit der Entstehung des Gegenanspruchs noch nicht verjährt war, sondern nur unter der weiteren Voraussetzung, daß der zur Aufrechnung bestimmte Schadensersatzanspruch durch bestimmte Handlungen (Schadensanzeige, gerichtliche Beweissicherung, Streitverkündung) geltend gemacht ist. Die Geltendmachung des Sachschadens und der verspäteten Ablieferung zum Zwecke der bloßen Einrede (d. i. Weigerung der Gegenleistung) ist zeitlich unbeschränkt.

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

§ 416. (Vgl. JDR. **2**, **4**, **5** Bem. zu § 416 HGB.) *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 43 u. 49. a) Die Zusendung eines Gutes ohne nähere Weisung an einen Spediteur enthält einen Antrag zu einem Lagervertrage. b) Die Zusendung eines Gutes an einen Spediteur mit der Klausel „zur Verfügung des H." ist ebenfalls ein Antrag zu einem Lagervertrage. Die Klausel ist eine an den Lagerhalter erteilte Weisung, durch welche ihm H. als Leistungsstelle bezeichnet wird. Die Weisung ist widerruflich; kein Vertrag zugunsten des H.

§ 417. (Vgl. JDR. **2**, **3** u. **5** Bem. zu § 417 HGB.) BadRpr. **06** 307 (Karlsruhe). Wenn in dem Lagerschein auf die Lagerhausordnung verwiesen ist, so muß der Einlagerer deren Inhalt gegen sich gelten lassen, auch wenn er ihn nicht kannte; er hätte sich eben hierüber vergewissern müssen. Die Lagerhausordnung kann aber nur für eine Art der Einlagerung gelten, welche nach Treu und Glauben überhaupt noch als Vollzug der dem Lagerhalter nach dem Lagervertrag obliegenden ordnungsmäßigen Einlagerung angesehen werden kann. Hat deshalb der Lagerhalter eine empfindliche Ware lediglich im Freien gelagert und ist hierdurch die Ware verdorben, so haftet er, auch wenn nach dem Inhalte der Lagerhausordnung der Anspruch des Einlagerers wegen Nichteinhaltung der in der Lagerhausordnung für die Geltendmachung des Anspruchs festgesetzten Frist versäumt ist.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

Vorbemerkung (zum 6. u. 7. Abschnitt): Die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Frachtrechts, insbesondere des Eisenbahnfrachtrechts, hat auch im Berichtsjahre Gelegenheit gehabt, sich zu verschiedenen wichtigen Fragen zu äußern, so insbesondere über den Unterschied zwischen den Haftausschließungsgründen nach § 456 und § 459 HGB.

(s. Bem. 5 zu § 456) und über die Frage, ob Streik oder sog. passive Resistenz der Eisenbahnangestellten als höhere Gewalt anzusehen sei (s. Bem. 4 zu § 456). Das bereits am 19. September 1906 zum diplomatischen Abschlusse gebrachte und am 15. März 1907 vom deutschen Reichstag angenommene zweite Zusatzübereinkommen zum Berner FrachtÜb. ist noch immer nicht von den Vertragsstaaten ratifiziert worden; ebenso ist die Umarbeitung der Eisenb. VerkO. noch nicht vollendet. Die ausländische Rechtsprechung hat auch im Berichtsjahre wieder gebührende Berücksichtigung gefunden.

Literatur: Pal, Beiträge zur Ausgestaltung des internationalen Eisenbahnrechts. Wien 1907. — Reindl, Das zweite (Berner) Zusatzübereinkommen zum Berner FrachtÜb., SeuffBl. **07** 507 ff.

§ 425. (§ 54 EisenbVerkO., Art. 8 Berner FrachtÜb.; vgl. auch die Bem. JDR. **2, 3, 4** u. **5** zu § 425 HGB.) Hess. Rspr. **7** 113 (Mainz). Der Vertrag, wonach eine Speditionsfirma sich verpflichtet, ab Seedampferbord Rotterdam bis frei Rheinschiff Mainz zu einem bestimmten Satze ein bestimmtes Quantum Bretter zu befördern, ist ein Speditions- und ein Frachtvertrag, letzteres für den Transport auf dem Rheinschiff bis Mainz. Für diesen Frachtvertrag gilt das Recht des Ortes, wo der Frachtvertrag zu erfüllen ist (hier Mainz). Vgl. auch o. Bem. 3 zu § 407.

§ 426. (§ 453.) (§§ 51, 53, 54 EisenbVerkO., Artt. 6, 7, 8 Berner FrachtÜb.) I. Urkundeneigenschaft des Frachtbriefs. **RG.** (Strafs.) EisenbE. **23** 181. Ein von der Versandstation mit dem Tagesstempel als Zeichen der Annahme versehener Frachtbrief ist nach § 54 Abs. 1 EisenbVerkO. eine Beweisurkunde. Dieselbe Qualität ist dem von der Versandstation angenommenen Frachtbriefe beizulegen. Aber auch dem noch nicht angenommenen Frachtbriefe, der, von dem Versender ausgefüllt, dem Spediteur übergeben ist, damit dieser auf Grund desselben die Beförderung eines Gutes durch die Eisenbahn besorge, kann die Natur einer beweiserheblichen Urkunde nicht abgesprochen werden; denn er enthält ein Vertragsangebot, das nach Lage der Sache, insbesondere im Hinblick auf § 453 HGB., geeignet ist, zum Abschluß eines Frachtvertrags mit der Eisenbahn zu führen.

II. Bezeichnung des Gutes. 1. **RG. 64** 123, EisenbE. **23** 372, R. **07** 312. Die Eisenbahn wird in den Fällen, in denen sie selbst aus dem verfrachteten Holze die Pflanzenart, von der es stammt, nicht nachweisen kann, nicht von jedem inländischen Absender von Holz oder Holzwaren den in der Regel ganz unmöglichen Nachweis verlangen können, daß die betreffende Pflanzenart Gegenstand des betriebsgemäßen Einschlags in Mitteleuropa sei. Der Nachweis, der regelmäßig von den Versendern von Holzwaren oder Holz nicht verlangt werden kann, darf aber auch dem Kläger, der amerikanisches Eichenfrachtholz auf der Bahn verfrachtet hat, nicht auferlegt werden, selbst wenn infolge der ausländischen Provenienz des versendeten Holzes die Möglichkeit näher liegt, daß die Voraussetzung der Anwendung des Spezialtarifs I des deutschen Eisenbahn-Gütertarifs gegeben ist.

2. EisenbE. **23** 251, 257 (BezG. Wien). Ist in den Tarifen vorgeschrieben, daß die Bezeichnung des Gutes im Frachtbriefe nach der in der Tarifklassifikation vorgesehenen Benennung zu erfolgen habe, so hat der Absender keinen Anspruch auf Berechnung der Fracht nach einem Ausnahmetarife, wenn er das Gut nicht mit der im Ausnahmetarif vorgeschriebenen Benennung bezeichnet hat. Vgl. auch JDR. **4** Bem. 2 zu § 426 HGB. u. **5** Bem. 4 zu §§ 425, 426, 453 u. 455 HGB.

III. Bezeichnung des Transportwegs. (§ 51 lit. l EisenbVerkO., Art. 6 lit. l Berner FrachtÜb.) 1. a) EisenbE. **23** 352 (BezG. Wien). Welcher Transportweg als der für den Absender zweckmäßigste von der Eisenbahn zu wählen ist, hängt von der Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse ab. Hat der Absender durch Unterlassung der Deklaration des Interesses an der Lieferung zu erkennen gegeben, daß er der Länge der Transportdauer keine besondere Bedeutung beilege, und läßt auch die Gattung des beförderten Gutes nicht die Beschleunigung der Beförderung

als notwendig erscheinen, so wird die Wahl des zweckmäßigsten Weges hauptsächlich von der Frage nach der billigeren Fracht abhängen. b) EisenbE. **23** 362 (BezG. Prag). Steht dagegen (s. Bem. a) ein Tiertransport in Frage, so ist in erster Linie auf Beschleunigung des Transports Rücksicht zu nehmen, und die Bahn handelt daher nicht schuldhaft, wenn sie in diesem Falle den teureren direkten Tarif statt des billigeren, aber durch die notwendige Umkartierung voraussichtlich mit Verzögerung des Transports verbundenen gebrochenen Tarif gewählt hat. Vgl. auch JDR. **4** Bem. 5 a bis c zu § 426 HGB.

2. EisenbE. **24** 2 (ÖstObGH. Wien). Ein Verschulden der Eisenbahn bei der Wahl der Route mangels einer Wegevorschrift des Absenders liegt nicht vor, wenn die Eisenbahn bei dieser Wahl die Möglichkeit, daß für die Sendung bei Beförderung auf einem bestimmten Wege eine Refaktie gewährt wird, welche von der Erfüllung gewisser, nach der Empfangnahme zu beobachtender Bedingungen abhängig ist, außer acht läßt.

IV. Unrichtige Deklaration. Frachtzuschläge (§ 53 Eisenb. VerkO., Art. 7 Berner FrachtÜb.). 1. Zeitschr.f.d.IntEisenbTr. **07** 183, EisenbE. **22** 295 (Frankfurt a. M.). Der Empfänger ist zur Zahlung des auf der Sendung haftenden Frachtzuschlags auch dann verpflichtet, wenn der Frachtzuschlag nicht ziffernmäßig im Frachtbriefe verzeichnet war. Die einjährige Verjährung des Art. 12 Abs. 4 Berner FrachtÜb. (§ 470 HGB., § 61 Abs. 5 EisenbVerkO.) greift auch bei Frachtzuschlägen Platz. Ebenso EisenbE. **22** 34 (ÖstObGH. Wien) JDR. **4** Bem. 6 zu § 426 HGB. Siehe dagegen **RG.** JW. **07** 56 in JDR. **5** Bem. 6 e zu § 426 HGB. und 2 d zu 470.

2. Reindl, SeuffBl. **07** 515 u. SpeduSchiffZ. **08** 2, bekämpft die Auffassung des RG. (JW. **07** 56, JDR. **5** Bem. 6 e zu § 426 u. 2 d zu § 470 HGB.), daß die nach § 53 EisenbVerkO. u. Art. 7 Berner FrachtÜb. zu erhebenden Frachtzuschläge als „Fracht" nach § 196 Ziff. 3 BGB. in zwei Jahren verjähren, da es willkürlich sei, den Frachtzuschlag, wenn er nach Anschauung des RG. den Charakter einer Konventionalstrafe habe, gerade hinsichtlich der Verjährungsbestimmungen als „Fracht" zu qualifizieren. Der Vergleich des RG. mit dem sog. „Strafporto" der Post sei unzutreffend, da das sog. Strafporto (Zuschlagsporto) keinen pönalen Charakter habe, sondern eine Vergütung für erhöhte Arbeitsleistung der Post sei. Für die Verjährung der Frachtzuschläge komme daher nur die regelmäßige Verjährung von 30 Jahren (vgl. JDR. **2** Bem. 3 zu § 426 HGB.) in Betracht.

§ 427. (Vgl. § 59 EisenbVerkO., Art. 10 Berner FrachtÜb.) EisenbE. **24** 41 (Ung. Kurie Budapest). Für den durch Beigabe mangelhafter Zolldokumente entstehenden Schaden ist an sich der Absender verantwortlich. Die Eisenbahn hat aber denjenigen Schaden zu ersetzen, der durch die verspätete Benachrichtigung des Absenders über das wegen der Mangelhaftigkeit der Zolldokumente entstandene Transporthindernis eingetreten ist. Zu diesem Schaden gehört auch die durch die Saisonänderung eingetretene Wertsminderung von Modeartikeln.

§ 429. RG. JW. **07** 368. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, daß ein non liquet hinsichtlich der Schadensursache zu Lasten des Frachtführers geht, welcher sich für den nach der Annahme des Gutes entstandenen Schaden zu verantworten hat. Nur ausnahmsweise wird bei unaufgeklärter Schadensursache der Frachtführer dann als befreit angesehen werden können, wenn ihn hinsichtlich aller möglichen Ursachen ein Verschulden offenbar nicht trifft.

§ 432. (§ 68 Abs. 3 EisenbVerkO.) 1. *Senckpiehl, Speditionsgeschäft 179. Der von der Eisenbahn gemäß § 68 Abs. 3 EisenbVerkO. bestellte Rollfuhrunternehmer (sog. Bahnspediteur) ist nachfolgender Frachtführer im Sinne des § 432 HGB. Vgl. JDR. **5** Bem. 1 zu § 431, 432 HGB. — Dagegen:

2. EisenbE. **23** 359 (LG. München I). Der bahnamtliche Rollfuhrunternehmer

ist nicht selbständiger Frachtführer im Sinne des § 432 HGB., steht also zu dem Absender in keinem Vertragsverhältnisse. Der Absender kann daher den Rollfuhrunternehmer für den Schaden, den er dadurch erleidet, daß der Rollfuhrunternehmer nicht an den Frachtbriefadressaten, sondern an einen unberechtigten Dritten abgeliefert hat, nicht verantwortlich machen; haftbar ist nur die Eisenbahn, vorbehaltlich ihres Rückgriffs gegen den Rollfuhrunternehmer. Auch außerkontraktlich kann der Rollführer nicht haftbar gemacht werden, da § 823 BGB. auf Verletzung obligatorischer Rechte und § 831 BGB. nicht innerhalb eines zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschädigten bestehenden Vertragsverhältnisses anwendbar ist.

§ 435. LeipzZ. **07** 154, EisenbE. **23** 377 (Cöln). Soll die Beförderung vereinbarungsgemäß innerhalb desselben Ortes stattfinden, so ist als Ort der Ablieferung, an dem das Gut zur Entstehung eines selbständigen Anspruchs des Empfängers angekommen sein muß, die Ablieferungsstelle zu verstehen. Der Destinatär tritt dadurch, daß er dem Absender den Wert des Gutes ersetzt hat, noch nicht in die Ansprüche des Absenders gegen den Frachtführer ein, weil dem BGB. eine allgemeine Vorschrift des Inhalts, daß der Zahlende auch ohne ausdrückliche Zession in die Rechte des bezahlten Gläubigers eintrete, unbekannt ist.

§ 436. (§ 67 EisenbVerkO., Art. 17 Berner FrachtÜb.) 1. Ztschr. f. d. Int. EisenbTr. **07** 183, EisenbE. **22** 295 (Frankfurt a. M.). Der Empfänger ist zur Zahlung des auf der Sendung haftenden Frachtzuschlags auch dann verpflichtet, wenn der Frachtzuschlag nicht ziffernmäßig im Frachtbriefe verzeichnet war. Vgl. Bem. IV 1 zu § 426.

2. EisenbE. **24** 184, R. **07** 1337 (Hamburg). Ist bei einer unfrankierten Sendung seitens der Eisenbahn ein zu niedriger Frachtsatz in dem Frachtbriefe vermerkt worden, so kann die Eisenbahn Nachzahlung der fehlenden Fracht vom Empfänger verlangen, der das Gut angenommen und den im Frachtbrief angegebenen Satz bezahlt hat.

3. Wegen der Frage, ob der Nachzahlungsforderung der Eisenbahn Schadensersatzansprüche entgegengehalten werden können, vgl. Bem. 4 zu § 470.

§ 437. (§ 70 EisenbVerkO., Art. 24 Berner FrachtÜb.) 1. EisenbE. **23** 261 (ÖstObGH. Wien). Hat die Eisenbahn die an den Absender gerichtete Verständigung von einem eingetretenen Ablieferungshindernisse nachweislich zur Post gegeben, so hat sie für die Folgen der durch Verschulden der Post unterbliebenen Zustellung des Benachrichtigungsschreibens nicht einzustehen.

2. EisenbE. **23** 176 (AppSen. Budapest). Der Verkauf verderblicher Güter hat ohne Benachrichtigung des Absenders sofort nach Kenntnis von der Unanbringlichkeit zu erfolgen, widrigenfalls die Bahn für die eintretende Wertsminderung aufzukommen hat.

§ 438. (§ 464, § 90 EisenbVerkO., Art. 44 Berner FrachtÜb.; vgl. auch JDR. **5** Bem. 2 zu § 438 HGB.) 1. EisenbE. **24** 175, R. **07** 1273 (Hamburg). § 438 Abs. 1 HGB., § 90 Abs. 1, EisenbVerkO. u. Art. 44 Abs. 1 Berner FrachtÜb. finden auch auf Frankosendungen Anwendung; wer die Fracht bezahlt hat ist gleichgültig, es genügt also auch die Zahlung der Fracht durch den Absender. Vgl. auch JDR. **2** Bem. 1 zu §§ 438, 464 HGB.

2. *Reindl, SeuffBl. **07** 578. Auf der Berner Revisionskonferenz vom 4.—18. Juli 1905 zur Abänderung des Berner FrachtÜb. wurde ein Antrag Belgiens dahin gehend, daß schon durch die bloße Annahme des Gutes alle Ansprüche gegen die Eisenbahn erlöschen sollen, mit der Begründung abgelehnt, daß auch die Entrichtung der Fracht für den Eintritt des Präjudizes des Art. 44 Abs. 1 Berner FrachtÜb. gefordert werden müsse, daß es aber keinem Zweifel unterliegen könne, daß dieses Präjudiz auch bei Frankosendungen Platz greife. ➵ Die gleiche Begründung auch

bei Reindl, EisenbE. **19** 363, JDR. **2** Bem. 1 zu § 438. Red. ←≡ Die von Rundnagel, Haftung der Eisenbahn 226, dagegen vorgebrachte Einwendung, daß beim Verlangen der Frachtzahlung für die Anwendung des Präjudizes das sonderbare Ergebnis herauskomme, daß der Empfänger, der vertragswidrig seine Verpflichtung nicht erfüllt habe, besser stehe als der, der vertragsmäßig gehandelt hat, ist nicht durchschlagend, da die Eisenbahn das Gut ohne vorherige Zahlung der darauf ruhenden Fracht und Gebühren ja nicht auszuliefern braucht und sich, wenn sie es dennoch tut, dann nicht beklagen kann.

3. EisenbE. **24** 63 (ÖstObGH. Wien). Die Vorschrift im Art. 44 Abs. 2 Ziff. 1 Berner FrachtÜb. und § 90 Abs. 2 Ziff. 1 EisenbVerkO. (§ 438 Abs. 2 HGB.) ist eine selbständige Vorschrift, welche auch bei Verspätungen gilt, so daß im Falle der Arglist oder groben Fahrlässigkeit der Eisenbahn die Einhaltung der im Art. 44 Abs. 2 Ziff. 2 Berner FrachtÜb. (§ 90 Abs. 2 Ziff. 2 EisenbVerkO.) vorgesehenen Reklamationsfrist von 14 Tagen nicht Platz greift. ≡→ Ebenso Reindl in der Sped. uSchiffZ. **97** Nr. 49 u. **97** Nr. 8. Red. ←≡

§ 446. (Vgl. auch JDR. **3** Bem. zu § 446 HGB.) Marcus, KGBl. **06** 55. Die Bestimmung im § 446 Abs. 1 hat den Zweck der Sicherung des Empfängers, damit der künftige Inhaber des Ladescheins die Grenzen seiner Pflichten erkennen könne; insofern ist § 334 BGB., soweit daraus Nachteile für den Empfänger entstehen könnten, weil er im Vertrauen auf den Inhalt des Ladescheins in den Vertrag als Verpflichteter eingetreten ist, ohne sich über die Stipulationen der Kontrahenten zu vergewissern, beseitigt. Im übrigen aber ist der Empfänger als Dritter in den Frachtvertrag eingetreten, so wie ihn Promittent und Promissar geschlossen haben; das soll Abs. 2 des § 446 zum Ausdrucke bringen. Soweit also zugunsten des Empfängers Stipulationen getroffen sind, bleiben sie rechtsbeständig.

Siebenter Abschnitt. Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

Vorbemerkung s. vor dem sechsten Abschnitt

§ 453. (Vgl. Eingangsbestimmungen zur EisenbVerkO. u. §§ 6 u. 55 Eisenb. VerkO., Artt. 5 u. 8 Berner FrachtÜb.) 1. **RG.** LeipzZ. **07** 223, EisenbE. **23** 388. Bei Gütersendungen aus einem dem Berner FrachtÜb. unterworfenen Vertragsstaat in einen anderen mit internationalem Frachtbriefe findet das Berner FrachtÜb. ausschließlich Anwendung. Vgl. auch JDR. **3** Bem. 3 zu § 453 u. **5** Bem. 3 zu § 425 HGB.

2. (§ 453 Abs. 2, § 55 EisenbVerkO., Art. 5 Abs. 2 u. 8 Berner FrachtÜb.) **a)** Pos. MSchr. **06** 172, EisenbE. **23** 391 (Marienwerder). Art. 5 Abs. 2 Berner FrachtÜb. (§ 453 Abs. 2 HGB., § 55 Abs. 2 EisenbVerkO.) bezieht sich lediglich auf einen der Abschließung des künftigen Frachtvertrags vorausgegangenen Verwahrungsvertrag, hindert aber nicht, einen Frachtvertrag in der Weise abzuschließen, daß die Güter zur Beförderung, obwohl diese nicht sofort erfolgen kann, angenommen werden. Art. 8 Abs. 1 Berner FrachtÜb. (§ 54 Abs. 1 EisenbVerkO.) enthält nur eine gesetzliche Beweisvermutung dahin, daß die Abstempelung des Frachtbriefs ein des weiteren Beweises nicht bedürfendes Zeichen der Annahme zur Beförderung mit dem aus dem Datum der Abstempelung erhellenden Zeitpunkte bildet, läßt aber den Beweis offen, daß die Annahme zur Beförderung in einem anderen Zeitpunkt erfolgt ist. Die sog. Otscheredlagerung in Rußland ist aber nicht Annahme zur Beförderung, sondern zur Lagerung des Gutes; die Annahme zur Beförderung geschieht in diesem Falle erst mit der Verladung in den Eisenbahnwagen. Vgl. auch JDR **5** Bem. 1 b u. c zu §§ 425, 426, 433 u. 455 HGB. **b)** EisenbE. **23** 54 (Hamburg). Durch die bloße Bereitstellung einiger Wagen auf dem Güterbahnhofe zur

Verladung wird von der Eisenbahn ein Verwahrungsvertrag nicht abgeschlossen. Hierdurch wird dem Verlader nur ein Raum zur Verfügung gestellt, damit er dort seine Sache verwahre. Denn nach § 688 BGB. setzt der Abschluß eines Verwahrungsvertrags voraus, daß die zu verwahrende Sache von dem Hinterleger dem Verwahrer übergeben wird. Daran fehlt es aber, solange die Eisenbahn das Gut nicht zur Beförderung übernommen hat.

3. Vgl. Bem. II 1 zu § 426.

§ 456. (§ 75 EisenbVerkO., Art. 30 Berner FrachtÜb.) 1. Zeitpunkt der Annahme zur Beförderung. LeipzZ. **07** 154, EisenbE. **23** 375 (Cöln). Wird das Gut beschädigt, während es von dem Fuhrwerke des Spediteurs in die Halle zur Eisenbahnwage verbracht wird, so haftet hierfür der Spediteur. Denn die Haftung der Eisenbahn beginnt erst mit der Annahme des Gutes samt Frachtbrief, zu deren Zeichen der Tagesstempel der Abfertigungsstelle aufzudrücken ist. Wenn die Leute der Eisenbahn bei der Verbringung des Gutes in die Halle mitwirkten, so waren sie hierbei Erfüllungsgehilfen des Spediteurs, für welche dieser haftet. Vgl. auch Bem. 4 zu § 407 HGB.

2. Verschulden des Verfügungsberechtigten. EisenbE. **23** 254, Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **07** 370 (HG. Budapest). Die Prüfung, ob der zum Verladen gestellte Eisenbahnwagen auch geeignet sei, obliegt dem die Verladung besorgenden Absender. Für den infolge der mangelhaften Beschaffenheit des Wagens entstandenen Schaden hat die Eisenbahn nicht aufzukommen. Vgl. dagegen JDR. **3** Bem. 2 a zu § 456 und die mit dem vorstehenden Urteil übereinstimmende Redaktionsbemerkung dortselbst.

3. Beweispflicht der Eisenbahn bei Gewichtsdifferenz. EisenbE. **23** 357 (BezG. Wien). Grundsätzlich ist zwar die Ansicht zutreffend, daß auch die Feststellung einer Differenz zwischen dem von der Aufgabe- und dem von der Empfangsstation ermittelten Gewichte den Beweis nicht ausschließt, daß eine Minderung des Gutes nicht vorliege, die Gewichtsdifferenz also in der Unrichtigkeit des einen oder des anderen, möglicherweise auch beider Abwägungsergebnisse liegen könne. Die Eisenbahn hat aber in diesem Falle den strikten Beweis zu erbringen, daß die festgestellte Gewichtsdifferenz nur in einem Wiegefehler beruhe. Dazu reicht jedoch die Behauptung der Unversehrtheit der Plomben und des äußerlich tadellosen Zustandes der Säcke (Getreide) noch nicht aus, da diese Umstände nur bestimmte, nicht aber alle möglichen Arten, in welchen die Minderung des Gutes ihren Grund haben kann, ausschließen. Diese Umstände begründen eine mehr oder weniger starke Vermutung in dieser Richtung, können aber einen vollen Beweis noch nicht liefern. ➠ Wenn die Säcke mit Getreide vollgefüllt und auch der an jedem Sacke vom Absender selbst angebrachte Plombenverschluß zweifellos vollkommen unversehrt waren, ist doch mit einer an Gewißheit grenzenden Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß unterwegs nichts von dem Inhalte der Säcke abhanden gekommen sein kann; dies ist um so mehr anzunehmen, wenn die Gewichtsdifferenz eine so große ist, daß sie ohne äußerlich merkbare Veränderung des Volumens der Säcke gar nicht denkbar wäre. Einen Beweis, wie ihn das vorstehende Urteil verlangt, kann man wohl überhaupt nicht führen. — Red. ⟵

4. Höhere Gewalt. a) EisenbE. **23** 265 (ÖstObGH. Wien). Als höhere Gewalt ist es anzusehen, wenn eine Sendung durch ein vorher in dem betreffenden Wagen verladenes Gut (nasse Häute) infiziert und daher auf Anordnung der Polizeibehörde vernichtet wird, sofern die Eisenbahn von der infizierenden Wirkung des vorher verladenen Gutes und der Notwendigkeit einer Desinfizierung des Wagens keine Kenntnis hatte. ➠ Das ist eine sehr anfechtbare Entscheidung. Es mag in solchen Fällen kein Verschulden der Eisenbahn gegeben sein, aber höhere Gewalt wird man wohl schwerlich als vorliegend erachten können. Red. ⟵ **b)** EisenbE.

23 399 (Ung. Kurie). Nicht in jedem Falle kann der Streik der Angestellten eines Arbeitgebers als vis major gelten. Wenn er jedoch einen solchen Umfang und Charakter angenommen hat, daß es dem Arbeitgeber unmöglich gemacht ist, Ersatzkräfte zu werben, mithin der Streik durch ihn nicht bezwungen werden kann, dann ist er als höhere Gewalt anzusehen und der Arbeitgeber (hier die Eisenbahn) von der Haftung befreit. Vgl. hierzu JDR. **4** Bem. 2 b—g zu § 456 u. **5** Bem. 3 b u. c zu § 456 HGB. ⇛ Die Rechtsprechung in Österreich und Ungarn geht jetzt im allgemeinen dahin, daß der Streik dann als höhere Gewalt anzusehen ist, wenn er „unbezwingbar" ist. Ob mit dieser Definition juristisch auszukommen ist, erscheint immerhin recht fraglich. Jedenfalls wird man den Begriff der „Unbezwingbarkeit" sehr streng zu fassen und nicht lediglich von dem Gesichtspunkte der Forderungen der Streikenden aus zu beurteilen haben. Red. ⇚ c) EisenbE. **23** 372 (BezG. Prag). Streike sind ein für allemal als vis major anerkannt worden. Die sog. passive Resistenz ist aber nach ihrer Natur und nach der Absicht der Bahnbediensteten ein Streik. Die Eisenbahn haftet daher nicht. ⇛ Die Behauptung, daß Streiks „ein für allemal" als höhere Gewalt anerkannt worden seien, ist zwar recht bequem, richtig ist sie aber jedenfalls nicht. Dieses Urteil beweist am deutlichsten die Richtigkeit der in der Redaktionsbemerkung zu der vorstehenden Ziff. b niedergelegten Bedenken. — Red. ⇚

5. Unterschied zwischen den Haftausschließungsgründen der §§ 456 u. 459. **RG.** EisenbE. **23** 283, JW. **06** 775. Nach § 456 HGB. (Art. 30 Berner FrachtÜb., § 75 EisenbVerkO.) haftet die Eisenbahn nicht für den Schaden, der durch die natürliche Beschaffenheit des Gutes, namentlich durch inneren Verderb, Schwinden, „gewöhnliche" Lekkage verursacht ist. Die Befreiungsgründe des § 459 Ziff. 4 HGB. (Art. 31 Ziff. 4 BernerFrachtÜb., § 77 Ziff. 4 EisenbVerkO.) dagegen schließen in Ansehung der Güter, die vermöge ihrer eigentümlichen Beschaffenheit der besonderen Gefahr ausgesetzt sind, Verlust, Minderung oder Beschädigung, namentlich Bruch, Rost, inneren Verderb, „außergewöhnliche" Lekkage zu erleiden, die Haftung für den aus dieser Gefahr entstandenen Schaden aus. Ersichtlich haben die zuerst genannten Bestimmungen den Schaden im Auge, den gewisse Güter im regelmäßigen Verlaufe der Dinge vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit erleiden, während die ihnen gegenübergestellten hauptsächlich bezwecken, die Eisenbahn von der Haftung für außergewöhnliche, infolge der eigentümlichen Natur des Gutes entstehende Schäden zu befreien. Es hieße daher die zuletzt genannten Befreiungsgründe da ausschließen, wo sie hauptsächlich angewendet werden sollen, wenn man den außergewöhnlichen Umfang des Schadens schlechthin und an sich schon zur Ausschließung der Haftung und zur Widerlegung der Vermutung des § 459 Abs. 2 (Art. 31 Abs. 2 Berner FrachtÜb., § 77 Abs. 2 EisenbVerkO.) genügen lassen würde. Denn entscheidend kann nicht sein, ob die leicht verletzbaren Güter auf dem Transporte nur gewöhnlichen, mit dem regelmäßigen Betriebe verbundenen Einwirkungen oder ungewöhnlichen, z. B. außergewöhnlichen Rangierstoßen, ausgesetzt gewesen sind; entscheidend ist vielmehr, ob Umstände wirksam gewesen sind, die für andere als leicht verletzbare Güter in erheblichem Maße gefahrbringend gewesen sind. Ebenso **RG.** JDR. **3** Bem. 3 a zu § 456; anders Rundnagel, JDR. **5** Bem. 4 zu § 456 HGB. — Vgl. auch noch Bem. 1 u. 5 b zu § 459.

§ 457. (§ 80 EisenbVerkO., Art. 34 Berner FrachtÜb.) EisenbE. **24** 11 (BezG. Wien). Bei Verlust einer Musterkollektion (von Stoffen) ist nicht der Wert der einzelnen Muster, sondern der Wert des Ganzen als eines besonderen Handelsguts zu ersetzen.

§ 459. (§ 77 EisenbVerkO., Art. 31 Berner FrachtÜb.) 1. Über den Unterschied zwischen der Haftung aus § 456 und jener aus § 459 vgl. Bem. 5 zu § 456.

2. PucheltsZ. **07** 402 (Cöln). Das Entscheidende der Bestimmungen im Abs. 1

des § 459 liegt in der im Abs. 2 aufgestellten gesetzlichen Vermutung. Diese Vermutung greift nicht schon dann Platz, wenn die Möglichkeit, daß ein eingetretener Schaden auf einem der im Abs. 1 aufgeführten Gründe beruhen kann, losgelöst von den besonderen Umständen des Falles, überhaupt denkbar ist, sondern nur dann, wenn diese Möglichkeit nach Maßgabe der Umstände und Besonderheiten des bestimmten einzelnen Falles vorliegt. Demnach muß der Anspruchsberechtigte zunächst dartun, daß nach dem konkreten Sachverhältnisse des einzelnen Falles die Möglichkeit einer Entstehung des Schadens z. B. aus der mit dem Auf- und Abladen oder mit einer mangelhaften Verladung verbundenen Gefahr gegeben ist. Rechtfertigt das konkrete Sachverhältnis die Annahme einer solchen Möglichkeit nicht, so greift die Vermutung des Abs. 2 überhaupt nicht Platz. Im anderen Falle tritt die gesetzliche Vermutung ein, kann aber durch Gegenbeweis widerlegt werden. Dieser Gegenbeweis kann in doppelter Weise geführt werden: entweder positiv dadurch, daß im konkreten Falle der Schaden durch ein anderes, von der Eisenbahn zu vertretendes Ereignis verursacht sei, oder negativ dadurch, daß in dem konkreten Falle der eingetretene Schaden aus einer der im Abs. 1 bezeichneten Gefahren, z. B. aus der mit dem Auf- und Abladen oder mit mangelhafter Verladung verbundenen Gefahr nicht entstanden sein könne.

3. Mangelhafte Verpackung. EisenbE. **23** 186 (HuWechsG. Budapest). Bei dem in loser Schüttung beförderten Getreide hat die Eisenbahn für die Verstreuung desselben durch die zum Türverschlusse vom Absender verwendeten Bretter hindurch nicht zu haften

4. Mangelhafte Verladung. (Vgl. auch JDR. **3** Bem. 3 a zu § 459 HGB., **4** Bem. 1 zu § 459 HGB.) EisenbE. **24** 58 (LG. München I). Die Eisenbahn hat keine Verpflichtung zur Kontrolle der Art und Weise der Verladung, sofern diese dem Absender obliegt. Hat der Absender die Verladung mangelhaft betätigt, so kann er die ihn nach § 459 Ziff. 3 HGB. (§ 77 Ziff. 3 EisenbVerkO., Art. 31 Ziff. 3 Berner FrachtÜb.) treffenden Folgen der mangelhaften Verladung nicht dadurch auf die Eisenbahn abwälzen, daß er behauptet, die Eisenbahn habe schuldhafterweise die Verladung nicht nachgeprüft und die Mangelhaftigkeit derselben nicht beanstandet.

5. Leicht verletzbare Güter. (Vgl. auch JDR. **3** Bem. 3 zu § 459 HGB.) **a)** HansGZ. **06** Hptbl. 252 (Hamburg). Die Eisenbahn ist für den Bruch transportierter Glasscheiben jedenfalls dann nicht verantwortlich, wenn nicht festzustellen ist, auf welchen konkreten Vorgang die Beschädigung zurückzuführen ist. **b)** HansGZ. **06** Hptbl. 127 (Hamburg). Eier gehören zu den Gütern, die während der Beförderung leicht durch Frost Schaden leiden. Wenn daher der Schaden während der innerhalb der Lieferfrist ausgeführten Beförderung eingetreten ist, haftet die Eisenbahn hierfür nicht. Behauptet die Empfängerin, die Beschädigung durch Frost sei erst in der Zwischenzeit zwischen der Ankunft des Gutes auf dem Bestimmungsbahnhof und der Auslieferung desselben am Kai durch schuldhaft verspätete Überführung an den Kai erfolgt, so muß sie beweisen, daß der Schaden wirklich erst in dieser Zeit eingetreten ist. **c)** PuchertsZ. **07** 406 (Cöln). Auch ordentlich verpackte Eier gehören zu den Gütern, die vermöge ihrer eigentümlichen natürlichen Beschaffenheit der besonderen Bruchgefahr ausgesetzt sind. Die Anwendung des § 459 Ziff. 4 (§ 77 Ziff. 4 EisenbVerkO.) muß aber dann als ausgeschlossen gelten, wenn der Prozentsatz des Bruches derartig erheblich ist, daß ein solcher Bruch auf die natürliche Beschaffenheit der Eier nicht mehr zurückgeführt werden kann. Vgl. dagegen die dieses Urteil aufhebende Entsch. d. **RG.** JW. **06** 775 oben unter Bem. 5 zu § 456. **d)** EisenbE. **24** 63 (Karlsruhe). Die eigentümliche natürliche Beschaffenheit von Eiern, wonach sie der besonderen Gefahr des Bruches ausgesetzt sind, wird durch eine sorgfältige Verpackung noch nicht beseitigt. Es spricht dafür

auch bei guter Verpackung für die Eisenbahn die Vermutung, daß der Schaden aus der besonderen Gefahr entstanden ist, bis der Entschädigungsberechtigte das Gegenteil beweist. Zur Widerlegung der Rechtsvermutung muß ein näherer, nach seinem Tatbestande darzulegender Vorgang als alleinige Ursache der Beschädigung nachgewiesen werden, für welchen Vorgang die Eisenbahn die Vertretungspflicht trifft. Die bloße Behauptung, daß ein heftiger Rangierstoß die Beschädigung verursacht habe, genügt noch nicht als solcher Nachweis.

6. Verschulden der Eisenbahn (Abs. 3). Vgl. IDR. **5** Bem. 4 a u. b zu § 45 HGB. **a**) EisenbE. **23** 175 (ÖstObGH. Wien). Den durch den Brand der Wolle und durch das notwendige Löschen des Brandes entstandenen Schaden hat der Absender nach § 459 Ziff. 4 HGB. (§ 77 Ziff. 4 EisenbVerkO., Art. 31 Ziff. 4 Berner FrachtÜb.) selbst zu tragen. Den weiteren Schaden aber, der dadurch erwuchs, daß die Eisenbahn nicht sofort nach der Löschung des Brandes den Absender verständigte und ohne dessen Disposition und ohne Zuziehung eines Sachverständigen die Ware in nassem Zustande weitersandte, hat sie, als durch ihr Verschulden veranlaßt, zu vertreten. **b**) SpeduSchiffZ. **08** 71 (LG. Karlsruhe). Es ist kein Verschulden der Eisenbahn im Sinne des § 459 Abs. 3 (§ 77 Abs. 3 Eisenb. VerkO.), wenn ihre Leute beim Umladen auf einer Zwischenstation eine auf einer Kiste Spiegelglas angebrachte wenig hervortretende Aufschrift, daß die Kiste „stets die Lage behalten müsse, die sie beim Abgang aus der Fabrik hatte", nicht beachten. Mit Rücksicht auf den Massenbetrieb und die gebotene Eile des Eisenbahntransports können nur solche Anweisungen Beachtung verlangen, die nicht nur sofort in die Augen springen, sondern auch sofort für jedermann klar verständlich sind, z. B. „oben", „unten", nicht aber auch solche, die allein schon zum Lesen einige Zeit erfordern, zumal wenn, wie hier, die Umladestation nicht wissen kann, wie die absendende Firma verladen hat. **c**) SpeduSchiffZ. **07** 334 (LG. München I). Die Eisenbahn hat für den Verderb empfindlicher Waren wie Obst, Gemüse usw. nach § 459 HGB. (Art. **31** Berner FrachtÜb., § 77 EisenbVerkO.) nur bei nachgewiesenem Verschulden zu haften. Ein Verschulden der Eisenbahn ist trotz der Zusicherung, die Sendung mit Eilzügen zu befördern, bei Einhaltung der Lieferfrist in dem zeitweiligen Stillager der Sendung auf einer Unterwegsstation nicht zu erblicken. Auf den Grund einer Verzögerung darf, insolange als die Lieferfrist gewahrt ist, nicht eingegangen werden. ➸ Dies ist eine immerhin anfechtbare Rechtsauffassung. Die Eisenbahn wird kaum grobfahrlässiger- oder gar vorsätzlicherweise ein verderbliches Gut ein paar Tage in der Halle liegen lassen dürfen und dann von ihrer Haftung befreit sein, wenn sie es nur noch rasch vor Ablauf der Lieferfrist an die Bestimmungsstation verbringt. Red. ⟵ Vgl. auch Bem. 2 zu § 466 u. IDR. **5** Bem. 2 zu § 466 HGB.

§ 466. (Vgl. §§ 63, 86, 87 EisenbVerkO., Artt. 39, 40 Berner FrachtÜb.; vgl. auch IDR. **5** Bem. 2 zu § 466 HGB.) 1. **RG.** R. **07** 995. Die mehrtägige Verzögerung der Ablieferung der Güter beruht nicht auf grobem Verschulden, wenn sie durch eine Verkehrsstörung veranlaßt ist, die auf außergewöhnliche Ereignisse zurückzuführen ist.

2. EisenbE. **23** 29 (Ung. Kurie Budapest). Eine als Eilgut beförderte Sendung geschlachteter Kälber war innerhalb der Lieferfrist angekommen, jedoch war der Transport, der für solche Sendungen in der Regel mit Personenzügen erfolgt und somit 12—14 Stunden in Anspruch nimmt, erst am dritten Tage beendet. Infolge dieser langsamen Beförderung hatte das Fleisch an Wert eingebüßt. Die Eisenbahn wurde für haftbar erklärt, weil sie verpflichtet gewesen sei, die entsprechende Sorgfalt auch in der Richtung zu betätigen, daß die verfrachtete Sendung bei ihrer empfindlichen Natur keine Verspätung erleide. Vgl. dagegen die Bem. 6 c zu § 459.

§§ 469, 470. (§§ 61, 74 EisenbVerkO., Artt. 12, 27 Berner FrachtÜb.) 1. Ztschr. f. d. IntEisenbTr. **07** 354. Für Frachterstattungsansprüche auf Grund des § 470 HGB. (Art. 12 Abs. 4 Berner FrachtÜb.) ist nach Wahl des Reklamanten jede der im § 469 Abs. 1 HGB. (Art. 27 Abs. 3 Berner FrachtÜb.) genannten Bahnen passiv legitimiert; die Klage ist eine Vertragsklage, keine condictio indebiti. Ebenso EisenbE. **24** 251 (HG. Wien.) — Dagegen EisenbE. **20** 41 (BezG. Wien), wo ausgeführt ist, daß die Rückforderung zu Unrecht erhobener Gebühren lediglich gegen diejenige Bahn sich richten kann, die die Mehrgebühren erhoben hat oder der sie durch Abrechnung gutgebracht wurden. Vgl. auch JDR. **3** Bem. 1 u. 2 zu § 469.

2. EisenbE. **23** 356 (ÖstObGH. Wien). Hat die Schädigung des Absenders darin ihre Ursache, daß er durch die Bahnorgane verhindert wurde, den Fassungsraum des Wagens voll auszunutzen, daß ihm aber gleichwohl eine mit Rücksicht auf das tatsächlich verladene Quantum zu hohe Frachtgebühr vorgeschrieben wurde, so stellt sich der erhobene Anspruch nicht als Schadensersatzanspruch, sondern als ein Anspruch wegen unrichtiger Tarifbemessung dar, der nach § 470 HGB. in einem Jahre verjährt.

3. EisenbE. **24** 70 (BezG. Lemberg). Die Ansprüche auf nachträgliche Vornahme einer billigeren als der ursprünglich angewendeten Abfertigungsweise fällt nicht unter Art. 12 Abs. 4 Berner FrachtÜb., wenn bei der ursprünglichen Abfertigung der bestehende Tarif richtig angewendet wurde und auch bei der Berechnung der Fracht selbst ein Rechnungsfehler nicht vorgekommen ist. Ebenso JDR. **4** Bem. 3 zu § 470 HGB.

4. a) SeuffBl. **07** 906 (München). Den Ansprüchen der Eisenbahn auf Nachzahlung von irrigerweise zu wenig erhobener Fracht kann der Empfänger Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter falscher Frachtberechnung durch die Eisenbahn entgegensetzen. Die Grundsätze über konkurrierendes Verschulden gelten auch hier. Als überwiegendes und daher allein die Haftung begründendes Verschulden ist es anzusehen, wenn die Versandstation einen schon seit längerer Zeit nicht mehr geltenden Tarif zur Anwendung bringt. Der Empfänger kann um so weniger gehalten sein, die Tarife, deren Richtigkeit und Gültigkeit nachzuprüfen, als dies bei der Kompliziertheit der Tarife für den Laien ungemein schwierig, wenn nicht geradezu unmöglich ist. Dagegen ist der Schadensersatzanspruch gegenüber der Nachforderung der Eisenbahn ausgeschlossen, wenn der Empfänger selbst in der Lage gewesen wäre, bei gehöriger Aufmerksamkeit die Unrichtigkeit der Gewichtsangabe des Absenders, auf der die Frachtberechnung durch die Eisenbahn beruhte, wahrzunehmen und die Fracht sofort richtig zu stellen. Dagegen: **b)** EisenbE. **24** 184, R. **07** 1337 (Hamburg). Der Empfänger ist nicht berechtigt, gegen den Nachzahlungsanspruch der Eisenbahn mit dem ihm aus der falschen Frachtberechnung erwachsenen Schaden aufzurechnen. Der Empfänger könnte einen solchen Gegenanspruch nur auf außerkontraktliches Verschulden der Bahn stützen, eine derartige Begründung würde aber versagen, weil durch dieses Verschulden nur das Vermögen des Empfängers, nicht aber eines der im § 823 BGB. bezeichneten Rechtsgüter verletzt ist. — Ebenso JDR. **5** Bem. 1 zu § 470 HGB. und **c)** SpeduSchiffZ. **08** 107 (KG.). ➠ Den unter b und c angeführten Entscheidungen wird man hinsichtlich ihrer Richtigkeit zweifellos den Vorzug vor der unter a angeführten geben müssen. Red. ⟵

5. **RG.** SpeduSchiffZ. **08** 146, EisenbE. **24** 291. Die einjährige Frist im Art. 12 Abs. 4 Berner FrachtÜb. ist keine Präklusiv-, sondern eine Verjährungsfrist.

Eisenbahnverkehrsordnung im einzelnen.

§ 11. (Vgl. JDR. **5** Bem. a—d zu § 11 EisenbVerkO.) Senckpiehl, EisenbE. **23** 210. Als maßgebend für die Fahrpreisberechnung für Kinder sollte der fahr-

planmäßige Beginn der Reise angesehen werden, auch für den Vertrag über Hin- und Rückfahrt. § 11 Abs. 2 sollte daher durch folgende Fassung ersetzt werden: „Kinder, welche zur Zeit der fahrplanmäßigen Abfahrt des Zuges das 4. Lebensjahr vollendet, aber das 11. Lebensjahr noch nicht begonnen haben, werden zu ermäßigten Preisen befördert." ➵ Durch den nunmehr erfolgten Wegfall der Rückfahrkarten hat die Frage ihre Bedeutung verloren. Red. ⇷

§ 33. Gumprecht, EisenbE. **23** 309, 413. Der Gepäckschein hat nicht die rechtliche Natur eines Inhaberpapiers; er ist ein Legitimationspapier, auf das § 808 Abs. 1 BGB. analog anwendbar ist. Die Eisenbahn wird daher durch die Leistung an den Inhaber des Gepäckscheins auch dann befreit, wenn ihr dessen Nichtberechtigung bekannt ist, z. B. wenn sie weiß, daß der Gepäckschein gestohlen ist.

§ 34. (Vgl. JDR. **1** Ziff. 4 zu § 701 BGB., **2** Ziff. 2 zu § 465 HGB., **5** Bem. zu § 465 HGB.). a) EisenbE. **23** 394 (Cöln). Die Schlafwagengesellschaft hat für den Verlust der in die Schlafwagen eingebrachten Gepäckstücke und Sachen nur als Transportunternehmerin nach Maßgabe der einschlägigen reglementarischen Bestimmungen zu haften. b) Ebenso Reindl, EisenbE. **24** 195; dagegen: Fuld, EisenbE. **24** 324.

§ 69. EisenbE. **23** 355 (ÖstObGH. Wien). Derjenige, welcher vom Adressaten zur Abholung einer avisierten Sendung beauftragt ist, ist zur Geltendmachung des Anspruchs auf Ersatz der Kosten der rechtzeitig, aber vergeblich versuchten Abholung auch dann berechtigt, wenn diese Kosten ihm selbst und nicht dem Verfügungsberechtigten zur Last fallen. Denn dieser Anspruch besteht selbständig und ist nicht als Geltendmachung der aus dem Frachtvertrage (zwischen der Bahn und dem Absender bzw. dem Empfänger) entspringenden Rechte anzusehen. Auf ihn findet daher auch die Vorschrift im § 90 Abs. 1 EisenbVerkO. keine Anwendung.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung: Die seerechtliche Literatur ist im Berichtsjahr, abgesehen von vereinzelten Abhandlungen und wissenschaftlich wertvollen Besprechungen, nur durch das Lehrbuch von Alfred Sieveking (Das deutsche Seerecht, Hamburg 1907) bereichert worden. Nachstehend ist außerdem berücksichtigt die noch aus 1906 stammende Abhandlung von Weyl, Zum Begriff „See" im deutschen Reichsrecht (in der Kieler Festgabe zum 28. deutschen Juristentag) und das 1908 vollendete Lehrbuch des Handelsrechts von Karl Lehmann. — Als bedeutungsvoll für die Entwickelung des Seerechts werden sich die Beschlüsse der Venediger Konferenz des Comité Maritime International über Reederhaftung und Schiffspfandrecht erweisen. Vgl. über dieselben die Berichte von Gütschow in den Drucksachen des Deutschen Vereins für internationales Seerecht und von Schaps, LeipzZ. **07** 849 ff., ferner Nicol-Speyer, BlVerglR. **4** 9 ff., Brodmann, Hamburgischer Korrespondent **08** Nr. 207, 209, und Gütschow, Hamburger Nachrichten **08** Nr. 320, 325, 329; über die Vorarbeiten dazu Brodmann, GoldschmidtsZ. **59** 201 ff.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Zu §§ 474 ff. Über die in den seerechtlichen Gesetzen vorkommenden Ausdrücke „See", „Seefahrt", „Seegefahr", „Seenot", „Seeunfall" usw. eingehend Weyl, Zum Begriff „See" 95 ff.; vgl. insbes. unten zu §§ 474, 820, 851, vor § 740.

§ 474. *Weyl, Zum Begriff „See" (s. oben), insbes. 105 ff., nimmt zwar in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre (Angaben über Literatur und Judikatur 106) an, daß für die Abgrenzung der „See" gegen die Zugangsgewässer auf

die Ansicht der seemännischen Bevölkerung zurückzugehen ist, hat aber starke Bedenken, ob sich eine solche Ansicht leicht und sicher ermitteln lassen werde und ob die Meinung richtig sei, daß sich die Auffassung der seemännischen Bevölkerung mit der Grenzziehung decke, welche in der Bek. des Bundesrats v. 10. November 1899 zum §25 FlaggenrG. gegeben ist. — Über die Fahrt in Zugangsgewässern Weyl aaO. 114f.

§ 481. 1. Sieveking 25. Der Stauer gehört zur Schiffsbesatzung, soweit er Schiffsdienste verrichtet. Zu diesen gehört auch das Löschen und Einnehmen der Ladung.

2. HansGZ. **07** Hptbl. 11, LeipzZ. **07** 295 (Hamburg). Es gibt Stauer, die das Löschen von Seeschiffen als selbständige Gewerbetreibende übernehmen, und solche, die in festem Dienstverhältnis einer einzelnen Reederei stehen; auch ist ihre Tätigkeit häufig eine ganz verschiedene. Zuweilen beschränken sie sich auf die eigentliche Tätigkeit eines Stauers, treffen nur Anordnungen und führen Arbeiten aus, die erforderlich sind, um das Schiff leer zu machen; zuweilen verrichten sie Arbeiten, die zweifellos Sache der Schiffsbesatzung sind, wie das Vertäuen. Je nach der Stellung des Stauers und nach der Tätigkeit, die im Einzelfall in Frage kommt, ist die Frage zu beantworten, ob gerade dieser Stauer bezüglich gerade dieser Tätigkeit als Person der Schiffsbesatzung tätig ist oder nicht.

3. HansGZ. **07** Hptbl. 21 (Hamburg). Insoweit der Stauer Ladung aus dem Seeschiff in den Kahn des Empfängers überlädt, ist er nicht Gehilfe des Empfängers, sondern des auslieferungspflichtigen Schiffers.

4. HansGZ. **07** Hptbl. 43 (Hamburg) behandelt die Stellung des Lotsen zum Schiffe und zum Staate.

5. **RG. 65** 382 erkennt für das Seerecht (im Gegensatze zum Binnenschiffahrtsrecht an), daß die Besatzung des Schleppers in bezug auf Verrichtungen, die dem geschleppten Schiffe zu dienen bestimmt sind, der Besatzung des letzteren zuzurechnen sind.

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 484. K. Lehmann, Lehrbuch 100. Auch wer gelegentlich ein ihm gehöriges Schiff in Erwerbsabsicht zur Seefahrt verwendet, ist insoweit Reeder.

§ 485. **RG. 63** 310 f. zu BinnenSchG. § 3.

§ 486. Sieveking 104 ff. gibt Darlegungen über die Haftung des Schiffer-Reeders, die zum Teile von denen der bisherigen Literatur abweichen.

§ 489. Pappenheim, Handb. 234, K. Lehmann, Lehrb. 359 verneinen die Parteifähigkeit der Reederei (ebenso Schaps 96), während Boyens, GoldschmidtsZ. **61** 262, sie bejaht.

§ 503. 1. Wegen der Ausdrücke „Zustimmung“ und „Einwilligung“ vgl. *Weyl in der erwähnten Abhandlung 54.

2. LeipzZ. **07** 670 (Hamburg). Die Veräußerung einer Schiffspart an einen Ausländer ohne Zustimmung sämtlicher Mitreeder ist nichtig.

Dritter Abschnitt. Schiffer.

§ 552. Ritter, ABürgR. **31** 229, führt aus: Der Rechtsvorgang des § 552 bedeute nicht, wie Pappenheim (108) meint, eine kraft einseitiger Erklärung des Eigentümers erfolgende Übertragung seiner Part, sondern es werde nur die obligatorische Verpflichtung zur Übertragung bewirkt: es bedürfe zur Übertragung selbst noch des besonderen Übertragungsakts, insbesondere etwa der dinglichen Einigung des § 474 HGB.

§ 553. Abs. 4. *Weyl aaO. 54. Hier werden „Einwilligung“ und „Zustimmung“ promiscue gebraucht trotz BGB. §§ 183 ff. verb. mit § 929 BGB.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

§ 556. **RG.** LeipzZ. **07** 825, HansGZ. **08** Hptbl. 30. Frachtvertrag und Schleppvertrag sind keine begrifflichen Gegensätze. Schleppvertrag ist keine juristisch-technische, sondern eine tatsächliche Bezeichnung für jeden Vertrag, der die Benutzung der Schlepperkräfte eines Transportunternehmens zum Gegenstande hat. Er ist in der Regel ein gewöhnlicher Werkvertrag, kann aber auch ein Dienstvertrag oder ein Frachtvertrag sein. Letzteres dann, wenn der Transportunternehmer nicht nur die bewegende Kraft zum Zwecke der Beförderung zur Verfügung stellt, sondern wenn ihm der zu befördernde Gegenstand außerdem zum Zwecke der Beförderung in seine Obhut übergeben wird. Ist dieses ein Schiff, so wird es damit Frachtgut und fährt unter ausschließlicher Leitung, Obhut und Verantwortlichkeit des Transportunternehmers (in diesem Punkte gegen HansOLG., HansGZ. **07** Hptbl. 33).

§ 559. 1. OLG. **14** 385, HansGZ. **06** Hptbl. 127 (Hamburg). In einer die Ladung gefährdenden Unsauberkeit des Schiffes von der Vorreise her liegt Mangel der relativen Seetüchtigkeit.

2. Sieveking 37. §§ 559 Abs. 1 und 2 handeln nur von der absoluten, nicht auch von der relativen Seetüchtigkeit, die besser als Ladungstüchtigkeit zu bezeichnen wäre. Daher ist „mangelhafter Zustand" im Sinne des Abs. 2 nicht auch Unsauberkeit u. dergl. Für derartige Mängel wird daher nicht nach Maßgabe von § 559 gehaftet (gleiches Ergebnis bei Schaps 303).

3. HansGZ. **07** Hptbl. 26 (Hamburg). Im Stückgüterverkehr ist, wenn ein Schaden auf Seeuntüchtigkeit des Schiffes zurückgeführt wird, der Verfrachter dafür beweispflichtig, daß das Schiff bei Aufnahme der Ladung in seetüchtigem Zustande war, oder der Mangel auch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters nicht zu entdecken war.

§ 565. **RG.** Holdheims MSchr. **07** 171, LeipzZ. **07** 660. Befugnis, die Güter umzuladen, umfaßt auch ihre Ausladung und Wiedereinladung, um die Löschung anderer Güter zu ermöglichen.

§ 566. 1. HansGZ. **06** Hptbl. 59 (Hamburg). § 566 gilt nicht ohne weiteres auch für das Verhältnis zwischen Versender und Spediteur.

2. **RG.** HansGZ. **07** Hptbl. 87, R. **07** 388. Der Ablader ist nicht unbedingt, sondern nur präsumtiv Vertreter des Befrachters.

§ 567. HansGZ. **07** Hptbl. 63 (Hamburg). Ein Schiff, welches nach der Charter nicht später als an einem bestimmten Tage „ready to receive and take on board a full cargo" sein soll, ist nicht ladebereit, wenn es erst am letzten Tage kurz vor Mitternacht eintrifft und nicht mehr zollamtlich abgefertigt werden kann.

§§ 567 ff., 594 ff. Feldhahn, R. **07** 152. Berechnung des dispatch money (Beschleunigungsgebühr).

§ 592. R. **06** 191 (Kiel). Die Bestimmung der Charter „in case if port of discharge being inaccessible on account of ice, steamer is at liberty against payment full freight to discharge the cargo in the nearest safe port in the same country with railway connections" erfordert für ihre Wirksamkeit nicht die absolute Unmöglichkeit, den Bestimmungshafen zu erreichen. Eine solche würde sich nur durch die gewagtesten Schiffsmanöver feststellen lassen, die dem Schiffer nicht zugemutet werden können, zu deren Vermeidung gerade die Eisklausel vereinbart wird. In objektiver Beziehung ist für die Annahme, daß der Fall der Eisklausel vorgelegen habe, nur der Nachweis zu fordern, daß die Eisverhältnisse derartig gewesen sind, daß vom Standpunkt eines verständigen Schiffers in diesen wirklich eine Gefahr für Schiff und Ladung gefunden werden konnte.

§ 593. 1. **RG.** HansGZ. **07** Hptbl. 69, Holdheims MSchr. **07** 148, R. **07** 644 Ziff. 1361. Die Kosten der Verwiegung der Ladung im Bestimmungshafen können

unter Umständen das Schiff treffen. Das will die Klausel „if goods are weighed or measured at port of destination, the charges to be borne by consignees" ausschließen.

2. R. **07** 520 Ziff. 1083 (Stettin). Ist in der Charter vereinbart, daß die Ladung gegen eine bestimmte dem Empfänger zu zahlende Löschungsgebühr längsseits des Schiffes durch Überschütten in Leichter abgenommen werden soll, so behält es bei der Höhe dieser Gebühr sein Bewenden, auch wenn die Ladung tatsächlich nicht übergeschüttet, sondern an Bord verwogen und abgenommen wird. Auf die Ersparnis des Empfängers hat der Verfrachter keinen Anspruch, da anzunehmen ist, daß er schon durch die Fracht für alle von ihm zu tragenden Unkosten entschädigt ist.

§ 594. HansGZ. **07** Hptbl. 116 (Hamburg). Es steht dem Empfänger frei, wie er die ihm zur Verfügung stehende Löschzeit ausnutzen will; er darf nur dieses Recht nicht ohne alle Rücksicht auf die Interessen des Verfrachters lediglich zur Schikane ausüben.

§§ 594 ff. S. §§ 567 ff. (dispatch money).

§ 595. OLG. **14** 384, HansGZ. **07** Hptbl. 13, LeipzZ. **07** 363 (Hamburg). Ist bestimmt, daß die Löschung erfolgen soll, „as fast as the custom of the port will admit", so liegt hierin eine „Festsetzung der Löschzeit durch Vertrag" im Sinne des § 595: örtliche Verordnungen des Löschungshafens kommen also nicht zur Anwendung. Anders *Schaps Anm. 1 zu § 595, nach welchem eine vertragsmäßige Festsetzung der Dauer der Löschzeit nur gegeben ist, wenn aus der getroffenen Abmachung ersichtlich ist, nach welcher Zeit oder an welchem Datum die Löschzeit zu Ende sein soll.

§ 606. 1. **RG. 66** 39. Der exkulpationspflichtige Verfrachter hat zunächst die Umstände darzulegen, auf denen der Verlust oder die Beschädigung beruht. Bleibt jedoch die Schadensursache unaufgeklärt, so genügt es nicht, wenn er im allgemeinen eine sorgsame Behandlung des Frachtguts dargetan oder wenn er die Umstände soweit aufgeklärt hat, daß eine hohe Wahrscheinlichkeit für das Nichtvorliegen eines von ihm oder seinen Leuten zu vertretenden kausalen Verschuldens vorliegt. Vielmehr ist grundsätzlich davon auszugehen, daß ein „non liquet" hinsichtlich der Schadensursache zu Lasten des Verfrachters geht. Nur ausnahmsweise wird bei unaufgeklärter Schadensursache der Verfrachter davon als befreit angesehen werden können, wenn ihn hinsichtlich aller möglicherweise in Betracht kommenden Ursachen ein Verschulden offenbar nicht trifft.

2. OLG. **13** 45, SeuffA. **63** 20, HansGZ. **06** Hptbl. 50 (Hamburg). Der Forderung wegen Nichtablieferung des Gutes an den legitimierten Empfänger ist die Forderung auf Schadensersatz wegen Ablieferung an einen nicht legitimierten Empfänger gleichzusetzen. Mit dem Kontraktsanspruch kann der Deliktsanspruch aus BGB. § 823 konkurrieren.

3. HansGZ. **07** Hptbl. 92 (Hamburg). Die Freizeichnung von der Haftung für „robbers und thieves" bezieht sich nur auf Eigentumsverletzungen seitens anderer Personen als der Schiffsmannschaft, während Diebstähle der letzteren nach deutscher Anschauung durch die Freizeichnung von „barratry" gedeckt werden. Ebenso Schaps 426, 430; anders bezüglich der barratry-Klausel Sieveking 300. Über „barratry" auch HansOLG., HansGZ. **07** Hptbl. 58, LeipzZ. **07** 670.

4 HansGZ. **07** Hptbl. 126 (Hamburg). Freizeichnungsklauseln wie „not responsible for losses or averages occasioned by defects in hull, tackle, boilers or machinery . . ." setzen voraus, daß bei Antritt der Reise alles in ordnungsmäßigem Zustande sich befand.

§ 608. 1. Josef, HoldheimsMSchr. **06** 327. Nicht die Kammer für Handelssachen, sondern die Zivilkammer ist zuständig zur Entscheidung von Beschwerden gegen Verfügungen, die die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung von Sach-

verständigen im Falle des § 608 HGB. betreffen: denn diese Angelegenheit ist im 7. Abschnitte des FGG. nicht aufgeführt. ➠ Anders Unger, BuschsZ. 36 51. Red. ⟵

2. HansGZ. 07 Hptbl. 65, LeipzZ. 07 757 (Hamburg). Die „Zuziehung" der Gegenpartei zur Besichtigung wird ersetzt dadurch, daß dieselbe von selbst erscheint und der Besichtigung beiwohnt.

§ 609. 1. OLG. 14 386, HansGZ. 07 Hptbl. 88 (Hamburg). Bei Nichtablieferung von 13 Ballen, die im Konossement neben zwei anderen durch besondere Markierung gekennzeichneten Partien besonders aufgeführt sind, liegt nicht „teilweiser Verlust" im Sinne des § 609, sondern Totalverlust einer als einheitliches Ganze anzusehenden besonderen Sendung vor.

2. Sieveking 321. Auch teilweiser Totalverlust fällt unter den Begriff des „teilweisen Verlustes".

3. LeipzZ. 07 70 (Hamburg). Besteht bei der Ablieferung über die tatsächlich abgelieferte Stückzahl Einverständnis, so kann nicht nachträglich darauf zurückgegriffen werden, daß die Fehlzahl nicht durch Sachverständige festgestellt sei.

4. Brodmann, LeipzZ. 07 71, polemisiert gegen **RG.** 52 404, wonach die Feststellung des Gutes durch gerichtliche Sachverständige nur insoweit gefordert werden kann, als der Zweck der Vorschrift, die alsbaldige Beseitigung von Zweifeln über die Mängel und den Zustand der Güter, eine solche Feststellung nötig mache: hierdurch werde an Stelle von Klarheit nur Anlaß zu Zweifeln und Streit gesetzt. ➠ Vgl. hierzu die zu BinnenSchG. § 61 unter Ziff. 3 zitierte Entscheidung des OLG. Darmstadt. Red. ⟵

§ 614. 1. HansGZ. 07 Hptbl. 102, SeuffA. 63 19 (Hamburg). Auslieferung des Frachtguts und Frachtzahlung haben Zug um Zug zu erfolgen. Nach dem Wortlaute des Gesetzes hat somit der Schiffer einen Anspruch nur darauf, daß ihm nach Beendigung der ganzen Löschung gegen Auslieferung des ganzen Frachtguts Zahlung der ganzen Fracht zuteil werde. Eine allmähliche Auslieferung des Frachtguts nach Sicherstellung der Fracht oder gegen allmähliche Zahlung derselben ist dem Gesetze unbekannt. In Wirklichkeit aber ist in vielen Fällen Zug- um Zug-Leistung undurchführbar (ausgeführt).

2. Sieveking 340 ff. gibt ausführliche Darlegungen über die Haftung mehrerer Empfänger für Liegegelder (vgl. hierzu Schaps 454 ff.).

§ 619. HansGZ. 07 Hptbl. 106 (Hamburg). Die Bestimmung, daß für Güter, die ohne Abrede über die Höhe der Fracht zur Beförderung übernommen sind, die am Abladungsorte zur Abladungszeit übliche Fracht zu zahlen ist, setzt nicht den Abschluß eines Vertrags über diese Beförderung voraus.

§ 622. HansGZ. 07 Hptbl. 5 (Hamburg). Beim Zeitchartervertrage wird die Fracht mangels anderweiter Abrede nach vollen Tagen, nicht nach Tagen und Stunden berechnet.

§ 630. OLG. 14 387, R. 07 990 Ziff. 2429 (Hamburg). Die Bestimmung, daß Distanzfracht nur insoweit zu zahlen ist, als der gerettete Wert der Güter reicht, sagt nicht, daß der Befrachter für die Distanzfracht nur mit den Gütern haftet, sondern beschränkt nur die Höhe seiner persönlichen Verpflichtung auf den geretteten Wert der Güter. Er ist dafür beweispflichtig, daß der Wert der Güter an dem Orte, wohin sie gerettet sind, abzüglich der Rettungskosten, gleich Null oder doch geringer als die Distanzfracht ist.

§ 642. 1. Boyens, GoldschmidtsZ. 58 336, bekämpft die Ansicht Wüstendörffers (Studien 194), daß die vorläufigen Empfangsscheine (Mates receipts) die rechtliche Bedeutung hätten, daß den bloßen Präsentanten derselben das entsprechende Konnossement ausgehändigt werden könnte.

2. HansGZ. 07 Hptbl. 100 (Hamburg). Im Verhältnisse zwischen Reeder und Empfänger gilt für die Bedeutung und Tragweite der in einem unter der Herr-

schaft fremden Rechtes ausgestellten Konnossement getroffenen Vereinbarungen im deutschen Bestimmungshafen nicht das fremde, sondern das deutsche Recht.

3. LeipzZ. **07** 846 (LG. Hamburg), HansGZ. **08** Hptbl. 27 (auch OLG.), Schaps, BankA. **6** 271 ff. Bedeutung der „documents attached". Der Bankier, welcher die vom überseeischen Verkäufer auf den Käufer gezogene Tratte, der das Konnossement über die Ladung attachiert ist, diskontiert hat und ihren Betrag von dem akzeptierenden Käufer gegen Herausgabe der Konnossements erhebt, haftet nicht für die Echtheit des Konnossements, braucht also, falls es sich als gefälscht erweist, den auf den Wechsel erhobenen Betrag nicht zurückzuzahlen.

4. Sieveking 311 ff. gibt ausführliche Darlegungen über durchgehende Konnossements ((s. auch Schaps 518 ff.).

5. **RG.** LeipzZ. **07** 290. Die Klausel eines Durchkonnossements, daß nach der Umladung die Konnossementsbedingungen des die Weiterbeförderung beschaffenden Schiffes eintreten und jede Verantwortlichkeit des Ausstellers des Durchkonnossements aufhöre, kommt nicht in Betracht, wenn der Verfrachter den Weitertransport durch einen seiner anderen Dampfer ausführt und keine neuen Konnossemente, sondern nur Verladungsbescheinigungen ausgestellt werden, die in den Händen des Verfrachters bleiben.

§ 643. RG. 65 347. Das sog. „Masters receipt", welches bei Übernahme einer aus dem Innern Amerikas auf Durchkonnossement verschifften Ware vom Kapitän des Seeschiffs ausgestellt wird, ist „Konnossement" im Sinne des Reichsstempelgesetzes, gleichviel, ob es in den einzelnen Teilen seines urkundlichen Inhalts den im § 643 HGB. aufgestellten Merkmalen entspricht. Abgesehen davon, daß § 643 an sich nur von instruktioneller Bedeutung ist und eine Urkunde nicht notwendig darum aufhört, ein Konnossement im Sinne des HGB. zu sein, weil sie den Erfordernissen des § 643 nicht genügt, so muß überhaupt der Begriff des Konnossements für die Anwendung des Reichsstempelgesetzes selbständig und unabhängig von den Bestimmungen des HGB. beurteilt werden.

§ 645. 1. OLG. **14** 386, HansGZ. **07** Hptbl. 88, R. **07** 645 Ziff. 1362 (Hamburg). Der Konnossementsinhaber kann vom Schiffer zunächst auf Grund des Konnossements diejenigen Güter ausgeliefert verlangen, zu deren Übernahme und Auslieferung sich der Schiffer im Konnossement bekannt hat. Er kann aber, darüber hinausgehend, wenn das Konnossement Zweifel bezüglich der Identität der zur Ablieferung angebotenen mit den angeblich abgeladenen Gütern offen läßt, auf Grund des Frachtvertrags diejenigen Stücke fordern, die für ihn abgeladen sind; nur muß er in diesem Falle die Grundlage seines Anspruchs, daß also andere Güter als die angebotenen für ihn abgeladen seien, beweisen. Fordert er Güter mit einer bestimmten, aus dem Konnossement ersichtlichen Marke und Nummer und enthält das Konnossement eine Klausel wie „said to be marked and numbered as per margin", so muß er, wenn er die ihm angebotenen Güter als mit den abgeladenen nicht identisch zurückweist, nachweisen, daß andere Güter mit jener Marke oder Nummer für ihn abgeladen sind. Angesichts jener Klausel kann er sich auch nicht auf die Bestimmung der zur lex contractus gewordenen Harter Act berufen, daß das Konnossement einen prima facie-Beweis für die Abladung der darin bezeichneten Ware ergebe.

2. **RG.** HansGZ. **07** Hptbl. 55, LeipzZ. **07** 436, R. **07** 520 Ziff. 1084, Sieveking 307. Nur auf die für ihn abgeladenen Güter hat der Konnossementsinhaber Anspruch. Durch Verweisung auf die im Konnossement angegebenen Marken liefert er indes den Beweis, daß Güter mit solchen Marken für ihn abgeladen sind. Durch geeignete Konnossementsklauseln kann sich allerdings der Verfrachter dagegen schützen, daß die Konnossementsangabe über die Marken gegen ihn als Beweismittel verwertet wird. Eine dazu geeignete Klausel ist die Klausel „Marken unbekannt",

„m a r k s u n k n o w n", durch die erklärt wird, daß für die Richtigkeit des im Konnossement enthaltenen Bekenntnisses über den Empfang von Waren mit den angegebenen Merkzeichen nicht eingestanden werde. ⇛ Ebenso B r o d m a n n, GoldschmidtsZ. **58** 594. Red. ⇚ Dagegen beziehen sich Klauseln wie „n o t l i a b l e f o r o b l i t e r a t i o n, e r r o r s, i n s u f f i c i e n c y o r a b s e n c e o f m a r k s e t c." nicht auf das Empfangsbekenntnis, sondern sollen nur die Haftung für das Vorhandensein der angegebenen Marken an den richtigen Ballen ausschließen.

3. HansGZ. **07** Hptbl. 108, R. **07** 1273 Ziff. 3209 (Hamburg). Ist dem Namen des Empfängers in einem Orderkonnossemente der Zusatz „domicile" beigefügt, so berechtigt das den Verfrachter nicht, die Güter dem genannten Empfänger ohne Auslieferung des Konnossements ins Haus zu senden.

§ 647. W o l f f, GoldschmidtsZ. **58** 620, kritisiert die von E r n s t H e y m a n n (Die dingliche Wirkung der handelsrechtlichen Traditionspapiere, Festgabe für Dahn, 135 ff.) gegebene Konstruktion der dinglichen Wirkung der Konnossementsübergabe. Vgl. hierzu auch K. L e h m a n n, Lehrb. 531 ff.

§ 651. 1. **RG.** SeuffA. **62** 66, SächsRpflA. **07** 133, HansGZ. **06** Hptbl. 98, R. **07** 711 Ziff. 1555. Durch ungetrennte Verteilung mehrerer Partien losen Getreides in demselben Schiffsraum entsteht Miteigentum der mehreren Empfänger an dem Gesamtquantum. Ob der Schiffer befugt ist, die gemeinsame Ladung an alle Empfänger gemeinschaftlich auszuliefern (⇛ was das OLG. Hamburg, HansGZ. **96** Hptbl. 67, für zulässig, HansGZ. **05** Hptbl. 92 für unzulässig erklärt. — Red. ⇚) oder die Ladung bei einem Dritten einzulagern und den Empfängern die Teilung unter sich zu überlassen, kann auf sich beruhen. Wenn er selbst die Verteilung vornimmt, so hat er jedenfalls, wie der Lagerhalter nach § 419 Abs. 2 HGB., dafür zu sorgen, daß jeder Empfänger den ihm gebührenden Anteil erhält.

2. HansGZ. **07** Hptbl. 65, LeipzZ. **07** 757 (Hamburg). Der Verfrachter hat dem Empfänger im deutschen Bestimmungshafen gegenüber die Angaben des Konnossements über Zahl, Maß und Gewicht der Güter auch dann zu vertreten, wenn er nach den im Abladehafen geltenden Bestimmungen nicht in der Lage war, sich von deren Vertretung freizuzeichnen.

3. **RG. 64** 77 u. OLG. **13** 43, PosMSchr. **06** 13 (Marienwerder). Ist infolge der Klausel „im übrigen nach den Klauseln und Bedingungen der Charterparty" die Charter als Bestandteil des Konnossements zu betrachten, ist somit davon auszugehen, daß i n d i e s e m dem Verfrachter ein Pfandrecht bestellt ist für alle Fracht, Liegegeld und sonstigen Aufwendungen, so bedurfte es keiner ausdrücklichen Bemerkung im Konnossement, um dieses Pfandrecht aufrechtzuerhalten und seine Ausübung zu sichern. Ob damit dem Empfänger mit dem Erwerbe des Konnossements unübersehbare Verpflichtungen auferlegt werden, kommt nicht in Betracht.

§ 652. B r o d m a n n, GoldschmidtsZ. **58** 592, S i e v e k i n g 295 polemisieren gegen die Ausführungen S c h l o d t m a n n s (GoldschmidtsZ. **07** 398 ff.) über die Haftung für die Richtigkeit des Konnossementsinhalts.

§ 655. LeipzZ. **07** 70 (Hamburg). Von der Vertretung der Stückzahl einer übernommenen Holzladung befreit nicht die ins Konnossement gesetzte Klausel „Aus- und Nachmessen vorbehalten".

§ 662. B o y e n s, GoldschmidtsZ. **58** 333 ff., bekämpft W ü s t e n d ö r f f e r, der zwischen Raumfrachtvertrag und Vermietung des Schiffes an einen Ausrüster eine Mittelbildung, die locatio conductio navis et operarum magistri, einschiebt.

Sechster Abschnitt. Bodmerei.

§ 679. R e i c h h e i m, DJZ. **07** 1371. Auch Verbodmung eines ideellen Anteils am Schiffe ist zulässig.

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

§ 700. SeuffA. **62** 117, HansGZ. **06** Hptbl. 48 (Hamburg). Im Sinne der Vorschriften über große Haverei hat als „vorsätzlich" auch derjenige Schaden zu gelten, den der Schiffer als wahrscheinliche oder mögliche Folge einer von ihm angeordneten Rettungsmaßnahme vorausgesehen und eventuell gewollt hat.

§ 708. SeuffA. **62** 94, HansGZ. **05** Hptbl. 69 (Hamburg). Ist geworfene Deckungsladung geborgen, so kann sie, weil ein Vergütungsanspruch in großer Haverei nicht vorliegt, nicht einen Teil der Bergungskosten auf das Schiff überwälzen, obschon das letztere infolge der Bergung die volle Fracht verdient.

§ 728. Unger, BuschsZ. **36** 86. Gegen die Einleitung der gerichtlichen Verhandlung über die Dispache findet Beschwerde statt.

§ 729. 1. OLG. **12** 227 (KG.). Ausführungen über die rechtliche Stellung des Dispacheurs.

2. **RG.** SächsRpflA. **07** 321. Der Dispacheur ist im Prozeß über die Rechtmäßigkeit der Dispache kein unbefangener Sachverständiger.

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

§ 734. OLG. **14** 391, HansGZ. **06** Hptbl. 154 (Hamburg). Auf den Zusammenstoß zweier deutscher Schiffe in fremden Gewässern ist deutsches Recht anzuwenden.

§§ 734 ff. (§ 901.) OLG. **14** 389, HansGZ. **06** Hptbl. 110 (Hamburg). Ein „Zusammenstoß von Schiffen" liegt nicht vor, wenn nicht mehrere Schiffe miteinander, sondern ein Schiff mit einem Gegenstande, der nicht Schiff ist — hier mit einem Leitdamm —, zusammenstößt. Freilich würde § 901 Ziff. 2 dann Geltung haben, wenn ein Zusammenstoß von Schiffen voraufgegangen und infolgedessen das eine Schiff mit dem Leitdamm zusammengestoßen wäre (HansGZ. **05** Hptbl. Nr. 37, **06** Nr. 5).

§ 735. RG. JW. **07** 844. Bei Anwendung des § 735 Abs. 2 ist vor allem darauf zu sehen, welches Schiff die gefahrvolle Lage schuldhaft herbeigeführt hat. Viel milder zu beurteilen ist das schuldhafte Unterlassen von gebotenen Abwehrmaßregeln.

§ 738. 1. OLG. **14** 3, DJZ. **07** 135 (Rostock). Staat oder Kommune haften dritten Geschädigten nicht für das Verschulden des von ihnen angestellten Zwangslotsen: mit demselben stehen sie nur in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnisse, während er privatrechtlich Vertreter des Staates ist.

2. HansGZ. **07** Hptbl. 73, SchlHolstAnz. **07** 316 (Hamburg). Auch wenn das Schiff einen Zwangslotsen hatte, haftet der Reeder für schuldvolle Unterlassung gehöriger Beleuchtung, weil hierfür der Kapitän zu sorgen hat.

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfsleistung in Seenot.

Zu §§ 740 ff. *Weyl, Zum Begriffe „See" 112 ff. „Seenot" kann nur auf hoher See, nicht in Zugangsgewässern vorliegen (entgegen der Judikatur).

§ 740. 1. **RG.** HansGZ. **06** Hptbl. 148, GruchotsBeitr. **51** 1033, LeipzZ. **07** 56. Unterschied zwischen Bergung und Hilfsleistung. Ein „Ansichnehmen" des notleidenden Schiffes durch die Retter liegt nicht vor, wenn in Begleitung derselben der Kapitän auf dasselbe zurückkehrt, um damit dem Willen Ausdruck zu geben, das Schiff nicht in den fremden Gewahrsam übergehen zu lassen.

2. HansGZ. **07** Hptbl. 31 (LG. Hamburg). Der Vertrag über eine Hilfsleistung in Seenot ist ein Werkvertrag. Wird von dem in Not befindlichen Schiffe während der Dauer der Hilfsleistung auf die Dienste der Gegenpartei verzichtet, so hat letztere

nach BGB. §§ 649, 632 die vereinbarte bzw. taxmäßige oder übliche Vergütung zu beanspruchen, von der sie sich nur gewisse von der anderen Seite zu beweisende Abzüge gefallen lassen muß. Die „übliche" Vergütung ist der nach Maßgabe von HGB. §§ 742, 744 festzustellende Hilfslohn.

§ 744. HansGZ. **07** Hptbl. 67 (Hamburg). Für die Bemessung des Hilfslohns kommt nicht in Betracht, daß infolge der Verzögerung durch die Hilfsleistung die Reise des rettenden Schiffes im weiteren Verlauf ungünstig beeinflußt worden ist: zwischen dieser Tatsache und der Hilfsleistung liegt Kausalität im Rechtssinne nicht vor.

Neunter Abschnitt. Schiffsgläubiger.

§ 754. Rechtliche Natur des Schiffsgläubigerrechts. 1. Für die Pappenheimsche Theorie (JDR. **5** 728) haben sich ausgesprochen Sievers, JDR. **5** 725 und GruchotsBeitr. **51** 239, Opet, ABürgR. **30** 138 und wohl auch Ritter, ABürgR. **31** 226 ff.; dagegen Brodmann, GoldschmidtsZ. **59** 213 ff., Boyens, GoldschmidtsZ. **61** 257 ff., Karl Lehmann, Lehrbuch 126, 558.

2. Gegen Schaps (Seerecht 80 ff.) Brodmann, GoldschmidtsZ. **58** 600, Opet, ABürgR. **30** 138, Karl Lehmann 126.

3. Martin, Schiffsgläubigerschaft am eigenen Schiffe (Diss. Heidelberg 1907) 37 ff. führt aus, das Schiff stehe dem Schiffsgläubiger als Schuldner gegenüber (vgl. Sieveking 97).

4. Karl Lehmann 125, 558 entscheidet sich für die Auffassung der Schiffsschuld als rein dingliche Schuld (mit Gierke, Deutsches Privatrecht II 1006).

§ 756. Sieveking 377. a) Im Falle der Unterverfrachtung erstreckt sich das Pfandrecht des Schiffsgläubigers nicht auf die Charterfracht, sondern auf die Konnossementsfracht. ➡ Anders die gesamte bisherige deutsche Literatur: z. B. Schröder, Endemanns Hdb. IV 306, Ehrenberg, Beschränkte Haftung 250, Lewis, Seerecht II 213, Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht I 428, Schaps 83 u. 760, Pappenheim, Seerecht 221. Speziell gegen Sieveking: Gütschow in dem in der Vorbemerkung zitierten Bericht 28. Anders Hindenburg, Bulletin des Comité Maritime International **15** 67. — Red. ⬅ b) Das Pfandrecht des Schiffsgläubigers erstreckt sich auch auf das Liegegeld, da dasselbe Extrafracht ist. ➡ Ebenso Lewis, Endemanns Hdb. IV 50 u. Seerecht II 212, Mittelstein I 428; anders Schröder 305, Ehrenberg 251, Schaps 84, Pappenheim 222. Dagegen in Sievekings Sinne die Venezianischen Beschlüsse von 1907: Schaps, LeipzZ. **07** 856. — Red. ⬅

§ 760. Ritter, ABürgR. **31** 232, führt gegenüber Pappenheim, der den § 760 als Ausnahme von ZPO § 93 bezeichnet, aus, § 93 sei auf Fälle wie den vorliegenden, wo es sich um die Mitwirkung des Staates bei der Realisierung des Pfandrechts handle, gar nicht anwendbar; selbst wenn man aber mit der herrschenden Ansicht einen anerkennbaren Duldungsanspruch annehme, so müsse man auch eine ihm entsprechende Verpflichtung des Eigentümers annehmen, der nach Treu und Glauben den Gläubiger auf dem billigsten Wege klaglos zu stellen habe.

§ 761. 1. Boyens, GoldschmidtsZ. **61** 261. Das Urteil auf die Klage des Schiffsgläubigers darf nur auf Zahlung unter Beschränkung der Vollstreckung auf Schiff und Fracht ergehen, nicht lediglich, wie Pappenheim vorschlägt, auf Duldung der Vollstreckung in Schiff und Fracht, da der Reeder auch nach dem Urteile noch die Möglichkeit haben muß, die Vollstreckung durch Zahlung abzuwenden. ➡ Vgl. auch K. Lehmann, Lehrb. 561 Note 9. — Red. ⬅

2. Über die Rechtsstellung des Schiffers, gegen den die Pfandklage des Schiffsgläubigers erhoben wird, Brodmann, GoldschmidtsZ. **58** 595 ff. (teilweise gegen

Schaps 587, 763) und Ritter, ABürgR. 31 230 ff. (teilweise gegen Pappenheim 234 ff.).

§ 774. Ritter, ABürgR. 31 233. Im Falle des § 774 (Begründung der persönlichen Reederhaftung wegen Inseesendung des Schiffes trotz Kenntnis des Schiffsgläubigerrechts) ist bei der Reederei entscheidend die Kenntnis des Korrespondentreeders, aber auch die eines jeden Mitglieds der Majorität, nach deren Weisungen der Vertreter gehandelt hat.

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

§ 779. 1. LeipzZ. **07** 925 (Hamburg). Nimmt der Reeder Versicherung für „Fracht", während er keinen Frachtvertrag, sondern einen Schiffsvermietungsvertrag geschlossen hat, so ist das versicherte Interesse unrichtig bezeichnet und die Versicherung nach § 2 Abs. 2 der Allg. Seeversicherungsbedingungen für die Versicherer unverbindlich.

2. **RG.** R. **07** 645 Ziff. 1363. Das Interesse des Reeders daran, daß ihm das Schiff zum Frachtverdienste, d. h. zum Erwerbe durch künftige, noch nicht gesicherte Frachtreisen verbleibt, ist ein durch Versicherung auf behaltene Fahrt versicherbares Interesse; die Versicherung desselben ist keine Frachtversicherung, da das HGB. wie die Allg. Seeversicherungsbedingungen nur die Versicherung kontraktlich gesicherter Fracht als Frachtversicherung ansehen, sondern eine Versicherung des Schiffes, auf die § 821 Ziff. 1 HGB. Anwendung findet.

§ 788. LeipzZ. **07** 149 (Hamburg). Doppelversicherung beim Zusammentreffen von Haftpflichtversicherung und Seeversicherung.

§ 804. Ritter, LeipzZ. **07** 250. „Cessio legis im Versicherungsrechte."

§§ 806 ff. OLG. **13** 47 (Hamburg). Bei Versicherung auf offene Police verletzt der Versicherte, wenn er glücklich verlaufene Abladungen verschweigt, seine Anzeigepflicht und verwirkt dadurch die Ansprüche aus der Versicherung.

§§ 813, 814. HansGZ. **07** Hptbl. 82, LeipzZ. **07** 521 (Hamburg). Die Policenklausel „alle Veränderungen der Reise und des Risikos bleiben mitgedeckt gegen nach Billigkeit zu regulierende Prämie" läßt Veränderungen des Risikos in jeder Richtung und im weitesten Umfange zu, ohne daß eine Anzeige an den Versicherten erforderlich wäre.

§ 819. LeipzZ. **07** 73 (Hamburg). Bedient sich der Versicherte zur Erfüllung seiner Verpflichtung, für die Rettung der versicherten Sachen und für die Abwendung größerer Nachteile tunlichst zu sorgen, eines Vertreters, so hat er nicht für jedes Versehen desselben wie für sein eigenes aufzukommen.

§§ 820, 851. *Weyl, Zum Begriffe „See" 122, 126 ff., führt aus, daß ein Seeunfall nur auf hoher See, nicht in Zugangsgewässern, stattfinden könne.

§§ 824, 827. **RG. 65** 23. Als Leichterfahrzeug im Sinne des § 824 ist jedes Schiff anzusehen, das den Transport des versicherten Gutes vom Lande nach dem zur Ausführung des Seetransports bestimmten Schiffe besorgt. Es ist daher unerheblich, wer der Unternehmer dieses Leichtertransports ist, und ob das Gut mit der Einladung in den Leichter zugleich dem Seeverfrachter überliefert wird. Die versicherte Gefahr beginnt, sobald das Gut von demjenigen Leichter übernommen ist, der bestimmt ist, es an den Seedampfer zu bringen, und sie wird, einmal begonnen, nicht dadurch unterbrochen, daß seitens des Seedampfers die Anweisung an den zur direkten Ablieferung bereiten Leichter ergeht, das Gut einstweilen auf den Pier zu legen. Es folgt dies aus § 827 HGB. wie aus der Natur der Sache.

§ 873. **RG.** LeipzZ. **07** 597. Ist vereinbart, daß, falls das Schiff nach den Bestimmungen des HGB. wegen Seeschadens kondemniert wird, die versicherte Summe als Totalschaden mit 100 pCt. zu bezahlen ist, so hängt die Zahlungspflicht des Ver-

sicherers nicht davon ab, ob die Kondemnation materiell gerechtfertigt war, sondern sie tritt ein, falls das Schiff nach Maßgabe der Formvorschriften des HGB. kondemniert worden ist.

Elfter Abschnitt. Verjährung.

§ 901. S. §§ 734 ff.

Einführungsgesetz.

Art. 2. *Weyl, BayRpflZ. **08** 54, 58 ff., Nr. 3 (s. oben zu §§ 182 ff. Ziff. 1). Die Terminologie des BGB., so auch die der §§ 183 ff. über „Einwilligung", „Genehmigung" und „Zustimmung", ist zufolge EGHGB. Art. 2 Abs. 1 auch innerhalb des HGB. maßgebend (vgl. JDR. **4** EGBGB. Art. 2). Wegen der genannten Ausdrücke ist aber HGB. ebenso wie BGB. bisweilen inkonsequent.

Seerechtliche Nebengesetze.

Seestraßenordnung vom 5. Februar 1906.

Art. 3. **RG.** R. **07** 649 Ziff. 1386. Ein Schleppzug kann nicht in bezug auf Lichterführung als ein einziges Schiff behandelt werden.

Artt. 17 ff. **RG.** HansGZ. **07** Hptbl. 49 (Hamburg). Die Ausweichvorschriften der Seestraßenordnung gelten nicht bei gewollter Annäherung von Schiffen zu einem bestimmten Zwecke, z. B. behufs Übergabe der Trosse durch den Schlepper, bei gleichzeitigem Heranfahren zweier Schiffe an des Feuerschiff behufs Absetzens des Lotsen. ➠ Vgl. schon HansGZ. **94** Hptbl. 2 (Hamburg), **RG. 42** 75. — Red. ⟵

Art. 29. **RG.** R. **07** 649 Ziff. 1387. Das Schwoien eines ganzen Schleppzugs auf einem verkehrsreichen Flusse bei Nacht ist unter allen Umständen unzulässig.

Gesetz betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe vom 22. Juni 1899.

§ 4. Josef, HoldheimsMSchr. **06** 327. Beschwerdeinstanz in Schiffsregistersachen ist nicht die Kammer für Handelssachen, sondern die Zivilkammer des Landgerichts.

§ 7. Flater, DJZ. **07** 391. Der Registerrichter darf die Eintragung eines Schiffes ins Schiffsregister nicht ablehnen, weil der Eigentümer dasselbe mit dem Namen und Titel des Kaisers oder des Landesherrn oder mit dem Namen der landesherrlichen Familie oder eines ihrer Mitglieder benannt hat. Er darf auch nicht die Eintragung von dem Nachweise der erteilten Genehmigung jener Personen abhängig machen.

§ 25. Die Bekanntmachung des Bundesrats vom 10. November 1899 zu § 25 FlaggenrechtsG. ist nicht maßgebend für die Erklärung des Begriffs „Seefahrt" bzw. ähnlicher Begriffe (Seereise, Seenot, Seeunfall usw.) in anderen Gesetzen (z. B. BGB. §§ 16, 2251,); vgl. *Weyl, Zum Begriffe „See" 97 f.; vgl. auch die Vorbem. zu HGB. Buch IV.

Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.

§§ 1 ff. 1. **RG. 64** 200, HansGZ. **07** Hptbl. 94 (Hamburg). Die Strandungsordnung gilt auch für Häfen, in denen Seeschiffe verkehren.

2. *Weyl, Zum Begriffe „See" 124, führt aus, „Seenot" könne nur auf offener See, nicht in Zugangsgewässern, vorliegen.

§ 8. HansGZ. **07** Hptbl. 94 (Hamburg). Die analoge Anwendung des § 8 auf die Bergung von Binnenschiffen ist unbedenklich.

§ 23. Behr, HansGZ. **07** Beibl. 86. Ausgebaggerte Gegenstände als zollpflichtiges Strandgut

§ 25. 1. HansGZ. **07** Hptbl. 2 (Hamburg). Die Beseitigung eines gesunkenen Schiffes durch den Staat erfolgt im öffentlichen Interesse, nicht im Interesse des Eigentümers des Hindernisses: er braucht sich daher von letzterem nicht entgegenhalten zu lassen, daß die Beseitigung sich mit geringeren Kosten hätte bewirken lassen.

2. **RG. 64** 197. § 25 hat landesrechtliche Bestimmungen über die von ihm geregelte Materie, z. B. die des Bremischen Rechtes, nach der für die Kosten der Beseitigung von Gegenständen aus dem Bremer Hafen der Eigentümer derselben persönlich haftete, beseitigt.

§ 36. 1. HansGZ. **07** Hptbl. 47 (Hamburg). Der Bereich der Tätigkeit der Strandämter beschränkt sich auf solche Angelegenheiten, welche mit den deutschen Küsten in räumlicher Beziehung stehen. ➳ S. schon **RG. 51** 237; aM. Sieveking 178. — Red. ⟵

2. HansGZ. **07** Hptbl. 67 (Hamburg). Gibt das Strandamt trotz Unzuständigkeit auf Antrag der Parteien gleichsam einen provisorischen Schiedsspruch ab, so ist das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten von dem Strandamtsverfahren vollkommen unabhängig.

§§ 38, 39. OLG. **15** 80 (Hamburg). Die Kosten einer Partei für die Vertretung vor dem Strandamte gehören nicht zu den Kosten des Rechtsstreits, der durch Betreten des Rechtswegs gegen den strandamtlichen Bescheid entsteht.

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

§ 48. Ritter, ABürgR. **31** 235. Ist in einer Heuernote dem Gesetze zuwider die Zahlung von einer Bedingung abhängig gemacht, ist nicht die Bedingung nichtig (so HansOLG., HansGZ. **04** Hptbl. 29, SeuffA. **60** 240), sondern die ganze Anweisung (so mit HansOLG., HansGZ. **06** Hptbl. 64).

§ 52. SeuffA. **62** 44 (Hamburg). § 52 ist auch auf solche Heuerverträge anwendbar, die nicht für bestimmte Reisen abgeschlossen und ganz im Auslande zu erfüllen sind.

§ 122. **RG.** (Strafs.) **39** 129. § 122 begründet keinen ausschließlichen Gerichtsstand beim Seemannsamte (➳ dagegen Lindenberg, DJZ. **07** 322 Red. ⟵).

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895

(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

§ 3. BadRpr. **07** 166 (Karlsruhe), SpeduSchiffZ. **07** 163 (Cöln). Ansprüche gegen Schiffsführer und Schiffseigner aus BGB. §§ 823, 831 gehören vor die Rheinschiffahrtsgerichte, soweit deren Zuständigkeit reicht. Hieran wird durch BinnenSchG. § 3 nichts geändert.

2. **RG. 63** 310. Durch § 3 wird nicht eine selbständige Deliktsklage gegen den Schiffseigner geschaffen; der Gedanke des Gesetzes ist vielmehr nur der, daß, wenn dem geschädigten Dritten auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen ein Ersatzanspruch gegen die schuldige Person der Schiffsbesatzung gegeben sei, auch der Schiffseigner für diesen Anspruch haften solle, und zwar mit der aus § 4 ersichtlichen Beschränkung. Nachgebildet ist § 3 der seerechtlichen Vorschrift des § 485 HGB.

§ 4. RG. R. **07** 646 Ziff. 1368, HoldheimsMSchr. **07** 147, HansGZ. **07** Hptbl. 66. Die Beschränkung der Haftung auf Schiff und Fracht ist ausgeschlossen, wenn der Frachtvertrag nach den Hamburger Ewerführerbedingungen von 1889 abgeschlossen ist.

Zusatz zu § 4. Schleppschiffahrt 1. **RG.** LeipzZ. **07** 825, HansGZ. **08** Hptbl. 30. Vgl. zu HGB. § 556 (Charakterisierung des Schleppvertrags).

2. **RG. 65** 382. Bei der Flußschleppschiffahrt haftet für einen ausschließlich durch Verschulden der Schlepperbesatzung herbeigeführten Schaden das geschleppte Schiff nicht. Die Übertragung der entgegenstehenden seerechtlichen Normen auf den Binnenschiffahrtsverkehr wird weder den Bedürfnissen des letzteren gerecht, noch ist sie mit § 4 Abs. 3 BinnenSchG. in Einklang zu bringen. ⇛ Das Urteil bricht mit der bisherigen Judikatur der hanseatischen Gerichte und des RG. selbst. — Red. ⇚

3. **RG. 63** 310. Der Eigentümer der Ladung eines geschleppten Kahnes steht zwar dem Kahne, aber nicht dem Schlepper als Ladungsbeteiligter gegenüber. Gegen die Besatzung des letzteren hat er höchstens außerkontraktliche Ansprüche. Diese aber werden nicht durch Befreiungsklauseln berührt, denen sich der Kahnführer im Schleppvertrag unterworfen hat. Denn den letzteren schließt er nicht im Auftrage des Ladungseigentümers oder des Absenders, sondern im eigenen Interesse zur Ausführung der ihm obligenden Frachtreise.

§ 25. GewG. **13** 54 (GewG. Hamburg). Aus § 25 Abs. 2, der den Schiffsmann nach Antritt der Reise verpflichtet, bis zur Beendigung der Reise und zur Entlöschung des Schiffes im Dienste zu bleiben, darf nicht gefolgert werden, daß der Schiffsmann auch ein Recht darauf hat, so lange im Dienste behalten zu werden.

§§ 26 ff. RG. 66 39. Der Umstand allein, daß der Absender davon Kenntnis hat, daß die großen Transportunternehmungen ihren Frachtverträgen und Speditionen in der Regel ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen zugrunde zu legen pflegen, macht diese nicht zur lex contractus, wenn der Vertrag ohne jede Bezugnahme auf solche Bedingungen abgeschlossen, diese auch früher dem Absender nicht besonders mitgeteilt oder sonst bekannt gegeben waren. Die nach Abschluß des Frachtvertrags erfolgte Übersendung des Konnossements konnte die für diesen maßgebenden gesetzlichen Bedingungen nicht mehr ändern. Der Absender konnte das Konnossement annehmen und an den Empfänger der Waren weitergeben, ohne dadurch seine erworbenen Rechte aus dem Frachtvertrag aufzugeben.

§ 30. SeuffA. **62** 116 (Marienwerder). Im Falle des § 30 ist (anders als nach § 29 und § 31) dem Schiffer Liegegeld für jeden Tag der Überschreitung der Ladezeit, also auch für Sonn- und Feiertage, zu zahlen.

§§ 30, 31. SeuffA. **62** 92 (Hamburg). Die im Schiffsbefrachtungsschein enthaltene Klausel „Für etwaige Überschreitung der Lösch- und Ladezeit ist der Befrachter nicht verantwortlich" ist dahin auszulegen, daß damit eine Überliegezeit ohne gleichzeitige Bestimmung ihrer Dauer vereinbart wird.

§ 31. HansGZ. **07** Hptbl. 117, R. **07** 1332 Ziff. 3378 (Hamburg). Ist vereinbart, daß der Binnenschiffer seine Ladung aus einem bestimmten Seeschiff erhalten soll, so beginnt die Ladezeit nicht nach der gesetzlichen Vorschrift, sondern erst mit dem Eintreffen des Seeschiffs.

§ 48. 1. SpeduSchiffZ. **07** 384 (Gutachten der HK. Berlin). Wenn im Ladescheine vermerkt ist, daß der Frachtführer volle 3 Tage behufs Entgegennahme der Ausladeorder zu warten hat, so sind nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise die 3 Tage nicht von Minute zu Minute zu berechnen, sondern von 12 Uhr mittags ab, wenn der Schiffer sich im Laufe des Vormittags, vom Beginne des folgenden Tages, wenn er sich nachmittags meldet.

2. SpeduSchiffZ. **07** 384 (Gutachten der HK. Berlin). Hat der Empfänger einer Ladung dem Schiffer, mit dem eine mehrtägige unentgeltliche Wartezeit bedungen ist, sogleich nach seiner Ankunft eine Ausladestelle angewiesen, so daß der Schiffer mit der Löschung beginnen konnte, so hat er auf die unentgeltliche Wartezeit verzichtet und muß sich diese auf die Löschtage anrechnen lassen.

§ 49. 1. OLG. **14** 390, LeipzZ. **07** 670 (Hamburg). Das gesetzliche Liegegeld wird von Tag zu Tag fällig. Wenn es auch regelmäßig erst nach Beendigung des Überliegens in einem Gesamtbetrage bezahlt wird, so besteht doch keine Rechtsübung, nach der der Schiffer als nicht berechtigt zu behandeln wäre, die Zahlung des gesetzlichen Liegegeldes täglich zu fordern.

2. SpeduSchiffZ. **07** 358 (Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft Berlin). Darüber, ob der Schiffer auch in dem Falle Anspruch auf Liegegelder hat, wenn täglich diejenige Menge, die nach dem Ladescheine mindestens zu löschen ist, gelöscht und dabei die gesetzliche Löschfrist überschritten worden ist, besteht nach keiner Richtung hin ein Handelsgebrauch. — Die Vereinbarung, daß die Empfänger verpflichtet sind, eine bestimmte Mindestmenge täglich zu löschen, ist so selten, daß ein Handelsgebrauch über ihre Bedeutung nicht in Betracht kommen kann.

§ 56. KGBl. **07** 11 (KG.). Ersetzung des § 56 Abs. 1 durch die Klausel: „Der Frachtführer hat die Kohlen an der vom Empfänger zu bezeichnenden Uferstelle frei ab Schiffsbord auszuliefern. Hierdurch ist er verpflichtet, die Kohlen in die vom Empfänger kostenfrei zu stellenden Karren, Kasten, Körbe oder sonstigen derartigen Gefäße zu liefern, während alle sonstigen Leistungen bei der Entlöschung von dem Empfänger oder auf dessen Kosten zu bewirken sind": Dem Empfänger liegt Stellung und Legen der Laufbretter und des Laufstegs ob. Vgl. auch über die Klausel „frei ab Kahn" das Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft Berlin, SpeduSchiffZ. **07** 358.

§ 58. 1. **RG. 66** 39 vgl. zu HGB. § 606.

2. **RG.** HansGZ. **07** Hptbl. 78. Begriff des Schiffahrtsunfalls im Sinne des § 87 der Bedingungen der Elbschiffahrtsgesellschaften. ←← Vgl. auch HansGZ. **07** Hptbl. 122 (Hamburg). Red. ←←

§ 61. 1. Mittelstein, DJZ. **07** 1020. Die Pflicht zur Feststellung durch amtlich bestellte Sachverständige besteht auch dann, wenn das Manko nicht nach, sondern schon bei der Annahme konstatiert worden ist.

2. HansGZ. **07** Hptbl. 115 (Hamburg). Die Feststellungspflicht ist dann nicht gegeben, wenn es, z. B. infolge Sinkens des Fahrzeugs, zu einer Ablieferung der Ladung überhaupt nicht gekommen ist.

3. OLG. Darmstadt bei Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung **8** 594. Das Fehlen von 1101 Brettern bei einer Sendung von etwa 60 000 Stück ist kein äußerlich erkennbarer Mangel, weil er bei äußerlicher Prüfung durch das Auge nicht wahrgenommen werden kann. Auch das Zuziehen von Sachverständigen mußte bei der Einfachheit der Feststellung des Mangels durch Zählen als eine überflüssige Belästigung des Beteiligten erscheinen. →→ Vgl. hierzu die zu HGB. § 609 unter Ziff. 4 gebrachte Polemik von Brodmann; auch Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht I 255. Red. ←←

4. LG. Magdeburg bei Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung **8** 595. Eine Klausel im Ladescheine, wonach der Schiffer auch in den Fällen des § 59 Nr. 4 haften soll, befreit den Empfänger nicht von der Feststellungspflicht des § 61.

5. LeipzZ. **07** 237 (LG. Cöln). Die unterlassene Schadensfeststellung hindert den Empfänger nicht, dem Schiffer die Erteilung einer Vollquittung über die Ladung zu verweigern.

§ 63. 1. ElsLothJZ. **32** 29 (Colmar). Die Bestimmung des § 63 Abs. 1, wonach, wenn die Fracht nach Maß, Gewicht oder Menge der Güter bedungen ist, die Angabe im Frachtbrief oder Ladeschein für die Frachtberechnung entscheidend sein soll, betrifft nur das Verhältnis des Empfängers, nicht auch das des Absenders, zum Frachtführer. Gegenüber dem Absender kann der Frachtführer gegen die Angaben im Frachtbriefe Gegenbeweis führen →→ auch umgekehrt der Absender gegenüber dem Empfänger: Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht I 266. Red. ←←

2. SpeduSchiffZ. **07** 384 (Gutachten der HK. Berlin). Ist bei der Versendung von Kohlen im Ladescheine das dem Schiffer übergebene Gewicht nicht genau, sondern mit „zirka" angegeben, was in den deutschen Hafenplätzen bei der Überladung englischer Kohlen aus dem Dampfer in den Binnenkahn vielfach üblich ist, so wird die Fracht nach diesem „Zirka"-Gewicht berechnet. — Ist aber die Kohle vom Empfänger bei der Ausladung in einer dem BinnenSchG. entsprechenden oder mit dem Schiffer vereinbarten Weise verwogen worden und hat sich dabei ein Fehlgewicht ergeben, so haftet zwar der Schiffer für dieses Manko nicht; er hat aber dann auch nur die Fracht für das vom Empfänger festgestellte Gewicht zu fordern.

§ 68. LeipzZ. **07** 671 (Hamburg). Eine dauernde Verhinderung des Reiseantritts liegt schon dann vor, wenn durch das Hindernis der erkennbare Zweck der Reise vereitelt wird.

§ 82. SeuffA. **62** 117, HansGZ. **06** Hptbl. 48 (Hamburg). § 82 Nr. 3 sieht im Gegensatze zu HGB. § 706 den Fall unabsichtlicher Strandung als Fall der großen Haverei nicht vor. Das schließt aber nicht aus, daß im Einzelfalle durch unfreiwillige Strandung eine gemeinsame Gefahr für Schiff und Ladung und damit ein Fall der großen Haverei herbeigeführt werden kann.

§ 94. HansGZ. **07** Hptbl. 83 (Hamburg). Wenn auch für die Anfechtung der Vereinbarung eines Hülfslohns für Errettung von Flußschiffen eine dem § 741 HGB. entsprechende Vorschrift nicht existiert, so gelten doch die Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe des bürgerlichen Rechtes.

§ 120. Josef, HoldheimsMSchr. **06** 327. Vgl. zu FlaggenRG. § 4.

§ 124. Flater, DJZ. **07** 391. Vgl. zu FlaggenRG. § 7.

§ 126. OLG. **14** 389 (KG.). Verlegung des Heimatsorts eines Schiffes als Folge des Eigentumswechsels.

Post-, Telegraphen- und Zollgesetzgebung.

Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871/20. Dezember 1899.

§ 1. (Vgl. § 1 PostO.) 1. **RG.** JW. **07** 562. Wird eine durch Druck oder ein ähnliches mechanisches Verfahren hergestellte Schrift versendet und sind im übrigen die postalischen Voraussetzungen zur Versendung als „Drucksache" gegeben, so steht eine solche, nicht ein „Brief" (§ 1 Abs. 1 PostG.) in Frage. Die unverschlossene Sendung wird aber auch im verschlossenen Packete nicht zum „Brief" und unterliegt daher auch innerhalb dieses dem Postzwange nicht.

2. **RG.** R. **07** 1084. Bei der Frage, ob eine verschlossene Sendung sich als „verschlossener Brief" darstellt, kommt es auf den Inhalt der Sendung ebensowenig an wie darauf, daß sich auf der Sendung keine Adresse befindet.

§ 2. (§§ 6, 27, 29, 50.) **RG.** (Strafſ.) JW. **06** 611. Während Absender in den §§ 6, 50 PostG. derjenige ist, welcher mit der Post den Beförderungsvertrag abschließt, ist Absender im § 2 derjenige, welcher den Boten abschickt, nicht nur wenn der Beförderungsvertrag in seinem Namen von ihm persönlich oder durch einen unmittelbaren offenen Vertreter geschlossen wird, sondern auch, wenn der Werkvertrag durch seinen Bevollmächtigten in dessen Namen eingegangen, die Übertragung der Beförderung durch einen mittelbaren, verdeckten Vertreter, einen Ersatzmann bewirkt, insbesondere die Absendung des Boten durch einen Spediteur in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers vorgenommen wird. Denn der Schwerpunkt liegt nicht darin, in welcher Form der Vertrag mit dem Boten zustande kommt und gegen wen dieser den Anspruch auf Bezahlung hat, sondern darin, wessen Geschäfte, seiner Vollmacht entsprechend, durch die Beförderung besorgt werden.

§ 6. (§§ 12, 48, 49, 50, 51, PostO. § 42; vgl. auch JDR. **3** Bem. zu § 6 PostG.) I. Haftpflicht der Post. 1. **RG.** JW. **06** 481, R. **06** 1090. Die Post haftet nicht für Auslieferung der Postsachen aus dem „Schließfach" an eine nicht legitimierte Person.

2. *Scholz, DJZ. **06** 198. a) Die Post haftet nicht für den Ersatz des durch ungültige Zustellung seitens des Postboten entstandenen Schadens. Die Zustellung ist postalisch nichts weiter als Briefbeförderung mit formaler Beurkundung des Behändigungsakts. Der Einwand, das PostG. vom 28. Oktober 1871 habe die Verantwortlichkeit für die erst durch die ZPO. eingeführten Zustellungen nicht regeln können, ist verfehlt. Denn die Zustellung durch die Post — Insinuation gegen Behändigungsschein — ist mit wesentlich gleichen Formen schon seit 100 Jahren in Preußen die übliche Zustellungsart; sie ist als eine vorhandene Einrichtung des Postbeförderungswesens im § 50 Ziff. 6 PostG. ausdrücklich vorausgesetzt. Alle diejenigen postalischen Funktionen aber, die als solche bei Erlaß des PostG. bestanden, sind bezüglich der Haftbarkeit der Post in den §§ 6 ff PostG. geregelt. b) Bezüglich der Haftung der Post bei Auszahlung der Unfall- und Invalidenrenten gibt das Postgesetz eine Lösung nicht. Es ist anzunehmen, daß die Post hier als gesetzlicher Mandatar des Zahlungsschuldners, d. h. des Trägers der Versicherung (Berufsgenossenschaft, Versicherungsanstalt), handelt und haftet.

II. Rechtliche Natur der Postanweisung. **RG.** DJZ. **06** 880. Die Aufgabe der Post beschränkt sich im Postanweisungsverkehr auf die Vermittelung der Zahlung, sie zahlt die angewiesene Summe für Rechnung des Absenders als eine von ihm dem Empfänger durch Vermittelung der Post übersandte. Nach altem wie nach neuem Rechte ist daher das zwischen dem Absender und dem Empfänger bestehende Rechtsverhältnis auch hinsichtlich des Eigentumserwerbes lediglich nach der zwischen ihnen getroffenen Vereinbarung zu beurteilen. Soll hiernach der Empfänger das Eigentum nicht für sich, sondern für den Absender erwerben, so knüpft sich diese Folge an die Auszahlung des Geldes durch die Post auch dann, wenn der Empfänger seinen entsprechenden Willen bei Empfang des Geldes nicht kundgibt (**RG** [Strafs.] **20** 36, **RG.** [Zivils.] **60** 24).

§§ 11, 12. (§ 51.) SeuffBl. **06** 682 (Zweibrücken). Die bayerischen „Postbotenfahrten" gehören zu den „ordentlichen Posten" im Sinne des § 11 PostG. Die Haftung der Post ist daher auch hierbei auf das im § 12 (und § 51) PostG. festgesetzte Maß — Ersatz der Kur- und Verpflegungskosten — beschränkt und kann auch nicht auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen, insbesondere nicht auf Grund der Bestimmungen über unerlaubte Handlungen, ausgedehnt werden.

§§ 48, 49. Vgl. o. Ziff. I 1 zu § 6.

Postordnung vom 20. März 1900.

§ 39. I. Vgl. JDR. **3** Bem. zu § 39 PostO.

II. *Scholz, ABürgR. **31** 84 ff. a) Die Postordnung ist objektives Recht. Der Adressat einer Postsendung hat keinen selbständigen Anspruch gegen die Post. Der Mangel der Geschäftsfähigkeit des Adressaten ist für die Post unbeachtlich (vgl. Bem. zu §§ 105, 106 BGB.). b) Der gesetzliche Vertreter des Adressaten einer Postsendung ist nicht befugt, Postvollmachten für sein Kind (Mündel) zu erteilen. Er kann die Aushändigung von Postsendungen an sein Kind (Mündel) nicht verbieten, die Aushändigung zu eigenen Händen oder zu Händen eines Dritten nicht verlangen, es sei denn, daß der Absender einwilligt. Denn ohne Einwilligung des Absenders, ihres Vertragskontrahenten, darf und muß die Post nur an den Adressaten oder die im § 39 PostO. bezeichneten Ersatzpersonen aushändigen. Andernfalls würde Verletzung des Briefgeheimnisses vorliegen, unter Umständen Schadensersatzpflicht der Post gegeben sein.

46*

Telegraphenwegegesetz vom 18. Dezember 1899.

§ 6. (Vgl. auch JDR. **3** zu § 6 TelWG.) **RG.** JW. **06** 318, R. **06** 759. Die Worte „zur Ausführung gebracht werden soll" im § 6 Abs. 2 dürfen nicht aus dem Begriff „unter überwiegender Beteiligung" ausgelegt werden. Eine „Anlage zur Ausführung bringen" bedeutet die Herstellung und erste Einrichtung der Anlage im Gegensatze zum Betriebe, zur weiteren Unterhaltung der Anlage (vgl. auch **RG. 50** 83). Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 6.

Vereins-Zollgesetz vom 1. Juli 1869.

§ 102. **RG.** EisenbE. **23** 14. Die Niederlegungsverwaltung hat nach § 102 ZollG. für die wirtschaftliche Erhaltung der Niederlageräume in Dach und Fach zu sorgen und haftet für Beschädigungen der lagernden Waren, welche aus einer ihr zur Last fallenden Unterlassung oder Vernachlässigung dieser Fürsorge entstehen.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 4. Über Trennung von Justiz und Verwaltung in Elsaß-Lothringen Kentmann, AÖffR. **21** 71 ff.

§ 11. a) **RG. 64** 249. Hat das RG. die Vorentscheidung darüber abzugeben, ob ein verklagter öffentlicher Beamter sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe, so kommt das Verfahren der ZPO. zur Anwendung; es findet auch ein Versäumnisverfahren analog § 347 ZPO. statt, jedoch unter Beschränkung auf die Frage, ob der Beklagte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse schuldig gemacht hatte. **b)** Ein Fall der Unterlassung der dem Beamten obliegenden Amtshandlungen **RG.** JW. **06** 754. **c)** Zu Jastrow JDR. **5** 736: Delius, PrVerwBl. **27** 407.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Vorbemerkung: Der seit dem berühmtem Buch von Adickes: Grundlinien durchgreifender Justizreform, sich überall geltend machende Reformdrang hat eine ganz außergewöhnlich reiche Literatur erzeugt, um so mehr, als auch die Gegner der Reform sich vielfach geäußert haben. Wie schon im vorigen Jahrgang, ist auch in diesem davon abgesehen worden, über jede Erscheinung zu berichten. Wieviel dauernden Wert die fast unzähligen Reformvorschläge haben, läßt sich jetzt noch nicht übersehen. Dem Bedürfnisse des Praktikers wird die einfache Aufzählung der Abhandlungen über den Gegenstand genügen. Der besseren Übersichtlichkeit wegen sind auch die Arbeiten, die sich nur mit der Reform des Zivilprozesses beschäftigen, in die folgende Aufzählung eingereiht worden.

Literatur: A. Zur Reform: Adickes, Stellung und Tätigkeit des Richters. Dresden 1906. — Ders., Zur Verständigung über die Justizreform. Berlin 1907. — Altsmann, Einzelrichter oder Kollegium in Zivilsachen, DJZ. **07** 625. — Ders., Zur Reform des Zivilprozesses, DJZ. **07** 1236. — Andres, Zur Reform unserer Gerichtsorganisation, DJZ. **06** 1257. — Anger, Zur Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit, DJZ. **07** 848. — Arens, Die Reform des amtsgerichtlichen Verfahrens und ihre Einwirkung auf das Einkommen der Gerichtsvollzieher, DGerVollZ. **07** 141. — Auerbach, Zur Reform des Zivilprozesses. Beschaffung des Beweises durch den Anwalt vor der Verhandlung, DJZ. **07** 651. — Ders., Der achtzehnte deutsche Anwaltstag in Mannheim, DJZ. **07** 1059. — Berthold, Zur Reform des Amtsgerichtsverfahrens, R. **07** 235. — Birkenwald, Enthüllungen aus der Praxis der deutschen Rechtsanwälte. Ein Beitrag zur Frage der Justizreform. Erfurt 1907. — Böhm, Zur Eingabe des Kammervorstandes zu Nürnberg, JW. **07** 380. — Bolze, Zur Entlastung der Gerichte, DJZ. **07** 1190. — Ders., Technische Sondergerichte, DJZ. **07** 1232. — Bovensiepen, Ein gerichtlicher Rückblick im Streite

um die Justizreform, DJZ. **07** 1078. — Bozi, Die Justizreform als Personenreform, R. **07** 413. — Brettner, Tres faciunt collegium. Ein Reformvorschlag, R. **07** 494. — Burlage, Friedensvereine zur Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten, DJZ. **07** 313. — Clausius, Die Mißstimmung gegen die Justiz, DJZ. **07** 1191. — Conze, Deutsche und englische Justiz, DJZ. **07** 229. — Dollinger, Gemeindegerichtliches und amtsgerichtliches Verfahren, DJZ. **07** 103. — Eingabe des Vorstandes der Anwaltskammer Nürnberg an das Kgl. Bay. Justizministerium, JW. **07** 93. — Erweiterung des Wirkungskreises der Gerichtssekretäre, ZfdGerSekr. **18** 181. — Fischer, Einzelrichter oder Kollegium in Zivilsachen, DJZ. **07** 516. — Frank, Verkehrsleben und Rechtsentwickelung. Ein Vorschlag zur einfacheren und volkstümlicheren Gestaltung von Verfassung und Verfahren der Gerichte. Freiburg i. B. 1907. — Friedeberg, Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit in ihrer Wirkung auf die Rechtsanwälte bei den Oberlandesgerichten, JW. **07** 163. — Fromm, Noch eine nutzlose Zeitverschwendung in der Ziviljustiz, DJZ. **07** 812. — Fuchs, Schreibjustiz und Richterkönigtum. Ein Mahnruf zur Schul- und Justizreform. Leipzig 1907. (Dagegen Düringer, R. **07** 1027.) — Ders., Eine nutzlose Zeitverschwendung in der Ziviljustiz, DJZ. **07** 584. — Fuld, Die Zuständigkeit der französischen Friedensrichter, R. **07** 38. — Geiger, Zur Reform der Gerichtsverfassung und des Zivilprozesses, HoldheimsMSchr. **06** 267. — Geiershöfer, Zur Eingabe des Kammervorstandes Nürnberg, JW. **07** 469. — Goldschmidt, Justizreform und Kostenfrage, DJZ. **07** 741. — Grau, Zur Reform des Zivilprozesses, R. **07** 496. — Gumbinner, Vorbereitungsdienst und Gerichtsverfassung, DJZ. **06** 1363. — Ders., Schöffen im amtsgerichtlichen Zivilprozesse, DJZ. **07** 470. — Guttmann, Unmittelbarkeit und freie Beweiswürdigung und die Zukunft unserer Gerichtsverfassung. Mannheim 1907. — Haake, Zur herrschenden Prozeßnot, DJZ. **07** 473. — Hachenburg und der achtzehnte deutsche Anwaltstag zu Mannheim über: Reform unseres Zivilprozesses und Gerichtsverfassungsgesetzes, SeuffBl. **07** 818. — Hamm, Die Verjüngung des Juristenstandes, DJZ. **07** 20. — Ders., Die Zahl der Referendare, DJZ. **07** 227. — Ders. (Über die Bay. JMBek. vom 9. September 1907), DJZ. **07** 1135. — Heilborn, Amtsgerichtliche Zuständigkeit, Prozeßbeschleunigung und Konnivität der Anwälte, R. **07** 496. — Heinitz, Zur Reform des Zivilprozeßrechts, DJZ. **07** 1170. — Hellwig, Justizreform. Berlin 1907. — Herr, Die bevorstehende Justizreform und der Anwaltsstand, DJZ. **07** 572. — Hertz, Großstädtische Wünsche zur Abänderung des amtsgerichtlichen Verfahrens, DJZ. **07** 166. — Holtgreven, Vorschläge zur Justizreform. Vortrag, R. **06** 1282. Hannover 1906. — Hucho, Zur Entlastung der Zivilgerichte, DJZ. **07** 1015. — Jacobsohn, M., Justizreform, JW. **07** 321. — Ders., Einzelrichter oder Kollegium in Zivilsachen, DJZ. **07** 628. — Ders., Beschränkung der Berufung gegen Amtsgerichtsurteile, DJZ. **07** 935. — Jastrow, Zur Reform des amtsgerichtlichen Zivilprozesses. Bericht über seinen Vortrag, JW. **07** 228. — Jehle, Eine kritische Studie über die geplante Erhöhung der sachlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte und die beabsichtigten Änderungen des amtsgerichtlichen Verfahrens. Stuttgart 1907. — Kade, Ein Überblick über die zur Neugestaltung des bürgerlichen Rechtsstreitverfahrens neuerdings gemachten Vorschläge nebst einigen Zusätzen, ABürgR. **30** 185. — Kahn, Grundlinien durchgreifender Justizreform, JustdBl. **1** 141. — Katz, Zur Reformbedürftigkeit des Zivilprozesses, R. **07** 932. — Kaufmann, Einige Bemerkungen zur „Justizreform", R. **07** 1370. — Klein, Zur Frage des Ausschlusses der Berufung gegen amtsgerichtliche Urteile, R. **07** 753. — Koffka, Die geplante Erweiterung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit in Zivilsachen, JW. **07** 533. — Ders., Zur Reform des Zivilprozeßrechts, DJZ. **07** 1161. — Ders., JW. **07** 297; dazu Lots, JW. **07** 471. — Koppel, Zur Erhöhung der Zuständigkeit der Amtsgerichte, DJZ. **07** 340. — Korn, Zur Reform des amtsgerichtlichen Zivilprozesses, R. **07** 360. — Köster, Zur Reformbedürftigkeit des Zivilprozesses, DJZ. **07** 56. — Krückmann, Zur Reform des Gerichtsverfahrens, JW. **07** 380. — Levin, Die Frage der verschiedenartigen Ausbildung der Amtsrichter und Landrichter, DJZ. **07** 351. — Ders., Anwaltschaft und Kartellwesen, DJZ. **07** 586. — Levison, Erhöhung der Zuständigkeit der Amtsgerichte und die Beschleunigung der Rechtsprechung, JW. **07** 661. — v. Lewinski, England als Erzieher? GruchotsBeitr. **51** 1. Berlin 1907. — Meyer, Zur Verständigung über die Justizreform, R. **07** 733. — Ders. (zu Brettner, R. **07** 494), R. **07** 625. — Mügel, Zur Reform unserer Gerichtsorganisation, DJZ. **06** 1109. — Müller, Zur Justizreform, SächsRpflA. **07** 19. — Neukamp, Zur Reformbedürftigkeit des Zivilprozesses, DJZ. **07** 177, 348. — Riedner, Zur Frage einer durchgreifenden Justizreform. Hannover 1906. — Ders., Zur Verständigung über die Justizreform, DJZ. **07** 793. — Orgler, Der Entwurf zur Reform des Zivilprozeßrechts, DJZ. **08** 73. — Orthal, Zur Zivilprozeßreform, BayRpflZ. **07** 293. — Peters, Inwiefern empfiehlt es sich, den deutschen Zivilprozeß nach dem Muster des österreichischen umzubilden? GruchotsBeitr. **51** 48. — v. Pfister,

Der Reformansturm gegen die bestehende Rechtsordnung. Leipzig 1907. — Ders., Ein Wort zur Gerichtsänderung, HessRspr. 7 183. — Von der Pfordten, Verminderung des Schreibwerks bei den Justizbehörden, BayRpflZ. 06 457. — Plauenberg, Die Zivilgerichtsreform und die Beschränkung des Anwaltszwanges. Berlin 1907. — Reichel, Referendarien als Bagatellrichter, DJZ. 08 69. — Samter, Die einzelnen Justizreformvorschläge und ihre Rückwirkung auf die Amtsgerichte, R. 07 217. — Schellhas, Ein bayerischer Erlaß zur Entlastung der Richter, DJZ. 07 1071. — Schmale, Die gegenseitige Vertretung der Rechtsanwälte und die mündliche Verhandlung vor den Amtsgerichten, JW. 07 537. — Schmitt, Zur Frage der Zivilprozeßreform, SeuffBl. 07 14. — Schneider, K., Die Reform der deutschen ZPO., R. 06 1356. — Ders. (über Adickes Grundlinien), BuschsZ. 36 378. — Schröder, Zur Änderung des GVG., DJZ. 06 1364. — Schultzky, Bestellung des Gerichtsschreibers zum Bagatellrichter, DJZ. 07 1124. — Schulze, Die Reform des Amtsgerichtsprozesses und ihre Bedeutung für die Anwaltschaft, JW. 07 65. — Schwab, Schreibarbeit der Richterbeamten, BayRpflZ. 07 41. — Seraphim, Die bevorstehende Reform des amtsgerichtlichen Verfahrens und der russische Zivilprozeß, PosMSchr. 07 83. — Seuffert, Zum Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen des GVG., der ZPO., des GKG. und der RAGebO., BayRpflZ. 07 421, 442. — v. Sommerlatt, Neueste Zivilprozeßnovelle, SächsRpflA. 07 481, 511. — Sonnenfeld, Zur Reform unserer Gerichtsorganisation, KGBl. 07 1. — Sontag, Zur Reform der Technik der Justiz, DJZ. 06 1238. — Spohr, Justizreformfragen — Geldfragen, JW. 07 500. — Stein, Zur Justizreform. Sechs Vorträge. Tübingen 1907. — Ders., Zur Reform des Zivilprozeßrechts, DJZ. 07 1283. — Stenographischer Bericht des Mannheimer Anwaltstags, JW. 07 592. — Stern, Über die Frage der Erhöhung der amtsgerichtlichen Zuständigkeit in Zivilsachen, JW. 07 223. — Stettner, Verminderung der formalen Geschäfte bei den Justizbehörden, BayRpflZ. 07 14. — Stranz, Sit ut est. Zur Änderung des § 23 Ziff. 1 GVG., DJZ. 07 902. — Strobel, Zur Zivilprozeßreform, DJZ. 08 134. — Theissen, Unwürdig und unfähig? Ein Kampf um die Ehre und um die Unabhängigkeit der Justiz. Elberfeld 1907. — Ungewitter, Die Justizreform und das Gerichtssekretariat, JustdBl. 1 321. — Volkmar, Zur Richterkrafterspamis in Zivilsachen, DJZ. 07 120. — Wach, Die Justiznovelle, DJZ. 08 9. — Westrum, Zu den geplanten Änderungen des GVG. und der ZPO., JW. 07 468. — Wilutzky, Schöffen-Zivilgerichte, R. 08 27. — Zelter, Zur Reform, JW. 07 690. — Zur Reform des Zivilprozeßrechts, DJZ. 07 1105. — Zur Zivilprozeßreform, R. 07 433. — B. Sonstige Literatur: Aschrot, Personalverhältnisse der preußischen Juristen, DJZ. 07 57. — Aubin, Die Entwickelung der richterlichen Unabhängigkeit im neuesten deutschen und österreichischen Rechte (Freiburger Abhandl. aus dem Gebiete des öffentl. Rechtes 6). Karlsruhe. — Auerbach, Zur Technik des Staatsexamens, DJZ. 07 1256. — Goldmann, Der Richterstand und die sozialen Aufgaben der Gegenwart. Berlin. 1906. — Hertel, Die Anstellungsverhältnisse der preußischen Juristen, DJZ. 07 1254. — v. Ziegler, Zur praktischen Ausbildung junger Juristen in privaten Erwerbsunternehmungen, DJZ. 07 1251.

Erster Titel. Richteramt.

§ 3. HessRspr. 7 22 ff. über die staatsrechtliche Stellung der Referendare im Großherzogtum Hessen.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

§ 13. Zulässigkeit des Rechtswegs. I. Allgemeines. 1. PrOVG. 47 271. Nur wenn das RG. die Unzulässigkeit des Rechtswegs ausgesprochen hat, sind die Verwaltungsbehörden oder die Gerichte an der Erklärung ihrer Unzuständigkeit behindert; dies ist nicht der Fall, wenn das OLG. den Ausspruch getan hat und die Revision gegen dieses Urteil deshalb zurückgewiesen worden ist, weil es auf einer nicht revisibeln Rechtsnorm beruhe.

2. **RG.** R. 08 44. Die Zulässigkeit des Rechtswegs ist vom Revisionsgerichte nur auf Grund des vom Berufungsgerichte festgestellten Sachverhalts, nicht etwa auf Grund des neuen Vorbringens in der Revisionsinstanz, zu entscheiden (vgl. **RG. 62** 131).

3. ElsLothJZ. 07 571 (Colmar). In Elsaß-Lothringen darf, abgesehen von Widerspruchsklagen gegen Zwangsbefehle und von Anträgen auf Erlassung einstweiliger

Verfügungen, nach § 2 ElsLothAG. vom 13. November 1899 eine gerichtliche Klage gegen den Fiskus erst erhoben werden, wenn eine den Anspruch begründende Denkschrift bei der zur Vertretung des Fiskus berufenen Behörde eingereicht und hierauf entweder ein abschlägiger Bescheid erteilt oder eine Frist von einem Monat ohne Antwort verflossen ist.

4. SächsOVG. **10** 194 (SächsOVG.). In Sachsen erfolgt im reinen Verwaltungsverfahren die Beschaffung der Aktivlegitimation der Beteiligten sowie die Ermittelung des Sachverhalts, abweichend von dem ordentlichen Prozeßverfahren von Amts wegen (Offizialmaxime).

II. Einzelfragen. 1. Unfallversicherung.

2. Beamte. **a)** SchlHolstAnz. **07** 115 (Kiel). In Preußen ist der Rechtsweg zulässig für Klagen eines früheren Beamten gegen den Staat auf Schadensersatz wegen einer dem Vertreter des Fiskus zur Last fallenden Überanstrengung im Dienste. **b)** RheinA. **104** I 173 (Cöln). Den Genossenschafts- und Sektionsbeamten einer Unfallgenossenschaft steht, als mittelbaren Staatsbeamten, für ihre Klagen auf Zahlung des Gehalts oder der Pension ohne weitere Voraussetzung der Rechtsweg offen. **c)** **RG.** NaumburgAK. **06** 89. In Preußen ist der Rechtsweg unzulässig bei Streit um die Rechtmäßigkeit der Entziehung des Diensteinkommens eines wegen unerlaubter Entfernung vom Amte im Disziplinarwege verfolgten Beamten.

3. Kirche. **a)** **RG.** PosMSchr. **07** 35. In Preußen ist der Rechtsweg zulässig für die Klage eines evangelischen Geistlichen auf Zahlung des einbehaltenen Grundgehalts, jedoch nur dann, wenn vorher eine Entscheidung des ev. Oberkirchenrats herbeigeführt und binnen sechs Monaten nach deren Bekanntgabe geklagt worden ist; ohne weiteres zulässig ist der Rechtsweg für die Feststellungsklage darauf, daß ihm der Nießbrauch an dem übernommenen, demnächst veräußerten Pfarrgrundstück als Stellenvermögen zustehe. Der Kläger braucht jene Entscheidung nicht selbst herbeizuführen. **b)** DIZ. **07** 663 (PrKompGH.). In Preußen ist der Rechtsweg offen für die Inanspruchnahme eines Nichtparochianen zur Kirchensteuer auf Grund der Tatsache seines Grundbesitzes. **c)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 421. In Preußen ist der Rechtsweg zulässig, wenn die Klage gegen eine Kirchengemeinde darauf gerichtet ist, daß die nach dem Stiftungsakte (notarielle Schenkung mit Auflage) alljährlich an einem bestimmten Tage in der Pfarrkirche zu lesende Messe in dieser und nicht in einer anderen Kirche gehalten werden soll. **d)** HansGZ. **07** Beibl. 103 (Hamburg). In Lübeck ist der Rechtsweg für eine Klage auf Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft und auf die Verpflichtung, derselben Abgaben zu zahlen, zulässig. **e)** DIZ. **07** 244 (PrKompGH.). In Preußen ist der Rechtsweg zulässig beim Streite über die Gewährung einer Grabstelle; dies auch dann, wenn die Gewährung nur in einer das Andenken des Verstorbenen herabsetzenden Weise erfolgt ist. **f)** **RG.** DIZ. **07** 1026, PosMSchr. **07** 109. In Preußen ist der Rechtsweg zulässig bei einer Klage auf Mitbenutzung des einer katholischen Kirchengemeinde gehörenden Kirchhofs durch eine evangelische.

4. Bahnen. **a)** EisenbE. **23** 258, KleinbZ. **06** 800, FischersZ. **33** 116, RheinA. **103** II 282 (PrKompGH.). Wenn in Preußen die Aufsichtsbehörde aus öffentlichrechtlichen Gründen einer Kleinbahn verbietet, einem Dritten die ihm vertraglich zugestandene Freifahrt zu gewähren, so ist für die Klage auf Gewährung der Freifahrt der Rechtsweg unzulässig. **b)** **RG.** V R. **07** 911. Die vom Eisenbahnkommissariat in Berlin auf Grund der Ermächtigung des Handelsministers vom 1. März 1864 der Berlin-Stettiner Eisenbahngesellschaft (Rechtsvorgängerin des preuß. Eisenbahnfiskus) erteilte Genehmigung der Bauanlagen zwecks Entnahme des zum Eisenbahnbetriebe erforderlichen Wassers aus dem M.-See ist nicht eine polizeiliche Verfügung im Sinne des G. vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtswegs, sondern ein Akt der Aufsicht der staatlichen Aufsichtsbehörde gemäß §§ 4, 46 G.

vom 3. November 1838 und § 1 Regulativs vom 28. November 1848 (vgl. **RG.** Gruchots Beitr. **34** 1132). Es handelt sich also um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, für welche der Rechtsweg zulässig ist. **c)** **RG.** V R. **07** 1079, 1218, SchlHolstAnz. **07** 286. Ist einem Bahnanlieger durch privatrechtliche Bestellung eine Bahnüberfahrt eingeräumt, so ist nicht nur für den auf die Eisenbahn-Bau- und BetriebsO. vom 4. November 1904 gegründeten Klaganspruch des Eisenbahnfiskus, daß der Anlieger den Privatübergang nach jedesmaliger Benutzung bei Vermeidung von Strafe zu verschließen habe, sondern auch für den ferneren Klaganspruch, daß, solange der Beklagte jener Verpflichtung nicht nachkomme, er dem Kläger den aus der Bewachung des Eisenbahnüberganges erwachsenden Aufwand zu erstatten habe, der Rechtsweg ausgeschlossen. Es handelt sich um eine Leistung, die von der Eisenbahnverwaltung als Bahnpolizeibehörde angeordnet wurde. Ein eine solche Leistung betreffender Antrag kann aber, gleichviel ob er unmittelbar auf Zahlung der durch die polizeilichen Maßnahmen verursachten Kosten oder auf bloße Feststellung solcher Zahlungspflicht gerichtet ist, nicht an die ordentlichen Gerichte gebracht werden (vgl. **RG. 43** 293). Die scheinbar entgegenstehenden Urteile des RG. vom 9. März 1899, JW. **99** 320, und vom 10. April 1900, JW. **00** 423, beruhen auf anderem Sachverhalte.

5. Heer. **a)** **RG.** III DJZ. **07** 714, GruchotsBeitr. **51** 1144, R. **07** 776 Ziff. 1730. Auch die Offiziere gehören zu den Staatsbeamten im Sinne des § 1 PrGes. betr. die Erweiterung des Rechtswegs vom 24. Mai 1861. Deshalb ist für die Ansprüche der Offiziere aus ihrem Dienstverhältnisse gegen den Reichsmilitärfiskus der Rechtsweg zulässig. — Das KG. hatte abweichend entschieden (vgl. JDR. **5** Ziff. 5a). **b)** R. **07** 530 (KG.). Der Anspruch auf Nachzahlung der Löhnung kann vor den ordentlichen Gerichten nicht geltend gemacht werden. **c)** **RG.** VI HessRspr. **8** 34, GruchotsBeitr. **51** 1037. Die in einem Falle, in dem der Kläger gegen den Beklagten einen auf widerrechtliche Schadenszufügung gestützten Anspruch auf Ersatz des ihm an seinen Grundstücken durch die Errichtung einer Zuschauertribüne für die Kaiserparade zugefügten Schadens geltend gemacht und in welchem das Berufungsgericht die Klage auf Grund von § 14 Abs. 1 RGes. über die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden vom 20. Mai 1898 als im Rechtsweg unzulässig abgewiesen hat, unter den Parteien streitige Frage, ob der Schaden durch eine Truppenübung im Sinne des Gesetzes verursacht worden sei, betrifft nicht die Zulässigkeit des Rechtswegs, sondern die Existenz des Klaganspruchs. Es handelt sich deshalb nach dem rechtlichen Charakter des Klaganspruchs um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne von § 13 GVG., die somit vor die ordentlichen Gerichte gehört. **d)** BadRpr. **07** 3 (Karlsruhe). Für die Klage auf Militärpension ist der Rechtsweg nur binnen sechs Monaten nach Erschöpfung des Instanzenzugs bei den Militärverwaltungsbehörden zulässig. **e)** PucheltsZ. **38** 492 (Colmar). Schadensersatzansprüche gegen den Reichsmilitärfiskus wegen einer Verletzung durch die bei einer militärischen Sprengübung umhergeschleuderten Sprengstücke infolge ungenügender Absperrung sind im Rechtswege verfolgbar.

6. Straßen und Wege. **a)** **RG.** V R. **07** 459 Ziff. 929. Über die Frage, ob ein Weg die Eigenschaft eines öffentlichen hat, kann zwar auch von den Gerichten Entscheidung getroffen werden, aber nur dann, wenn diese Frage ein Inzidentpunkt für einen in einem bürgerlichen Rechtsstreite geltend gemachten privatrechtlichen Anspruch ist; dagegen kann nicht eine im Tenor des Urteils zu treffende, wennschon nur unter den Parteien als Privatpersonen rechtskräftige unmittelbare Sachentscheidung über die Öffentlichkeit eines Weges im ordentlichen Rechtswege verlangt werden. **b)** **RG.** IV JW. **07** 143. In Preußen ist der Rechtsweg zulässig bei Inanspruchnahme des Kreisausschusses durch eine Gemeinde aus der Zusicherung eines Beitrags zum Wegebau. **c)** PosMSchr. **07** 52 (Posen). In Preußen ist der Rechtsweg zulässig für den Anspruch aus einer angeblich ersessenen Grundgerechtigkeit

einer Schmiede, Wagen usw. bis zur Beendigung der Reparaturarbeiten auf dem Bürgersteige stehen zu lassen. **d)** OldenbZ. **33** 180 (Oldenburg). In Oldenburg ist der Rechtsweg unzulässig für die Entscheidung von Streitigkeiten über eine „Wegepflicht" im Sinne des Art. 57 WegeO. **e)** HessRspr. **7** 162 (Darmstadt). In Hessen ist der Rechtsweg ausgeschlossen für die Klage auf Beseitigung eines von der Gemeinde auf der öffentlichen Straße angebrachten Senkkastens; offen für den Schadensersatzanspruch, der auf die vermehrte Wasserzuführung infolge dieser Einrichtung gestützt wird. **f)** BadRpr. **07** 288 (LG. Mosbach). Wird in Baden auf Grund der Behauptung, daß von einem Gemeindewege der Beklagten in unzulässiger Weise Wasser in den Acker des Klägers eindringe und ihn durch allmähliche Herbeiführung einer Versumpfung beschädige, mit dem Antrag auf Unterlassung künftiger Beeinträchtigung des Eigentums geklagt, so sind die bürgerlichen Gerichte zuständig. AA. AG. Walldurn, BadRpr. **07** 200. **g)** FischersZ. **33** B 99 (SächsOVG.). Ein Vertrag, durch den eine sächsische Gemeinde dem Unternehmer einer Straßenbahn die Benutzung der öffentlichen Straßen gestattet, ist ausschließlich nach den Normen des öffentlichen Rechtes zu beurteilen. **h)** R. **07** 1419/20 (PrOVG.). Ein ausgefallener Hypothekengläubiger kann nicht im Verwaltungsstreitverfahren darauf klagen, daß der Eigentümer des versteigerten Grundstücks zu den Abgaben und Lasten desselben nicht herangezogen wurde. Anscheinend aA. **RG. 32** 345. **i)** SächsOLG. **28** 39. Für eine Bereicherungsklage des früheren Grundstückseigentümers gegen den späteren Besitzer infolge der Verwendung der von jenem wegen der Straßenherstellungskosten geleisteten Sicherheit ist in Sachsen der Rechtsweg unzulässig.

7. Gewässer. **a)** SchlHolstAnz. **07** 215 (PrKompGH.). In den Geestdistrikten Holsteins ist zur Entscheidung der Frage, ob jemandem auf Grund besonderen Rechtstitels (Verjährung) das Recht zustehe, das Wasser über eine bestimmte Höhe aufzustauen, der Rechtsweg zulässig. **b)** SchlHolstAnz. **07** 54 (PrKompGH.). Ebenso bezüglich des Anspruchs auf Erstattung von Deichkosten in Schleswig-Holstein. **c)** SächsOLG. **28** 166. Im Königreiche Sachsen ist der Rechtsweg zulässig, wenn der Klaganspruch bei Streitigkeiten über die Benutzung fließender Gewässer von dem Kläger aus seinem Eigentum an dem Gewässer und dessen Bette hergeleitet wird. **d)** FischersZ. **33** B 99 (SächsOVG.). In Sachsen ist für Streitigkeiten zwischen den an einem Wasserlauf anliegenden benachbarten Müllern über das Gebrauchsrecht am Wasser der Rechtsweg zulässig. **e)** HessRspr. **7** 162 (Darmstadt). Nach Art. 145 des hessischen Gesetzes, die Bäche und die nicht ständig fließenden Gewässer betr., vom 30. Juli 1887 / 30. September 1899, sind die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung über alle auf Grund des Gesetzes entstehenden Ansprüche auf Entschädigung berufen, soweit nicht in einzelnen Fällen ausdrücklich andere Behörden für zuständig erklärt worden sind.

8. Verschiedenes. **a)** **RG.** R. **07** 268. Zulässig ist der Rechtsweg: für die Klage der Stadtgemeinde auf Zahlung des gesetzlich geschuldeten Staatsbeitrags zu den Kosten der öffentlichen Volksschule (**RG. 57** 350); für den Erstattungsanspruch des Kreises gegen den Ortsarmenverband (**RG. 41** 336); für den Anspruch des Provinzialverbandes auf Zahlung des Staatszuschusses zu den durch die Unterbringung der Zwangszöglinge entstehenden Kosten nach § 12 G. vom 13. März 1878. **b)** **RG.** R. **07** 784. Wenn der Konkursverwalter auf Grund des § 30 KO. einen Anfechtungsanspruch mit der Klage geltend macht, durch welchen er die Rückgewähr der vom beklagten Fiskus mittels Pfändung auf Grund der §§ 41 und 42 VO. wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden vom 26. Dezember 1808 (GS. 282) im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens gemäß VO. vom 15. November 1899 erlangten Pfandrechte zur Konkursmasse erstrebt, so ist der Rechtsweg zulässig. Der Klaganspruch beruht auf einem privatrechtlichen Titel. Die Vorschrift des § 42 aaO., welche auch heute Geltung hat (**RG. 55** 51), begründet, bei

Verträgen, welche der Fiskus mit Privatpersonen geschlossen hat, aus finanzpolitischen Rücksichten ein nur vorläufiges Recht des Fiskus, die erforderlichen aus dem Staatshaushalte vorgesehenen Geldbeträge einzuziehen, also auch das Recht, deren Eingang durch Pfändung im Verwaltungszwangsverfahren zu sichern. Gegenüber diesem formellen Rechte des Fiskus ist dem Schuldner ausdrücklich nachgelassen, im Petitorium darzutun, daß der durch die Zwangsvollstreckung vorläufig durchgesetzte Anspruch materiell nicht besteht. Diese petitorische Klage hinsichtlich ihrer im Gesetze begründeten Ansprüche auf das Vermögen des Schuldners, insbesondere für die Durchführung des Anfechtungsrechts von Gläubigern, steht auch Dritten zu. **c)** FischersZ. **33** B 99 (SächsOVG.). In Sachsen ist bei ungerechtfertigter Bereicherung im Sinne von § 812 BGB. auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes der Rechtsweg zulässig, sofern nicht eigene Bestimmungen des öffentlichen Rechtes einschlagen. **d) RG.** R. **07** 1487. Die Zulässigkeit des Rechtswegs in Stempelsachen regelt sich ausschließlich nach § 26 StempG. Durch § 25 wird nur der Verwaltungsweg eröffnet (vgl. **RG. 60** 349). **e)** OLG. **13** 353 (Hamburg). Der Rechtsweg ist in Hamburg unzulässig für die Klage eines Gefangenen auf Herausgabe von Sendungen und auf Arbeitslohn. **f) RG. 65** 299, JW. **07** 264. Ist im preußischen Enteignungsverfahren der erste zugestellte Beschluß derart berichtigt, daß nicht eine Berichtigung (§ 319 ZPO.), sondern ein neuer Beschluß vorliegt, so beginnt die Rechtsmittelfrist nach § 30 PrEnteignG. von der Zustellung des letzten Beschlusses an zu laufen. **g)** SächsOLG. **28** 34 (Dresden) handelt eingehend über die Frage, von welchem Zeitpunkt an der Rechtsweg nach § 33 Abs. 2 Satz 1 Sächs. EnteignG. vom 24. Juni 1902 zulässig sei. **h)** HansGZ. **07** Beibl. 185 (Hamburg). Gegen Verfügungen der Landgemeinden ist in Hamburg der Rechtsweg zulässig. Dies läßt sich aus der zur Ausführung des § 89 der Verfassung erlassenen Vorschrift des § 24 G. betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege herleiten. In letzterem Gesetz ist nur von Staatsbehörden die Rede; es müssen aber die Gemeindebehörden auch mit gemeint sein. **i)** ElsLothJZ. **07** 189 (Colmar). In Elsaß-Lothringen ist die Beschreitung des Rechtswegs nur bezüglich der indirekten, nicht auch bezüglich der direkten Gemeindesteuern und -Umlagen zulässig. **k)** BadVerwZ. **39** 149 (BadVGH.). Ist eine Forderung von Gemeindeumlagen streitig, so kann die öffentlich-rechtliche Natur des Streites nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß die Forderung nicht allein aus dem öffentlich-rechtlichen Verpflichtungsgrunde, sondern auch aus einer Vorschrift des bürgerlichen Rechtes hergeleitet wird. **l)** Bay. RpflZ. **07** 115 (BayKompGH.). In Bayern ist der Rechtsweg ausgeschlossen, wenn außer auf Feststellung der Grenze auf die Beseitigung einer falschen Abmarkung geklagt wird. **m)** MecklZ. **25** 224 (Rostock). In Mecklenburg ist der Rechtsweg unzulässig, wenn über die Erfüllung der dem öffentlichen Rechte angehörigen, insbesondere der in den §§ 167, 168 ABBGB. bezeichneten grundbrieflichen Bestimmungen Streit ist. **n) RG. 63** 160, R. **07** 654. Macht die Baupolizeibehörde im Interesse der Stadtgemeinde den Bau abhängig von Zahlung einer Geldsumme für ortsstatutarische Leistungen und wird letztere aus Irrtum geleistet, so kann der Betrag im Rechtswege nicht zurückgefordert werden. **o)** R. **07** 1278 f. (Frankfurt a. M.) Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs ist unbegründet gegenüber einer Klage auf Beseitigung polizeilich genehmigter Bauten. Zwar kämpft eine solche Klage, da sie die polizeiliche Erlaubnis als im Widerspruche mit der Baupolizeiverordnung stehend erachtet, gegen die Baugenehmigung an. Darin liegt aber kein Verstoß gegen das PrGes. über die Zulässigkeit des Rechtswegs vom 11. Mai 1842. Denn die polizeiliche Bauerlaubnis hat Dritten gegenüber nicht den Charakter einer polizeilichen Verfügung im Sinne des bezeichneten Gesetzes. Der Bau wird nicht im öffentlichen Interesse zur Förderung des Gemeinwohls für notwendig oder auch nur für zweckmäßig erklärt, sondern es wird nur ausgesprochen, daß dem Baue aus dem

Gesichtspunkte der Wahrung des öffentlichen Interesses ein Hindernis nicht entgegenstehe. Privatrechte sollen dadurch in keiner Weise beeinträchtigt werden. Dritte können deshalb ihren Widerspruch gegen einen Bau im Wege Rechtens geltend machen. **p)** PucheltsZ. **38** 599 (Colmar). In Elsaß-Lothringen ist der Rechtsweg unzulässig für die Schadensersatzklage gegen eine Gemeinde, deren Bürgermeister als Träger der Polizeigewalt eine baufällige Mauer hat niederreißen lassen. **q)** HansGZ. **07** Beibl. 253 (Hamburg). In Hamburg ist der Rechtsweg zulässig bei einer Klage auf Zurücknahme der Verfügung, durch die die Klägerin unter sittenpolizeiliche Kontrolle gestellt und ihr verboten ist, als Masseusse zu annoncieren. **r)** HansGZ. **07** Beibl. 179 (Hamburg). Unzulässig ist der Rechtsweg gegen die Untersagung des Gewerbebetriebs als Hausmäkler (Grundstücksvermittler) wegen Unzuverlässigkeit aus § 35 GewO. **s)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1188. Rechtsstreitigkeiten über die Vermögensauseinandersetzung nach geschehener Auflösung oder Veränderung eines Schulverbandes fallen ihrem Wesen und Gegenstande nach unter den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, die wohl im Geltungsgebiete des preuß. Landrechts, nicht aber im Rechtsgebiete der preuß. Rheinprovinz der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte entzogen sind. Dieser Rechtszustand wird erst mit dem 1. April 1908 die aus § 4 G. betr. die Unterhaltung der öffentl. Volksschulen vom 28. Juli 1906 ersichtliche Veränderung erfahren. **t)** MecklZ. **25** 321 (Rostock). Die Schulbaulast ist eine Last des öffentlichen Rechtes und von der Ortsobrigkeit als solcher zu tragen. **u)** KGBl. **07** 44, SchlHolstAnz. **07** 151, R. **07** 204 Ziff. 2195 (KG.). Für den Anspruch auf Änderung eines Schulzeugnisses ist der Rechtsweg nicht zulässig. **v)** **RG.** V SeuffA. **62** 206, R. **07** 1087. Eine Klage gegen den Staat auf Anerkennung einer Realschankgerechtigkeit ist in Preußen unzulässig. Wenn früher in der Entscheidung **RG. 15** 138 ff. diese Frage, insbesondere die Passivlegitimation der Königl. Regierung, bejaht wurde, so hing das mit der damaligen Gesetzgebung zusammen. Damals war noch die durch § 127 G. über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 aufgehobene Bestimmung im § 2 G. vom 11. Mai 1842 anzuwenden, welche den Rechtsweg gegen polizeiliche Verfügungen auf Grund behaupteter besonderer Rechtstitel eröffnete, während jetzt derartige Streitigkeiten von den dazu berufenen Verwaltungsbehörden und -Gerichten selbständig entschieden werden. Diese Entscheidung kann ihnen nicht durch eine Entscheidung der ordentlichen Gerichte vorgeschrieben werden, denn die Kraft des Richterspruchs findet ihre Grenze in der Rechtskraft, welche nur unter den Parteien wirksam ist. Es läßt sich aber keine Partei finden, der gegenüber der Kläger sein angebliches Privatrecht mit Wirksamkeit für die hier in Betracht kommenden öffentlichen Behörden des Staates rechtskräftig feststellen lassen könnte; privatrechtliche Vertreter des Staates sind diese Behörden nicht (vgl. dagegen JDR. **5** Ziff. 7g). **w)** MecklZ. **25** 332 (Rostock). In Mecklenburg ist der Rechtsweg zulässig für die Feststellung des Bestehens oder des Umfanges der Verpflichtungen, die dem Abdecker gegenüber den Bewohnern seines Bezirks zustehen. **x)** R. **07** 1148 Ziff. 2812 (Frankfurt). Der Einwand der Unzulässigkeit des Rechtswegs ist unbegründet gegenüber einer Klage, durch die der Kläger sein Recht auf Ausübung des ihm verpachteten Jagdrechts gegen widerrechtliche Störungen durch den Beklagten verteidigt. **y)** SächsRpflA. **06** 520 (Dresden). In Sachsen ist der Rechtsweg zulässig für die Anfechtung des Ausschlusses aus einer Schützengesellschaft. **z)** ThürBl. **54** 21, R. **07** 904 Ziff. 2194 (Jena). Für die Geltendmachung eines den Stiftungsinteressenten eingeräumten Rechtes auf Kontrolle der Stiftungsverwaltung ist der Rechtsweg offen.

9. WürttJ. **19** 292 ff. (Stuttgart). Für eine auf ein Fischereirecht gestützte Klage auf Unterlassung des Baggerns ist in Württemberg nur der Verwaltungsrechtsweg zulässig, der Zivilrechtsweg unzulässig

§ 14. 1. PuchеltsZ. **07** 199 (Düsseldorf). Auch die zugelassenen Sondergerichte gehören der Gerichtsbarkeit an.

2. Vgl. unten ZPO. § 33 Ziff. 2.

Dritter Titel. Amtsgerichte.

§ 23. I. Ziff. 1. SächsRpflA. **07** 231, SächsOLG. **28** 435. (Dresden). Der Anspruch des Mitglieds eines Konsumvereins, das von der Genossenschaft als ausgeschlossen bezeichnet worden ist, auf Feststellung, daß es nicht ausgeschlossen worden, sondern infolge Kündigung ausgeschieden sei, entbehrt der vermögensrechtlichen Natur. Er wird zu einem vermögensrechtlichen auch nicht dadurch, daß sich an die erstrebte Feststellung vermögensrechtliche Folgen knüpfen können oder wirklich knüpfen.

II. Ziff. 2. 1. Mittelstein, SeuffBl. **07** 361. Grundstücke als solche werden von der Bestimmung des § 23 Ziff. 2 Abs. 1 nicht betroffen; diese bezieht sich nur auf Räumlichkeiten. — „Andere Räume" sind solche Räume, die zu anderen Zwecken als die Wohnräume bestimmt, im übrigen aber Räume ebenso wie diese sind. Behältnisse sind nicht „andere Räume". Die Räume müssen immobil sein. Dagegen JDR. **5** § 23 Ziff. 1.

2. a) BayRflZ. **07** 24 (LG. München I). Für die Klage des Vermieters, den Mieter schuldig zu erkennen, ihm den Besitz der von ihm unter Widerspruch des Vermieters entfernten Möbel zu überlassen (§ 561 Abs. 2 BGB.), ist das Amtsgericht zuständig. b) PuchеltsZ. **07** 207 (Cöln). Stellt sich der Räumungsanspruch lediglich als eine der Folgen eines in erster Linie geltend gemachten anderen Anspruchs dar, so ist § 23 Ziff. 2 nicht anwendbar.

3. Krückmann, DJZ. **07** 583, schlägt folgende Gesetzesänderungen vor: bei allen im § 23 Ziff. 2 Abs. 3 aufgezählten Streitigkeiten ist auf Antrag einer Partei gegen entsprechende Sicherheitsleistung wegen der Kosten ein sofortiger Termin abzuhalten. Die Klage wird durch mündlichen Vortrag in dem Termin erhoben, und der Beklagte hat keinen Anspruch auf eine Einlassungsfrist.

4. PosMSchr. **07** 14, OLG. **15** 44, SeuffA. **62** 163, R. **07** 191 (Marienwerder). Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts ist auch dann gegeben, wenn der Käufer eines Tieres den Verkäufer auf Schadensersatz in Anspruch nimmt, weil dem Tiere eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat.

5. a) Ke., SeuffBl. **07** 336, berichtet einen Fall aus der Praxis. F. W. hatte die Vaterschaft zu einem außerehelich geborenen Kinde zu notarieller Urkunde anerkannt. Später erhob er Klage beim Amtsgerichte mit dem Antrage, festzustellen, daß er nicht Vater des Kindes sei. Sein Antrag auf Armenrecht wurde wegen Unzuständigkeit des AG. abgelehnt. Das Beschwerdegericht hob diesen Beschluß auf: Es handle sich um einen Anspruch aus außerehelichem Beischlafe, nicht um Anfechtung einer Willenserklärung; die Anfechtung sei nur inzidenter als Replik auf den etwaigen Einwand der Anerkennung vorgebracht. — Ke. hält diese Entscheidung für bedenklich. Die Anfechtung sei Gegenstand des Prozesses. b) Schwab, Zuständigkeit für Ansprüche aus dem außerehelichen Beischlafe, SeuffBl. **07** 631. Für den Anspruch aus § 1709 Abs. 2 BGB. ist die ausschließliche Zuständigkeit der Amtsgerichte gegeben, nicht dagegen für die Ansprüche der nicht unterhaltspflichtigen Dritten, die dem Kinde an Stelle des Vaters den Unterhalt gewährt haben. Wird der Anspruch des Kindes gegen den Vater auf Unterhalt auf eine Anerkennung gemäß § 1718 BGB. gestützt, so sind auch hier die Amtsgerichte ausschließlich zuständig (vgl. **RG. 7** 339); wird dagegen auf Grund einer Vereinbarung gemäß § 1714 BGB. gegen den Vater auf Unterhaltsgewährung geklagt, so gilt dies nicht.

Ansprüche aus § 1300 BGB. sind nicht als Ansprüche aus außerehelichem Beischlafe zu erachten (vgl. SeuffA. **58** Ziff. 218); ebensowenig Ansprüche aus §§ 825, 847 BGB. (vgl. SeuffA. **58** Ziff. 218). Näheres vgl. o. Ziff. 1 zu § 1300.

Fünfter Titel. Landgerichte.

§§ 62, 63. **RG.** R. **07** 716 Ziff. 1589. Es muß nicht für jedes ständige Mitglied einer Kammer ein bestimmter namentlich bezeichneter Stellvertreter aufgestellt werden, der allein an die Stelle des verhinderten ständigen Mitglieds zu treten befugt wäre, und bei dessen Verhinderung dann jedesmal erst durch den Präsidenten nach § 66 GVG. ein zeitweiliger Vertreter bestimmt werden müßte, sondern es genügt, daß für die ständigen Mitglieder eine nach Zahl und Personen abgegrenzte Reihe anderer Mitglieder des Gerichts als regelmäßige Stellvertreter in der Weise bestimmt werden, daß jeder als regelmäßiger Stellvertreter an die Stelle eines jeden der verhinderten ständigen Mitglieder zu treten befugt ist.

§ 64. **RG.** DJZ. **07** 68, GoltdA. **53** 445. Die Befugnis des § 64 steht dem Landgerichtspräsidenten auch für den Fall einer Änderung der Geschäftsverteilung innerhalb des Geschäftsjahrs zu.

§ 70. 1. **RG.** R. **07** 1079 Ziff. 2629. Württembergische Notare sind „öffentliche Diener" i. S. des Art. 8 Ziff. 3 WürttAGGVG. und demgemäß öffentliche Beamte i. S. des § 70 GVG. Für die Klage gegen einen württembergischen Notar wegen Überschreitung der amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen ist deshalb das Landgericht ausschließlich zuständig, und demgemäß ist in solchen Prozessen die Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig.

2. Die für das bayerische Recht wichtige Entscheidung des **RG.** (JDR. **5** Ziff. 1) ist auch in PucheltsZ. **07** 10 abgedruckt.

Siebenter Titel. Kammern für Handelssachen.

§§ 103, 106. PucheltsZ. **07** 208 (Cöln). Eine Verpflichtung der Kammern für Handelssachen, ihre etwaige Unzuständigkeit von Amts wegen auszusprechen, besteht nicht.

Achter Titel. Oberlandesgerichte.

§ 124. Jacobsohn, JW. **07** 321, schlägt folgende Änderung vor: Die Senate der Oberlandesgerichte entscheiden in der Besetzung von drei Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden.

Neunter Titel. Reichsgericht.

§ 137. **RG.** IV FrankfRundsch. **40** 180, R. **07** 581 Ziff. 1213. Auch bei Divergenz in einer Rechtsfrage zwischen zwei Zivilsenaten des RG. bedarf es einer Entscheidung der vereinigten Zivilsenate dann nicht, wenn die Einheitlichkeit der Rechtsprechung hierdurch eine Förderung nicht mehr erfahren würde, insbesondere wenn es sich um eine Frage des Übergangsrechts handelt.

§ 140. Jacobsohn, JW. **07** 321, schlägt folgende Änderung vor: Die Senate des Reichsgerichts entscheiden in der Besetzung von fünf Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden.

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

Vor § 157. 1. Als Monographie für dieses Rechtsgebiet ist hervorzuheben: Friedländer, Rechtshilfe im Verkehre mit den ordentlichen Gerichten nach deutschem Reichsrechte, Berlin 1906.

2. a) Eibecker, Rechtshilfe gegenüber den Vorständen der Berufsgenossenschaften, BayRflZ. **07** 143, begründet folgende Sätze: a) Die Vorstände der Berufsgenossenschaften sind zum Ersuchen um eidliche Vernehmung von Zeugen nicht befugt; um unbeeidigte Vernehmung von Zeugen können sie ersuchen. b) Schiedsgerichte und das Reichsversicherungsamt können auch um eidliche Vernehmung ersuchen. c) Die Beschwerde gegen die Verweigerung der eidlichen Zeugenvernehmung auf Ersuchen der Genossenschaftsvorstände ist nicht Dienstaufsichtsbeschwerde, sondern muß analog der des § 160 behandelt werden. **b)** Freudenthal, R. **07** 113. Die Weigerung des ersuchten Gerichts, vollstreckbare Ausfertigung eines von ihm auf Ersuchen des Vormundschaftsgerichts beurkundeten Unterhaltsversprechens des Vaters eines unehelichen Kindes zu erteilen, kann nicht im Wege des gegen eine Ablehnung eines Rechtshülfeersuchens zustehenden Rechtsmittels beseitigt werden. Gleichviel, ob man die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung als einen Akt der Zwangsvollstreckung oder bloß als eine sie vorbereitende Maßregel ansieht, immerhin ist sie ein Akt der streitigen Gerichtsbarkeit; sie unterliegt daher, anders als die einfache Ausfertigung einer Urkunde freiwilliger Gerichtsbarkeit, nach § 3 Abs. 1 EGZPO. den Vorschriften der ZPO. Deren § 576 weist den Weg, auf welchem die Weigerung des Gerichtsschreibers beseitigt werden kann. **c)** Hermann, GruchotsBeitr. **50** 334, legt dar, daß ein deutsches Gericht dem Ersuchen eines österreichischen um Zustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den in Deutschland sich aufhaltenden Drittschuldner zu entsprechen nach dem Haager Abkommen vom 14. November 1896 nicht verpflichtet sei, da diese Zustellung nach österr. Rechte nicht die Bedeutung einer Urkundenmitteilung, sondern eines Vollstreckungsakts habe (Referat nach BuschsZ. **37** 124). **d)** Lenhard, Prozeßverzögerung durch die neue Berliner Gerichtsorganisation? DJZ. **07** 354. Die Frage nach der Zuständigkeit des ersuchten Gerichts ist unabhängig von derjenigen nach dem Wohnsitze zu entscheiden. Im Rechtshilfeverfahren ist dasjenige Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke die Amtshandlung vorgenommen werden soll. Ein Amtsrichter, der einen Zeugen an Gerichtsstelle vernehmen soll, ist stets zuständig. Denn es erhellt, daß die von ihm vorzunehmende Amtshandlung innerhalb seines Bezirks erledigt werden soll. Das ersuchende Gericht hat nicht nach den Gründen zu fragen, aus denen das ersuchende Gericht sich gerade an dieses gewendet hat; glaubt es, daß sachliche Gründe, wie Verursachung unnötig hoher Kosten, dem Ersuchen entgegenstehen, so kann es sich mit Gegenvorstellungen an das ersuchende Gericht wenden. **e)** . . . . s, Rechtshilfe in Preußen. Ein Notschrei aus der Praxis, R. **07** 1085, gibt beachtenswerte Winke für die Verbesserung der jetzigen preußischen Praxis bei Vernehmung auswärtiger Zeugen.

§ 157. 1. Wegen der dem Patentamte zu leistenden Rechtshilfe ist zu vgl. JDR. **5** § 157 Ziff. 1, **RG. 64** 178.

2. Der JDR. **5** Ziff. 2 dargelegte Zwiespalt der Gerichte darüber, ob auch das an das Amtsgericht gerichtete Ersuchen des Vorstandes einer Baugewerksberufsgenossenschaft um die Vernehmung von Zeugen nach §§ 157 ff. zu beurteilen sei, besteht fort. Neuerdings wird die Frage verneint SeuffBl. **07** 608 (Nürnberg).

3. OLG. **14** 325, R. **07** 782, 986, ZfdGerSekr. **18** 188 (Posen). Den Vorstehern der Disziplinarbehörden, zu denen nach dem G. vom 17. Juni 1880 § 1 auch die Präsidenten der Eisenbahndirektionen gehören, sind strafrechtliche Funktionen übertragen, nämlich die Befugnis, die ihnen unterstellten Beamten zu bestrafen und ein Disziplinarverfahren gegen sie einzuleiten. Ihr Ersuchen um Vernehmung von Zeugen zur Beschaffung einer Unterlage für ein eventuell einzuleitendes Disziplinarverfahren charakterisiert sich deshalb als Ersuchen um Rechtshilfe.

Die Vorschriften des Strafverfahrens finden auf das Disziplinarverfahren entsprechende Anwendung, also auch die §§ 159 ff. GVG. über Rechtshilfe. Als Beschwerdegericht entscheidet das Oberlandesgericht, welches dem ersuchten Amtsgericht übergeordnet ist. Rechtshilfe findet nicht statt, wenn die ersuchende Behörde die Handlung selbst vornehmen kann.

4. R. **07** 1472 Ziff. 3694 (Cassel). Zum Begriffe der Rechtshilfe gehört, daß das Ersuchen auf eine Handlung gerichtet ist, die sachlich in den dem ersuchenden Gerichte gesetzlich zugewiesenen Geschäftskreis fällt. Geht das Ersuchen auf eine andere Handlung, dann ist eine Ablehnung auch abgesehen von den Fällen des § 159 Abs. 2 GVG. gerechtfertigt, da eben ein Ersuchen um Rechtshilfe im gesetzlichen Sinne nicht vorliegt (vgl. JDR. **5** § 157 Ziff. 3).

§ 159. I. Prozeß. **a)** SächsRflA. **07** 67 (Dresden). Das Ersuchen um Beeidigung eines Zeugen darf nicht als sachlich zwecklos abgelehnt werden. **b)** SächsRpflA. **07** 28 (Dresden). Das Ersuchen um Beeidigung eines Zeugen, bei dem die Voraussetzungen des § 56 Ziff. 3 StPO. vorliegen, ist ablehnbar. **c)** FrankfRundsch. **41** 41 (Frankfurt). Das Ersuchen, die Zeugen darüber zu vernehmen, ob die Kindesmutter innerhalb der (bezeichneten) Empfängniszeit noch mit anderen Männern geschlechtlich verkehrt habe, bezieht sich auch auf die Vernehmung über etwaigen eigenen Geschlechtsverkehr der Zeugen mit ihr und darf nicht als zu unbestimmt abgelehnt werden. **d)** FrankfRundsch. **41** 47 (Frankfurt). Es ist nicht unzulässig, daß der Beweisbeschluß auf Schriftsätze oder Protokolle Bezug nimmt, vorausgesetzt, daß daraus ohne Schwierigkeit und Mißverständnis die Tatsache, über die Beweis erhoben werden soll, ersichtlich ist. **e)** OLG. **14** 326, ElsLothJZ. **07** 457, ElsLothNotZ. **27** 30, PucheltsZ. **07** 44 (Colmar). Der Streit, ob der Gerichtsschreiber desjenigen Amtsgerichts, das von dem Vormundschaftsgericht um die Beurkundung des Unterhaltsversprechens eines unehelichen Vaters ersucht worden ist, oder der Gerichtsschreiber des Vormundschaftsgerichts eine vollstreckbare Ausfertigung der bezüglichen Verhandlung zu erteilen hat, ist nicht auf dem Wege des im § 160 GVG. gegebenen Rechtsmittels, sondern in dem in den §§ 576, 577 Abs. 4 ZPO. vorgeschriebenen Verfahren auszutragen. **f)** PosMSchr. **07** 95, R. **07** 1212 Ziff. 3015 (Posen). Ein Fall der Rechtshilfe ist nur dann gegeben, wenn die Erledigung der betreffenden Amtshandlung an sich dem ersuchenden Gericht obliegt, ihrer Durchführung aber örtliche Schwierigkeiten entgegenstehen. Daher liegt kein Rechtshilfefall vor, wenn auf Antrag des Gläubigers Verhaftung des in einem anderen Amtsgerichtsbezirke wohnenden Schuldners zur Erzwingung des Offenbarungseids begehrt wird.

II. Grundbuchsachen. NaumburgAK. **07** 55 (Naumburg). Das Ersuchen eines Amtsgerichts an ein anderes, eine Hypothekenlöschungsbewilligung aufzunehmen, ist nicht ablehnbar. Vgl. JDR. **5** § 159 II a. Anscheinend aA. RheinA. **103** I 130 (Düsseldorf).

§ 160. **a)** Vgl. JDR. **5** und oben § 159 e, f. **b)** PosMSchr. **07** 168. Die Amtsgerichte dürfen das Ersuchen des Vormundschaftsrichters um Vernehmung einer Person über Anerkennung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes nicht ablehnen.

§ 165. Scheuenstuhl, JustdBl. **2** 5, führt an der Hand eines praktischen Falles aus: die infolge einer auf Ersuchen eines bayerischen Gerichts durch das Gericht eines anderen Bundesstaats erfolgten Sachverständigenvernehmung erwachsenen Gebühren fallen dem ersuchten Gerichte zur Last.

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§ 170. **RG.** SächsRpfA. **07** 15. Der Vorsitzende allein entscheidet darüber, wann der Zuschauerraum gefüllt ist (vgl. JDR. **3** und **5** § 170).

§ 175. **RG.** R. **07** 1084 Ziff. 2657. Geht aus dem Sitzungsprotokolle hervor, daß bei Verkündung des Beschlusses auf Ausschließung der Öffentlichkeit der Grund,

aus dem diese Maßregel beschlossen worden, nicht angegeben ist, so muß das Urteil aufgehoben werden, selbst wenn im einzelnen Falle der Grund sich aus der Natur der zu verhandelnden Sache erkennen läßt.

§ 177. R. **07** 776 Ziff. 1731 (Naumburg). Wegen unziemlicher Ausdrücke in schriftlichen Eingaben an das Gericht kann eine Ordnungsstrafe nicht verhängt werden. Die §§ 177 ff. beziehen sich nur auf Ungebühr in der Sitzung, nicht außerhalb derselben.

§ 179. 1. Wegen der Umwandlung einer nach § 179 festgesetzten Geldstrafe in Haftstrafe ist besonders zu vgl. GoltdA. **54** 101 (Marienwerder), wo Literaturnachweise und Dissentienten. Unter letzteren hervorzuheben: SächsRpflA. **07** 142 (Dresden).

2. BuschsZ. **36** 354 (Darmstadt). Die Ungebühr der §§ 179, 180 setzt begrifflich voraus, daß durch die betreffende Handlung eine in die äußere Erscheinung getretene, von dritten Personen wahrnehmbare gröbere Verletzung der Ordnung stattgefunden hat; in einem bloßen nicht von Geberden begleiteten, drohenden und geringschätzenden Anblicken kann eine solche Verletzung der Ordnung nicht gefunden werden.

3. R. **07** 772 Ziff. 1700, DJZ. **07** 484 (KG.). Ein Zeuge, welcher sich während seiner Vernehmung ohne Erlaubnis des Gerichts unter einer Entschuldigung entfernt, macht sich einer „Ungebühr in der Sitzung" im Sinne des § 179 GVG. auch dann nicht schuldig, wenn die Entschuldigung nicht der Wahrheit entspricht. Er verletzt nicht die der Würde und dem Ansehen des Gerichts schuldige Achtung durch ungebührliches Auftreten in der Sitzung, sondern erweist sich gegenüber der durch die Ladung und den Beginn seiner Vernehmung an ihn ergangenen Anordnung des Gerichts, zu seiner Vernehmung zu erscheinen und bis zum Schlusse derselben an Gerichtsstelle zu bleiben, unfolgsam. Diese Unfolgsamkeit kann die Anwendung des § 380 ZPO. gegen ihn begründen.

4. Wegen der durch Verweigern des Verhandelns in deutscher Sprache begangenen Ungebühr vgl. JDR. **5** § 178, ferner DJZ. **07** 248 (Marienwerder).

§ 183. DJZ. **07** 832 (Jena). Keinerlei Beschwerde ist der Zivilpartei gegeben, deren Antrag, den Gegner wegen Ungebühr vor Gericht in Strafe zu nehmen, abgelehnt worden ist.

§ 184. a) HessRspr. **7** 146 (Darmstadt). Die Veranlassung zur Ordnungsstrafe muß sich aus dem Sitzungsprotokolle für sich allein ergeben. Erforderlichenfalls muß das Protokoll auf den subjektiven Tatbestand sowie auf die für das Strafmaß erheblichen Umstände eingehen, ebenso wie auf die Auffassung des erkennenden Gerichts. b) SeuffBl. **07** 451 (BayObLG.). Ist die Veranlassung des Strafbeschlusses nicht ins Protokoll aufgenommen, so muß er auch dann aufgehoben werden, wenn nur gegen die Höhe der Strafe Beschwerde erhoben worden war.

Fünfzehnter Titel. Gerichtssprache.

§ 187. RG. R. **07** 1152 Ziff. 2849. Das Bedürfnis der Zuziehung sowohl wie die Auswahl des Dolmetschers und die Beurteilung seiner Befähigung unterliegen dem tatsächlichen pflichtmäßigen Ermessen des Instanzrichters.

Siebzehnter Titel. Gerichtsferien.

§ 202. 1. Thiesing, DJZ. **07** 820, wiederholt seinen Vorschlag (vgl. JDR. **5** § 202 Ziff. 1), die Ferien bei den Amtsgerichten abzuschaffen.

2. X., Feriensachen und Gerichtsferien, R. **07** 1044, berichtet über das günstige Ergebnis, das der Erlaß des pr. Justizministers von 1903, der den Gerichten größeres Entgegenkommen gegenüber Parteianträgen empfiehlt, gehabt habe. Es sei $93^1/_2$ pCt. aller Anträge, eine Sache zur Feriensache zu erklären, stattgegeben worden.

3. OLG. **14** 143 (KG.). Das GVG. findet nur auf die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit, nicht auf Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung; für letztere kommt, soweit nicht reichsgesetzlich Ausnahmen zugelassen sind, das FGG. allein in Betracht, nach dessen § 10 die Ferien der Gerichte ohne Einfluß sind. Deshalb sind die Gerichtsferien auch auf Vereinsregistersachen ohne Einfluß.

4. **RG.** I 27. 3. 07, JW. **07** 313, BadRpr. **07** 177, SächsRflA. **07** 317; **RG.** I 10. 10. 06, **64** 164, JW. **06** 716, JustdBl. **1** 233. Der Begriff der Wechselsache wird durch die Natur des Wechselanspruchs gegeben, nicht durch die Form des Prozesses, in der er verfolgt wird. Ist daher ein Wechselanspruch erhoben, so liegt auch eine Wechselsache und eine Feriensache im Sinne des § 202 Abs. 2 Nr. 5 GVG. vor.

§ 203. **RG.** JW. **07** 561 Ziff. 93, **RG.** (Straff.) **40** 84. Bei der Bildung von Ferienkammern kann das Präsidium die Ergänzung der erforderlichen Zahl der Beisitzer durch Zuziehung eines namentlich nicht bezeichneten Hilfsrichters anordnen und seine Bestimmung aus der Zahl der Amtsrichter am Gerichtsitze dem Präsidenten übertragen.

§ 204. 1. Crönert, R. **08** 23, schlägt vor, auch die Gesuche um Bewilligung des Armenrechts von den Ferien unabhängig zu machen.

2. BadRpr. **07** 333 (Karsruhe). Der die beantragte Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde ablehnende Beschluß ergeht nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren, sondern in dem Vorverfahren dazu. Daher ist nicht sofortige, sondern einfache Beschwerde dagegen zulässig. Eine solche Beschwerde ist als Feriensache zu behandeln, weil die Ferien nach § 204 GVG. auf das Zwangsvollstreckungsverfahren ohne Einfluß sind und hierunter auch das vorbereitende Verfahren zu rechnen ist.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

§§ 7, 8. **RG.** R. **07** 457 Ziff. 924. Nach § 7 Abs. 2 EGZPO. hat das BayObLG. über seine Zuständigkeit bindend zu entscheiden, und nach § 8 Abs. 1 Satz 2 aaO. können die Parteien für alle dieser Entscheidung vorgängigen Handlungen sich durch jeden bei einem Land- oder Oberlandesgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen. An diesen Vorschriften ist durch das Gesetz betreffend Änderungen der ZPO. vom 5. Juni 1905 nichts geändert.

§ 13. *v. Zitzewitz, Rechte des Verlierers eines Wechsels, GoldschmidtsZ. **59** 482. Das Privatrecht besteht unabhängig vom Prozeßrechte. Das Prozeßrecht regelt im wesentlichen nur das Verfahren zur Verwirklichung privatrechtlicher Ansprüche; ihm kommt daher lediglich eine sekundäre Bedeutung zu. Demgemäß wird älteres Reichszivilrecht durch die ZPO. grundsätzlich nicht berührt. Insbesondere nicht die durch Art. 73 WO. lückenlos geregelte Rechtslage des Verlierers eines Wechsels durch § 1018 ZPO., die lex posterior generalis. AM. **RG. 49** 132—141 (vgl. unten die Zitate zu Artt. 66, 67 und 73 der WO.).

Zivilprozeßordnung.

Vor § 1. *Pagenstecher, Praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft, BuschsZ. **37** 34 ff., legt dar, daß den Worten „deklarativ" und „konstitutiv" in der Literatur des Zivilprozeßrechts nicht von allen Schriftstellern die gleiche Bedeutung beigemessen werde. Seiner Ansicht nach hängt dieser verschiedene Sprachgebrauch eng zusammen mit den verschiedenen Betrachtungsweisen des Zivilprozesses (der sog. metaphysischen und der sog. empirischen). Seine

Ausführungen wollen verhüten, daß die zahlreichen Mißverständnisse, die der ungleichmäßige Sprachgebrauch bisher zur Folge hatte, sich in Zukunft wiederholen. S. auch unten zu § 322 Ziff. 1.

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit.

Vorbemerkung: Die Entscheidungen über den Wert des Streitgegenstandes sind im Berichtsjahre wieder besonders zahlreich gewesen. Allgemeineres Interesse können wohl nur die Entscheidungen zu §§ 10 und 11 beanspruchen.

§ 3. 1. Allgemeines. Wegen des Streitwerts bei Einklagung einer abgestuften lebenslänglichen Rente vgl. Landsberg, PosMSchr. **07** 58.

2. Grenzfälle gegen §§ 4—9. **a) RG.** V SeuffA. **62** 243. Bei Besitzstörungen ist der Streitwert nach § 3 festzusetzen. **b) RG.** JW. **06** 688, GruchotsBeitr. **51** 399, SeuffA. **62** 81. Der Wert des Streitgegenstandes ist bei Klagen auf Abnahme einer gekauften Sache nicht nach dem Werte der Sache, sondern nach freiem Ermessen festzusetzen. Bestimmend hierfür ist das Interesse, das die Klägerin daran hat, daß der Beklagte die Sache wegschafft. **c) RG.** R. **07** 1325 Ziff. 3334. Geht ein Klagantrag lediglich auf Nichtigerklärung eines Vertrags, werden aber die Rechte, die dem Kläger bei einer Nichtigkeit des Vertrags zustehen würden, noch nicht geltend gemacht, so kommt für die Bemessung des Streitgegenstandes nicht § 6, sondern § 3 ZPO. in Betracht. Bei Bestimmung des Interesses, das der Kläger an der Nichtigkeit des Vertrags hat, kann nicht einseitig der Wert der der einen Seite nach dem Vertrag obliegenden Leistungen oder der Wert der bei Nichtigkeit des Vertrags von der einen Seite zurückzugewährenden Leistungen maßgebend sein; maßgebend ist vielmehr derjenige Wert, den die vom Kläger begehrte Beseitigung des ganzen Vertrags für ihn hat. **d)** BadRpr. **07** 170 (Karlsruhe). Klagt der Vorerbe gegen den Nacherben auf Zustimmung zur Kündigung einer Hypothek, so ist für die Wertberechnung nicht die Höhe der Hypothek, sondern das Interesse des Klägers an der Vornahme der Verwaltungshandlung maßgebend. § 6 findet keine Anwendung. **e) RG.** GruchotsBeitr. **51** 401. Wenn auf Grund einer einstweiligen Verfügung auf Räumung eines Grundstücks geklagt wird, so ist nicht der Wert des Grundstücks für die Wertbestimmung maßgebend, sondern das Interesse des Klägers daran, daß er während gewisser Zeit im Besitze des Grundstücks bleibe. **f)** OLG. **14** 160 (KG.). Bei dem Gesuch um Einstellung einer Zwangsvollstreckung ist der Streitwert nicht nach § 6 festzusetzen, sondern nach § 3 zu bestimmen, da es sich hier um eine vorläufige Sicherung handelt. **g)** OLG. **15** 53 (Hamburg). Der Streitwert der Klage auf Befreiung von der Bürgschaft für eine Schuld aus einem Pacht- oder Mietverhältnis ist nach dem einjährigen Zinsbetrage zu berechnen, falls nicht Zinsrückstände behauptet werden. Für das richterliche Ermessen des § 3 ist kein Raum. **h)** R. **07** 1325 Ziff. 3335 (Colmar). Der Wert des Streitgegenstandes für eine Klage auf Verurteilung des Beklagten, in die Streichung seiner im Protokolle des Bürgermeisters über Versteigerung der Gemeindejagd eingetragenen Bezeichnung als Mitpächter zu willigen, und für die Widerklage auf Feststellung seines Rechtes als ausschließlicher Pächter dieser Jagd, ist nicht nach § 8, sondern nach § 3 ZPO. festzusetzen, da der erstere Paragraph sich nicht auf Streitigkeiten zwischen mehreren Miet- oder Pachtprätendenten über ein objektiv und seiner Dauer nach unbestritten bestehendes Miet- oder Pachtverhältnis, sondern auf Streitigkeiten zwischen Vermieter oder Verpächter einerseits, Mieter oder Pächter anderer-

seits bezieht. **i)** **RG.** Bureaubl. **07** 76, JustdBl. **2** 73. Betrifft die Klage die Gültigkeit des Rechtes zum Rücktritte von einem Mietvertrage, so findet § 8 Anwendung.

3. Grundsätze für die Schätzung. **a)** OLG. **15** 45, R. **07** 1202 Ziff. 2893 (Karlsruhe). Für den Streitwert ist der Klagantrag maßgebend, der zwar nicht ohne Würdigung der Klagebegründung ausgelegt werden kann, aber auch nicht mit Bezug auf die letztere in einem Sinne verstanden werden darf, der in seinem Wortlaute schlechterdings nicht enthalten ist. **b)** OLG. **15** 50, R. **07** 1202 Ziff. 2898 (Karlsruhe). Der Streitwert der negativen Feststellungswiderklage ist nach der Höhe des Anspruchs zu bemessen, dessen Nichtbestehen festgestellt werden soll. Ansprüche, die gegebenenfalls noch erhoben werden sollen, kommen nicht in Betracht (vgl. **RG.** JW. **06** 755, JustdBl. **1** 201 u. **RG.** JW. **02** 253). **c)** **RG.** R. **07** 1469 Ziff. 3673. Bei der Feststellungsklage ist der Wert des Streitgegenstandes grundsätzlich nach § 3 ZPO. zu bemessen. In der Regel hat der Antrag auf Feststellung eines ziffermäßig bestimmten Anspruchs die gleiche Wirkung wie der Antrag auf Leistung dieses Anspruchs; darum wird in solchen Fällen der Wert des Streitgegenstandes für die Feststellungsklage sich in der Regel mit dem Werte decken, der für die Leistungsklage in Betracht kommt. Handelt es sich dagegen — z. B. bei einem Milchlieferungsvertrage zwischen einer Molkerei und einem Landwirt — um Feststellung eines ziffermäßig nicht bestimmten Anspruchs mit Teilleistungen, die sich in Zukunft auf längere Zeit erstrecken und in ihrem Umfange von der wechselnden Gestaltung des Ertrags, von den wechselnden Bedürfnissen des Schuldners oder seines Betriebs abhängig sind, so kann dem Umstande, daß es sich auch hier um Feststellung des Anspruchs behufs seiner unmittelbaren Realisierung handelt, nicht die Bedeutung zukommen, daß der Wert des Streitgegenstandes für die Feststellungsklage nach dem Werte aller künftigen, voraussichtlich zu machenden Leistungen bemessen werden muß. Die abweichende, in dem Beschlusse vom 22. April 1904 (**RG.** **57** 411) ausgesprochene Auffassung wird vom RG. aufgegeben. **d)** SchlHolstAnz. **07** 200, OLG. **15** 254 (Kiel). Bei Klage auf teilweisen Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Lieferungsvertrags und bei Widerklage dahin, daß ein solcher Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen sei, ist der Wert des Streitgegenstandes nur nach der Höhe des Schadens, nicht nach dem Preise für die ganze streitige Lieferung zu bemessen. **e)** BayRpflZ. **07** 69 (München). Bei Klagen auf Vertragsaufhebung erleidet das freie Ermessen des Gerichts bezüglich des Streitwerts eine Einschränkung für den Fall, daß neben der Aufhebung noch weitere ziffermäßige Ansprüche geltend gemacht werden. Diese Ansprüche sind mit zu berücksichtigen. **f)** OLG. **15** 49, R. **07** 1202 Ziff. 2902 (KG.). Bei Leistungsklagen ist nur die beantragte Leistung, nicht auch die dem Kläger obliegende Gegenleistung zu berücksichtigen. Das gleiche gilt für die Wandelungsklagen, wenn sie nicht nur die Einwilligung in die Wandelung, sondern gleichzeitig die Erfüllung des Wandelungsvertrags fordern. **g)** OLG. **15** 48, SeufBl. **07** 354 (Nürnberg). Bei der Klage auf Wandelung eines Kaufvertrags ist nicht der Wert der Kaufsache, sondern das Interesse zu berücksichtigen, das der Kläger an der Auflösung des Kaufvertrags hat. Vgl. JDR. **5** Ziff. 3 a; ebenso R. **07** 1262 Ziff. 3113 (Frankfurt). **h)** PosMSchr. **07** 95, R. **07** 1203 Ziff. 2906 (Posen). Für den Streitwert bei einer Klage auf Rückgängigmachung des Grundstückskaufvertrags und Rückzahlung der in Erfüllung dieses Vertrags schon gezahlten Summe ist die verlangte Anzahlung und das Interesse an der Rückgängigmachung des Kaufes maßgebend, welches frei zu schätzen ist (ebenso **RG.** SeuffA. **62** 333). **i)** OLG. **15** 52, R. **07** 1202 Ziff. 2894 (Naumburg). Geht der Klagantrag auf Einwilligung in die Übereignung und Auflassung von Nachlaßgrundstücken, so ist Streitgegenstand das vom Kläger auf Grund Testaments behauptete und vom Beklagten bestrittene Alleineigentum an diesen Grundstücken und Streitwert ist der Wert derselben. **k)** OLG. **15** 46, R. **07** 1202 Ziff. 2897 (Breslau). Der Streitwert einer Klage auf Auflassung

eines Grundstücks gegen die sämtlichen Miterben, die Miteigentümer zur gesamten Hand sind, beträgt für jeden einzelnen Miterben so viel, wie das Eigentum des ganzen Grundstücks bewertet ist. **l)** **OR.** VII WarnJ. **6** 342, 574. Macht ein Miterbe das Recht auf Feststellung und Sicherung des Nachlasses bezüglich einer Nachlaßforderung geltend, so ist der Wert des Streitgegenstandes, ungeachtet dessen, daß dem Miterben ein bestimmter Anteil an der Forderung noch nicht zusteht, nach dem eventuellen Anteile zu berechnen (vgl. JDR. **5** Ziff. 3 b). **m)** Wegen des Streitwerts eines Anspruchs auf Rechnungslegung vgl. JDR. **5** Ziff. 3 c. **n)** **RG.** R. **07** 313 Ziff. 616. Für die bezüglich des Anspruchs auf Auskunfterteilung (§ 2028 BGB.) von dem Gerichte gemäß § 3 (§ 546 Abs. 3) ZPO. nach freiem Ermessen vorzunehmende Wertfestsetzung kommt es wesentlich darauf an, welche Schwierigkeiten der Kläger bei der Ermittelung des Bestandes der ihm herauszugebenden Erbschaft haben würde, wenn er die erlangte Auskunft nicht erhält. Würde ohne die Auskunft der Herausgabeanspruch überhaupt nicht durchführbar sein, so würde es sich rechtfertigen, den Wert des Anspruchs auf Auskunfterteilung dem Werte des materiellen Herausgabeanspruchs gleichzusetzen. **o)** **RG.** R. **07** 1538 Ziff. 3834. Die auf Grund des § 91 HGB. von dem Handlungsagenten erhobene Klage auf Mitteilung eines Buchauszugs über die provisionspflichtigen Geschäfte hat im Verhältnisse zu dem Anspruch auf die Provision selbst nur vorbereitenden Charakter. Der Wert ist bei einer solchen Klage daher erheblich geringer als der Provisionsanspruch. Dabei kommt namentlich auch in Betracht, daß die Entscheidung über den Umfang der provisionspflichtigen Geschäfte, wie sie der Bedeutung des vorbereitenden Anspruchs auf Erteilung eines Buchauszugs zugrunde liegt, nach § 322 Abs. 1 ZPO. keine Rechtskraft erzeugt für die in dem späteren Rechtsstreit über den Anspruch auf die Provision selbst zu entscheidende nämliche Frage. **p)** **RG.** R. **08** Beibl. (2) 16 Ziff. 94. Der Wert des Streitgegenstandes für einen Anspruch, mit dem geltend gemacht wird, daß der Antragsteller an ein vom Gegner behauptetes Konkurrenzverbot nicht gebunden sei, bestimmt sich nach dem Unterschied in dem Verdienste, den der Antragsteller mit und ohne Konkurrenzverbot haben würde. **q)** SchlHolstAnz. **07** 102 (Kiel). Bei dem Streite darüber, auf wie lange ein dem Betrage nach unbestrittener Warenkredit eingeräumt sei, ist der Wert des Streitgegenstandes nicht nach der Höhe des Kredits, sondern nach dem Betrage der für die streitige Zeit zu entrichtenden Zinsen zu bestimmen. **r)** **RG.** JustBl. **1** 220. Wenn auf die Erklärung der Auflösung einer von den Parteien eingegangenen Kommanditgesellschaft vor der Registerbehörde geklagt wird, so kann keinesfalls ohne weiteres die Höhe des Kommanditkapitals für den Wert des Streitgegenstandes maßgebend sein. **s)** OLG. **15** 51, R. **07** 1202 Ziff. 2895 (Karlsruhe). Der Streitwert einer Klage, die auf Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft gerichtet ist, bemißt sich nach dem Interesse, welches der klagende Teil am Aufhören der bisherigen Gemeinschaft hat. Bei der Schätzung dieses Interesses kommt die Gemeinschaftsmasse nur insoweit in aktiver und passiver Hinsicht mittelbar in Betracht, als das Interesse je nach dem Betrage der Masse ein größeres oder geringeres ist. **t)** R. **07** 1469 Ziff. 3675 (Colmar). Der Wert des Streitgegenstandes für eine gegen eine Feuerversicherungsgesellschaft erhobene Klage auf Feststellung, daß der von ihr für aufgelöst erklärte Versicherungsvertrag auch ferner noch zu Recht bestehe, deckt sich nicht entfernt mit der Brandversicherungssumme, sondern ist unter Berücksichtigung des Interesses des Klägers daran, während der noch ausstehenden Dauer des Vertrags für einen etwaigen Brandschaden versichert gehalten zu werden, nach freiem Ermessen festzusetzen. **u)** **RG.** R. **07** 894 Ziff. 2099. Bei einem Immissionsprozeß ist der Bemessung des Wertes des Streitgegenstandes die Wertminderung zugrunde zu legen, die das Grundstück des Klägers erleiden würde, wenn die Immissionen auf unbestimmte Zeit zuzulassen wären. **v)** **RG.** R. **07** 1407 Ziff. 3538. Herrscht

zwischen Parteien Streit nur darüber, ob eine Verpflichtung des Beklagten besteht, eine bestimmte Lieferung zu dem von Kläger bezeichneten niedrigen Preise zu machen, oder ob der Beklagte den von ihm behaupteten höheren Preis fordern darf, so ist für den klägerischen Feststellungsantrag, daß der Beklagte verpflichtet sei, die Lieferung zu dem vom Kläger bezeichneten niedrigen Preise zu machen, der Wert des Streitgegenstandes entsprechend der vom Beklagten vorgebrachten Verteidigung lediglich nach jenem Preisunterschiede zu bemessen. **w)** OLG. **15** 50 (Karlsruhe). Der Streitwert ist bei einer Klage auf Feststellung einer Konkursforderung nach dem Werte des vollen Betrags zu bemessen, auch wenn nur ein Teil der Forderung bestritten war. **x)** OLG. **15** 46, R. **07** 1202 Ziff. 2903. Bei der Klage auf Herausgabe von Sachen ist für die Streitwertfestsetzung der objektive Wert der Sachen, nicht das Affektions- oder sonstige besondere Interesse des Klägers maßgebend. **y)** **RG.** R. **07** 1073 Ziff. 2582. Bei dem Anspruch auf Herausgabe eines Wechsels oder einer anderen über einen Geldbetrag lautenden Urkunde ist nicht ohne weiteres der letztere als Wert des Streitgegenstandes anzusehen, vielmehr kommt es auf das Interesse desjenigen an, der die Herausgabe als Kläger oder als Widerkläger verlangt. Besteht lediglich Streit über ein Retentionsrecht, so bestimmt sich der Wert des Streitgegenstandes nach der retinierten Leistung, nicht nach derjenigen, wegen welcher retiniert wird. Vgl. OLG. **15** 46 (Hamburg) Anm. **z)** BayRpflZ. **07** 354 (München). Der Wert des Anspruchs auf Herausgabe eines Sparkassenbuchs fällt nicht mit dem Werte des Buches selbst zusammen, sondern bestimmt sich nach dem Interesse des Berechtigten am Besitze des Buches, um, durch dieses legitimiert, die Spareinlage abheben zu können. Bei einer Pfändung dieses Anspruchs ist das Interesse des Gläubigers mit diesem Werte identisch, wenn die pfandweise zu sichernde Forderung auf einen höheren Betrag geht. Ebenso SchlHolstAnz. **07** 157 (Kiel). **aa)** **RG.** JustdBl. **2** 12. Bureaubl. **07** 92. Bei einer Klage auf Abtretung einer Forderung und Herausgabe des Schuldtitels bestimmt sich der Streitwert nach dem Interesse des Beklagten daran, daß er im Besitze beider bleibt, also nach dem Betrage der Forderung, solange nicht dargetan ist, daß der wirkliche Wert der Forderung geringer ist. **bb)** OLG. **14** 115, R. **07** 894 Ziff. 2098 (Braunschweig). Der Streitwert einer Klage auf Herausgabe des zu einer zedierten Forderung gehörigen Hypothekenbriefs ist ebenso hoch zu schätzen, wie der Betrag der Forderung selbst, da nach §§ 1154, 1160 BGB. die Übergabe des Briefes ein wesentliches Erfordernis für den Übergang des Gläubigerrechts ist. **cc)** OLG. **15** 48, R. **07** 1202 Ziff. 2900 (Karlsruhe). Ist die Klage darauf gerichtet, daß ein amtsgerichtlicher Beschluß insoweit dem Kläger gegenüber für unwirksam erklärt werde, als er diesem jede Verfügung über einen Hypothekenbrief untersagt, so ist das Interesse des Klägers an der Beseitigung dieses Beschlusses für die Bestimmung des Streitwerts der Klage maßgebend. Dieses Interesse kommt dem realisierbaren Werte des Hypothekenbriefs gleich. **dd)** OLG. **15** 47, R. **07** 1202 Ziff. 2901 (KG.). Urkunden, die über ein Vermögen rechtsgültig verfügen, die auch, nachdem der Testator geschäftsunfähig geworden ist, weder aufgehoben noch abgeändert, und die ferner nicht, wie Hypothekenbriefe und andere Urkunden, wiederhergestellt werden können, stellen nicht bloß den Wert des Papiers und der Schreibarbeit dar.

4. Einzelne Fälle. **a)** **RG.** R. **07** 1202 Ziff. 2904. Wenn eine einstweilige Verfügung dahin erlassen ist, daß die Herstellung und der Vertrieb eines bestimmten Fabrikats verboten worden ist, so ist für die Schätzung des Interesses an ihrer Aufhebung nicht der Umstand erheblich, daß der Antragsgegner bestritten hat, daß sein Verfahren unter das Patent, auf das der Antragsteller sich bezieht, falle, entscheidend ist allein, daß dieses Verfahren unter das gegen den Antragsgegner erlassene Verbot fällt. **b)** OLG. **15** 49, R. **07** 1202 Ziff. 2905 (Hamburg). Bei der Klage auf Feststellung, daß über Schadensersatzansprüche des Beklagten

nicht durch ein Schiedsgericht, sondern durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden sei, muß zwecks Ermittelung des Streitwerts eine richterliche Schätzung eintreten. Mangels anderer bestimmter Anhaltspunkte kommt dafür das Interesse, das der Kläger mutmaßlich daran hat, daß seinem Antrage gemäß erkannt werde, in erster Linie in Betracht. c) OLG. **15** 45, R. **07** 1202 Ziff. 2899 (Karlsruhe). Ist Gegenstand des Streites das Eigentum an einem christlichen Friedhofe, so ist der Wert des den Friedhof bildenden Grund und Bodens unter Berücksichtigung des Umstandes, daß er auf absehbare Zeit hinaus nicht Gegenstand von Veräußerungsverträgen sein kann, als Streitwert nach freiem Ermessen festzusetzen. **d)** BadRpr. **07** 291 (Karlsruhe). Die Klage verlangt 120 000 M. Schadensersatz wegen eines Automobilunfalls, die Widerklage die Verurteilung des Klägers, in die Rückgabe der vom Beklagten zur Abwendung des Arrestvollzugs hinterlegten 50 000 M. zu willigen. Klage und Widerklage haben nicht den gleichen Streitgegenstand; der Streitwert ist 170 000 M. (vgl. **RG.** JW. **00** 11 Ziff. 3). e) OLG. **15** 51, R. **07** 1202 Ziff. 2896 (Karlsruhe). Die Kosten eines zur Beilegung eines Rechtsstreits geschlossenen gerichtlichen Vergleichs sind zwar nach dem Vergleichsobjekte zu berechnen, der Wert des letzteren kann aber niemals den Wert der Ansprüche, die den Gegenstand des Rechtsstreits gebildet haben, übersteigen. Sonstige durch den Vergleich betroffene Ansprüche haben daher bei Bestimmung des Wertobjekts außer Betracht zu bleiben.

5. Beschwerde. SchlHolstAnz. **07** 157 (Kiel). Die Beschwerde über die zu niedrige Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes steht nicht der Prozeßpartei zu, sondern allein dem Rechtsanwalte (§ 12 RAGebO.).

§ 4. 1. Allgemeines. **a) RG.** 13. 11. 07, R. **08** (Beibl. 2) 17 Ziff. 95. Der § 4 ZPO. bezieht sich nur auf den Fall, daß der Wert des unverändert gebliebenen Streitgegenstandes nach Zustellung der Klage sinkt oder steigt, dagegen nicht auf den Fall, daß der Streitgegenstand selbst Veränderungen erleidet (vgl. **RG. 15** 75, 407, **23** 361). **b)** R. **07** 770 Ziff. 1676 (Frankfurt). Bei Berufung gegen ein Urteil, durch das dem Grunde nach einem in der letzten mündlichen Verhandlung gestellten, von dem ursprünglichen Klagantrag abweichenden Antrag entsprochen worden ist, ist für die Berechnung des Streitwerts der Berufung der zuletzt gestellte Antrag maßgebend.

2. Einzelne Fragen. **a)** BadRpr. **07** 336 (Karlsruhe). Da für die Wertsberechnung der Zeitpunkt der Klagerhebung entscheidend ist, so ist bei einer Klage auf Unwirksamerklärung einer Fahrnispfändung die Taxe des Gerichtsvollziehers für den Wert des Streitgegenstandes auch dann maßgebend, wenn der spätere Versteigerungserlös hinter der Taxe erheblich zurückbleibt. **b)** R. **07** 130 Ziff. 188, OLG. **15** 47 (Braunschweig). Der Streitwert bei einer Klage auf Herausgabe einer Lebensversicherungspolice ist der Rückkaufspreis der Police zur Zeit der Klagerhebung. **c) RG.** 18. 9. 07, DJZ. **07** 1257, LeipzZ. **07** 827, R. **07** 1407 Ziff. 3539. Eine für den Fall, daß die Verbindlichkeit nicht zu der bestimmten Zeit erfüllt wird, versprochene Vertragsstrafe (§ 341 Abs. 1 BGB.) — z. B. für den Fall nicht rechtzeitiger Einzahlung der Stammeinlagen einer GmbH. — hat im Zweifel die Bedeutung eines vertragsmäßig geregelten Schadensersatzes. Sie gehört deshalb, wenn sie neben dem Hauptanspruche geltend gemacht wird, im Zweifel zu den als Nebenforderungen anzusehenden „Schäden" und bleibt bei der Wertberechnung außer Betracht. Ebenso NaumburgAK. **07** 88 (Naumburg). **d)** OLG. **15** 157, HansGZ. **07** Beibl. 274 (Hamburg). Im Falle des § 717 Abs. 2 ZPO. ist der Wert des Streitgegenstandes, wie auch unter der Geltung des § 655 alter ZPO., nur nach dem auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urteils bezahlten Kapitale zu berechnen; Zinsen und Kosten sind nicht mitzuberücksichtigen.

§ 5. a) **RG.** R. **07** 1073 Ziff. 2582. Bei eventuell gestellten Klag- oder Rechtsmittelanträgen wird der höhere Wert als maßgebend angenommen. **b)** PosMSchr.

07 111 (Posen). Eine Zusammenrechnung der in der Klage geltend gemachten Ansprüche findet nur statt, wenn die Klagenverbindung nach § 260 ZPO. zulässig ist. Dies ist sie nicht, wenn für einen der mehreren Ansprüche ein ausschließlicher Gerichtsstand, und zwar nicht beim Prozeßgerichte, begründet ist. **c)** ElsLothJZ. **07** 124 (Colmar). Der Streitwert für eine Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens deckt sich mit dem für eine Widerklage auf Ehescheidung. Beide Klagen betreffen denselben Gegenstand in dem Sinne, daß durch die Widerklage die Aufhebung der die Grundlage des klagend geltend gemachten Rechtes auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens bildenden Ehe und damit dieses Rechtes selbst angestrebt wird.

§ 6. 1. Besitz. **a)** OLG. **15** 47 (KG.). Die Klage auf Herausgabe zweier vom Kläger errichteter, im Besitze des Beklagten befindlicher Testamente ist, bei erheblichem Vermögen, mit 5000 M. richtig bewertet. **b)** NaumburgAK. **07** 16, JustdBl. **2** 154 (Naumburg). Beansprucht der Kläger, der beim Kaufe eines Grundstücks betrogen zu sein behauptet, Auflassung des Grundstücks an sich und Minderung des Kaufpreises, so ist der Wert des Grundstücks für die Streitwertsfestsetzung entscheidend.

2. Betrag der Forderung. Pfandrecht. **a)** R. **07** 702 Ziff. 1459 (Frankfurt). Bei einer Klage auf Befreiung von einer persönlichen Schuldverbindlichkeit gegenüber dem Hypothekengläubiger ist der Betrag der Schuld für den Wert des Streitgegenstandes maßgebend, und zwar ohne Rücksicht auf den Wert der Hypothek und die Möglichkeit, daß es dem Beklagten gelingt, durch eine geringere Aufwendung die Befreiung des Klägers von der Schuld zu bewirken; ebensowenig kommt die Vermögenslage des Klägers und die etwaige vollständige oder teilweise Unbeibringlichkeit der Forderung des Hypothekengläubigers in Betracht. **b)** **RG.** JW. **06** 769. Eine Klage, wodurch die Aufhebung einer Pfändung laufender und künftiger Mietzinsen begehrt wird, ist nach dem Betrage der beizutreibenden Forderung zu bewerten, vorausgesetzt, daß er geringer ist als der Gegenstand des Pfandrechts. **c)** NaumburgAK. **07** 8 (Naumburg). Bei einer Klage auf Unzulässigerklärung einer Pfändung ist das Interesse des Klägers an der Aufhebung für den Streitwert maßgebend.

§ 7. **a)** **RG.** R. **07** 1408 Ziff. 3540. Klagt der Käufer eines Grundstücks gegen den Verkäufer auf Beseitigung einer auf dem Grundstücke lastenden Dienstbarkeit, so ist für den Streitwert und demgemäß den Beschwerdegegenstand bei der Revision maßgebend, wie viel an Kosten aufzuwenden ist, um die durch die Grunddienstbarkeit bedingte Wertsminderung des klägerischen Grundstücks zu beheben. **b)** **RG.** R. **08** (Beil. 2) 17 Ziff. 96. Handelt es sich im Rechtsstreit um eine servitutähnliche nachbarrechtliche Eigentumsbeschränkung, so ist, wie auf die sog. Legalservituten auch sonst die Grundsätze über Grundgerechtigkeiten Anwendung finden (vgl. **RG.** **44** 315), auch bei der Bemessung des Streitwerts der § 7 ZPO. anzuwenden. **c)** **RG.** R. **07** 1203 Ziff. 2909. Bei einer Klage auf Duldung eines Überbaues kommt für die Wertbemessung neben § 7 auch § 6 in Betracht, insofern durch den Überbau die von ihm eingenommene Fläche dem Eigentümer völlig und dauernd entzogen wird.

§ 9. **RG.** R. **07** 254 Ziff. 477. Der Streitwert einer von der Ehefrau allein (unter Zustimmung des Mannes) erhobenen Klage auf Schadensersatz wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit, welche die Annahme einer Aufwärterin mit 275 M. jährlicher Kosten erfordert, kann nicht durch Kapitalisierung dieser Summe nach § 9 gefunden werden. Durch den Ausfall der Tätigkeit der Frau in der Leitung des Hauswesens ist nicht ihr, sondern ihrem Ehemann ein Vermögensschaden entstanden, der nicht Gegenstand der von ihr allein erhobenen Klage sein kann (§ 1356 BGB.). Ihr selbst kann nur mittelbar insofern ein Schaden erwachsen sein, als in-

folge der Aufwendungen für die Hilfsperson die Einkünfte des Ehemanns gemindert werden und dadurch möglicherweise der aus diesen für sie zu leistende Unterhalt (§ 1360 BGB.) sich schmälern könnte.

§ 10. SächsRpflA. **07** 305 (Dresden). Die Vorschrift findet keine Anwendung in den Fällen vereinbarter Zuständigkeit.

§ 11. **RG.** 16. 4. 07, JW. **07** 336, SchlHolstAnz. **07** 268, R. **07** 1203 Ziff. 2910. Hat sich ein Amtsgericht weil der Streitwert die amtsgerichtliche Zuständigkeit überschreite, für sachlich unzuständig erklärt, so ist diese Entscheidung für das später angerufene — örtlich zuständige — Landgericht bindend, auch wenn eine ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts — z. B. aus §§ 893 Abs. 2, 802 ZPO. — gegeben war (aA. OLG. Kiel, JDR. **5** § 11).

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

Vorbemerkung: Besonderes Interesse dürfen die Entscheidungen zu § 23 beanspruchen; die zu § 29 sind mehr kasuistischer Art.

§ 13. 1. Hertfeld, Die örtliche Zuständigkeit der Berliner Gerichte nach der neuen Gerichtsorganisation (Berlin 1906). Der Wohnsitz wird durch den Ort bestimmt, an welchem der zu Verklagende wohnt. Ort ist hier — wie in allen Fällen, in welchen das Gesetz die Zuständigkeit von einem Orte abhängig macht — die politische Gemeinde. Ist die politische Gemeinde in mehrere Gerichtsbezirke geteilt, so ist jedes der mehreren Gerichte zuständig ohne Rücksicht darauf, im Bezirke welches der mehreren Gerichte das Wohnhaus des zu verklagenden liegt (Referat nach BuschsZ. **37** 118 ff.). AA. Eccius, JDR. **5** § 13. Ferner ist noch zu verweisen auf Nußbaum, Die neue Berliner Gerichtsorganisation (Berlin 1906), Boltze, KGBl. **06** 72 ff., von Hülsen, AÖffR. **20** 519 ff., Schulz, DJZ. **06** 1203.

2. a) KGBl. **07** 71, R. **07** 836 Ziff. 1881 (KG.). Ist im Wechsel als Zahlungsort „Berlin" mit näherer Angabe der Straße und Hausnummer angegeben, so gilt als Gerichtsstand des Zahlungsorts für die Wechselklage nur dasjenige der drei Berliner Landgerichte, zu dessen Bezirke die angegebene Straße nach dem Gesetze betr. die Gerichtsorganisation für Berlin und Umgegend vom 16. September 1899 gehört. b) WürttJ. **19** 131 (Stuttgart). Wenn der Vormund sein voraussichtlich unheilbar geisteskrankes Mündel in einer Heilanstalt unterbringt in dem Bewußtsein, daß es voraussichtlich fortgesetzt dort verpflegt werden muß, und es dort jahrelang beläßt, so gibt er damit deutlich zu erkennen, daß er die Anstalt als den ständigen Wohnsitz des Mündels betrachtet und sie dazu bestimmt hat.

§ 16. KGBl. **07** 55, OLG. **15** 54 (KG.). Zur Begründung des Gerichtsstandes des § 16 ist von dem Kläger nachzuweisen, daß er auf den nach den Umständen des Falles von ihm vernünftigerweise einzuschlagenden Wegen einen im Deutschen Reiche belegenen Aufenthaltsort der Beklagten zu ermitteln außerstande gewesen sei, und daß er daher von einem solchen Wohnsitz oder Aufenthaltsorte keine Kenntnis habe; dagegen ist nicht der Nachweis erforderlich, daß die Beklagte bei Zustellung der Klage in Wirklichkeit keinen Wohnsitz gehabt habe.

§ 17. R. **07** 575 Ziff. 1171 (Frankfurt). Ein statutarisch bestimmter Sitz und Gerichtsstand einer Gesellschaft schließt die Maßgeblichkeit des Verwaltungsorts aus.

§ 18. Über Fragen der örtlichen Zuständigkeit bei bayerischen Verkehrsprozessen vgl. Neumüller, BayRpflZ. **07** 409.

§ 21. 1. *Heymann, Die Zweigniederlassung im deutschen Handelsrechte (Leipzig 1907). Zu den „Niederlassungen" gehören sowohl die Handelsniederlassungen, wie auch die Nebenetablissements (vgl. § 29 HGB.); denn das Gesetz verlangt lediglich, daß „Geschäfte" (also nicht alle!) als von der Niederlassung aus abgeschlossen müssen angesehen werden können. Dies trifft auch für Nebenetablissements zu (90). —

Es gehören hierher solche Geschäfte, die entweder mit dem Vermögensteile, den diese Niederlassung darstellt, oder für diesen Vermögensteil gemacht sind, wie auch solche Tatbestände, die sich als Folge des Niederlassungsbetriebs darstellen (Klage eines Arbeiters aus Betriebsunfall). „Geschäftsbetrieb der Niederlassung" bedeutet: der Handel, der mit dem betreffenden Teile des Gesamtgeschäftsvermögens (d. h. der Niederlassung) getrieben wird. Was hierauf Bezug hat, fällt unter § 21 ZPO. (91).

2. GewuKfmG. **12** 107 (LG. Leipzig). Wenn zwar für den Ort der Handelsniederlassung des Arbeitgebers, nicht aber für den Ort des Gewerbebetriebs (Steinbruch) ein Gewerbegericht besteht, so ist das ordentliche Gericht zuständig.

§ 22. 1. WürttJ. **19** 9 (Stuttgart). Obgleich der § 22 ZPO. so ausgelegt wird, daß er auch gegenüber ausgeschiedenen Gesellschaftsmitgliedern anwendbar sei, kann doch nicht angenommen werden, daß eine Vertragsbestimmung, wonach Streitigkeiten aus einem Gesellschaftsvertrage zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern durch ein Schiedsgericht zu entscheiden sind, auch gegenüber ausgeschiedenen Gesellschaftern gelte.

2. R. **07** 1202 Ziff. 3114 (Frankfurt). Die Vorschrift des § 22 ZPO. ist auf Gewerkschaften alten und neuen Rechtes anwendbar und zwar auch für Klagen gegen die Rechtsnachfolger von Vereinsmitgliedern.

§ 23. 1. OLG. **15** 54, HansGZ. **07** Beibl. 279, R. **07** 1262 Ziff. 3115 (Hamburg). Im Sinne dieser Bestimmung bilden die deutschen Schutzgebiete, also auch Südwestafrika, nicht einen Teil des Deutschen Reichs, sondern sie stehen nur unter Schutzgewalt des Deutschen Reichs. Ein in Südwestafrika wohnender Deutscher, der in Hamburg Vermögen hat, muß sich also gefallen lassen, daß er auf Grund § 23 ZPO. in Hamburg verklagt wird. — Einen irgendwie erheblichen Wert brauchen die Vermögensstücke nicht zu besitzen.

2. HansGZ. **07** Beibl. 123 (Hamburg). Der Gerichtsstand des Vermögens wird auch durch nicht pfändbare Vermögensgegenstände begründet.

3. SächsRpflA. **07** 473 (Dresden). Der Gerichtsstand des § 23 ZPO. hat lediglich örtlichen Charakter. Befindet sich das Vermögen im Bezirk einer bei einem Amtsgericht errichteten Kammer für Handelssachen, so kann trotzdem vor der Kammer für Handelssachen bei dem Landgerichte, welches jenem Amtsgericht übergeordnet ist, geklagt werden.

4. **RG.** LeipzZ. **07** 657. Die Forderungen gegen einen im Auslande wohnenden Schuldner gelten nach § 23 ZPO. als im Auslande befindliches Vermögen, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner im In- oder im Auslande zu erfüllen hat. Der Erfüllungsort kommt nach § 23 Satz 2 nur für die Frage in Betracht, wo die das Vermögen darstellende Forderung als befindlich gilt.

5. FrankfRundsch. **41** 155 (Frankfurt). Der Gerichtsstand nach § 23 ZPO. ist gegeben, wenn der Käufer (Kläger) die Ware, über die er zunächst mittels Ladescheins verfügt hatte, dem ausländischen Verkäufer (Beklagten) später zur Verfügung gestellt und dieser geantwortet hat, er wolle die Ware zurücknehmen; der Zusatz, er wolle die Ware umarbeiten lassen, schränkt die Annahme der Zurverfügungstellung selbst nicht ein.

§ 24. 1. OLG. **15** 55, HansGZ. **07** Beibl. 281, R. **07** 834 Ziff. 1861 (Hamburg). Für den Anspruch auf Löschung oder Umschreibung einer Hypothek ist der ausschließliche Gerichtsstand des § 24 auch dann gegeben, wenn streitig ist, ob der Schuldbetrag, auf Grund dessen die Hypothek eingetragen ist, in voller Höhe nicht zu Recht besteht. Dasselbe gilt, wenn auf Grund eines Urteils eine Hypothek eingetragen worden ist und der Grundstückseigentümer auf Beseitigung der Hypothek klagt, weil jenes Urteil, z. B. auf Grund eines späteren Vergleichs, nicht habe vollstreckt werden dürfen; das Vollstreckungsgericht ist hier nicht zuständig.

2. R. **07** 575 Ziff. 1172 (Frankfurt). Der ausschließliche Gerichtsstand des § 24 ZPO. ist, gleichviel, ob der Anspruch auf Löschung der Hypothek sich als ein dinglicher, oder als ein persönlicher darstellt, immer dann gegeben, wenn mit dem Löschungsantrage die Freiheit des Grundstücks von der dinglichen Belastung geltend gemacht wird.

3. BayRpflZ. **07** 135 (Augsburg). Zur Entscheidung eines Rechtsstreits, den der Nießbraucher eines in A. gelegenen Grundstücks gegen den in B. wohnenden Eigentümer auf Gestattung notwendiger Telephonanschlußarbeiten anstrengt, ist nach §§ 24, 26 ZPO. das Landgericht in A. zuständig.

4. OLG. **15** 255 (Celle). Der dingliche Gerichtsstand ist für die Klage aus § 1144 BGB. gegeben.

5. PosMSchr. **07** 168 (Königsberg). Eine Maschine, die Zubehör eines Grundstücks ist, bleibt trotzdem eine bewegliche Sache. Der Anspruch auf Herausgabe der Maschine kann also nicht im Gerichtsstande des § 24 ZPO. verfolgt werden.

§ 27. 1. OLG. **15** 57, SeuffBl. **07** 599, BayRpflZ. **07** 299 (BayObLG.). Für eine Klage mehrerer Erben, die den Anspruch auf Herausgabe der von anderen Erben ihnen vorenthaltenen und von diesen unter sich verteilten Erbteile verfolgt, ist der Gerichtsstand der Erbschaft begründet.

2. OLG. **15** 58, R. **07** 62 Ziff. 54 (Stuttgart). Eine Klage auf Feststellung, daß eine bestimmte Forderung ein Aktivum des Nachlasses bilde, gehört nicht zu den im § 27 ZPO. hervorgehobenen „Klagen, welche die Teilung der Erbschaft zum Gegenstande haben", auch dann nicht, wenn sie von Miterben gegen Miterben erhoben wird.

§ 28. SeuffBl. **07** 80, OLG. **15** 58, R. **07** 62 Ziff. 55 (Stuttgart). Im Gerichtsstande der Erbschaft können negative Feststellungsklagen wegen „anderer Nachlaßverbindlichkeiten" nicht erhoben werden. AA. Gaupp-Stein, ZPO. § 28 I.

§ 29. 1. *F. Leonhard, Erfüllungsort und Schuldort (Berlin 1907). Das Gesetz meint hier nicht den Ort der wirklichen Erfüllung, sondern den Schuldort (vgl. o. Ziff. 1 zu § 269 BGB.). Auf demselben Gedanken beruhen auch die §§ 21, 22, 27, 30 bis 32 ZPO. (170 ff.). — Unter der „streitigen" Verpflichtung ist die am unmittelbarsten streitige Verpflichtung zu verstehen.

2. Grenzen der Anwendbarkeit des § 29. a) OLG. **15** 62, R. **07** 1203 Ziff. 2916 (Cassel). Widerspricht die Vereinbarung eines Ortes „als Erfüllungsort und Gerichtsstand" hinsichtlich des ersteren dem Vertragsinhalte, so kommt sie nur insoweit in Betracht, als sie eine Vereinbarung des Gerichtsstandes enthält; diese schließt aber den nach § 29 anderwärts gesetzlich begründeten Gerichtsstand des Erfüllungsorts nur dann aus, wenn sie auf die Begründung eines ausschließlichen Gerichtsstandes gerichtet ist. b) KGBl. **07** 33 (LG. Berlin). Die Vereinbarung „Erfüllungsort X." ist auch dann gültig, wenn keine der Parteien ihren Sitz in X. hat. AA. Pfitzner, SächsRpflA. **07** 189.

3. Streitige Verpflichtung (s. auch o. Ziff. 3 u. 4 zu § 269 BGB.). a) HessRspr. 8 62 (Darmstadt). Klagt der Besteller gegen den Unternehmer auf Grund eines Werkvertrags auf Beseitigung des Werkes und ferner auf Schadensersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung, so ist für die Bestimmung der streitigen Verpflichtung im Sinne von § 29 nicht die Schadensverpflichtung selbst, sondern die Vertragspflicht, wegen deren Verletzung der Ersatz des Schadens verlangt wird, maßgebend; dies ist aber die Verpflichtung zur Lieferung des Werkes. Daß das Werk im Wohnorte des Bestellers zu errichten war, schließt nicht aus, daß der Wohnort des Unternehmers als Erfüllungsort zu gelten hat, wenn die Parteien dies vereinbart hatten. b) Vgl. JDR. **4** § 29 Ziff. 3.

4. Erfüllungsort. a) **RG.** 26. 2. 07, s. o. § 269 BGB. Ziff. 4 f. b) PucheltsZ. **07** 284 (Cöln). Die Klausel loco C. heißt nur, daß die Preise der

Waren ab C. kalkuliert, daß also die Kosten ihrer Übersendung nach einem anderen Orte nicht darin inbegriffen seien. Über den Erfüllungsort für die Zahlung des Kaufpreises bestimmt die Klausel nichts. c) Über den Erfüllungsort für die Rückzahlungsverpflichtung des Darlehnsschuldners vgl. o. Ziff. 4b zu § 269 BGB. d) BayRpflZ. **07** 177 (BayObLG.). Durch den Wechsel des Wohnorts des Schuldners wird nicht der ursprüngliche gesetzliche Leistungsort mit seinen sonstigen Wirkungen aufgehoben, und es wird dadurch auch der Gerichtsstand des Vertrags im Sinne des § 29 nicht verschoben. e) OLG. **15** 60 (Cassel). Der gesetzliche Erfüllungsort für die Zahlung des Kaufpreises wird nicht dadurch geändert, daß der Käufer Leiter eines Unternehmens an einem dritten Orte ist und daß dorthin geliefert worden ist. f) OLG. **15** 59 (Hamburg). Verlegt eine oHG. ihr Kontor und Lager nach einer benachbarten Ortschaft, so erleidet der Erfüllungsort keine Änderung, wenn sie sich nach außen, insbesondere ihren Kunden gegenüber, genau so verhält, als wäre die Verlegung nicht eingetreten. g) Hess. Rspr. **8** 59 (Darmstadt). Ist ein Reisender mit einem fixen Monatsgehalt, jedoch mit der Vereinbarung engagiert, daß das Gehalt nachträglich um soviel gekürzt werde und er es insoweit erstatten müsse, als er mehr erhalten habe als 15 pCt. des erzielten Umsatzes, und klagt die Firma auf Rückerstattung, so kann dieser Anspruch nicht auf ungerechtfertigte Bereicherung des Reisenden, sondern nur auf den Dienstvertrag gestützt werden. Hiernach ist der Erfüllungsort der Ort der Niederlassung des Prinzipals; § 29 ist anwendbar. h) OLG. **15** 61 (Braunschweig) s. o. § 269 BGB. Ziff. 4k. i) SächsRpflA. **07** 388 (Dresden). Hat der Verkäufer mit dem Käufer vereinbart, daß er bis zur vollständigen Bezahlung Eigentümer der Waren bleiben und Erfüllungsort für alle aus dem Kaufvertrag entspringenden Rechte und Pflichten X. sein solle, so kann er gegen den Verwalter des über des Käufers Vermögen eröffneten Konkurses in X. auf Herausgabe der Waren wegen Zahlungsverzugs des Käufers klagen.

5. Stillschweigende Vereinbarung des Erfüllungsorts. a) DJZ. **07** 831, R. **07** 1131 Ziff. 2691 (Dresden). In der stillschweigenden Annahme eines Bestätigungsschreibens, unter dessen aufgedruckten Lieferungsbedingungen der Vermerk „Erfüllungsort Dresden“ sich befindet, liegt zwar eine Billigung der Lieferungsbedingungen, nicht aber eine Vereinbarung über den Erfüllungsort (vgl. dagegen JDR. **5** § 29 Ziff. 4a). b) OLG. Braunschweig vgl. o. § 269 BGB. Ziff. 4l u. KG., JDR. **5** § 29 Ziff. 4a). c) R. **07** 575 Ziff. 1173 (KG.). Durch den Vermerk „Erfüllungsort Berlin“ in einer zugesandten Preisliste wird der Gerichtsstandsort nicht begründet, wenn nicht auf Grund dieser Preisliste ein Geschäftsverkehr unter den Parteien zustande kam. Eine Bezugnahme auf die Liste bei späteren Geschäften schafft keinen vertraglichen Erfüllungsort. d) Wegen des Vermerks eines Erfüllungsorts auf der Rechnung vgl. JDR. **5** § 29 Ziff. 4b und unten zu § 38 Ziff. 3e.

§ 30. Heubner, DJZ. **07** 1200 und HoldheimsMSchr. **07** 158, bejaht, gegen v. Schicker, GewO. (4) und Schenkel, GewO. (2), den Marktcharakter der Leipziger „Vormesse“.

§ 31. R. **07** 1408 Ziff. 3541 (BayObLG.). Der § 31 ZPO. setzt eine im wesentlichen selbständige, die Pflicht zur Rechnungsstellung begründende Verwaltung eines Vermögens oder Vermögenteils voraus und umfaßt auch jede Art von selbständiger Nachlaßverwaltung.

§ 32. 1. R. **08** (Beibl. 2) 17 Ziff. 97 (Hamburg). Wenn es auch richtig ist, daß die durch Versendung von Schriften vor sich gehende Mitteilung des Inhalts derselben an andere sowohl begangen wird am Orte der Absendung, wie an dem Orte, wo nach dem Willen des Mitteilenden der Empfänger die Sendung entgegennimmt und liest, so kann doch eine einzelne Sendung die örtliche Zuständigkeit des Gerichts nur begründen, falls gerade auch in diesem einen Falle die Versendung ganz oder

zum Teil den Tatbestand der unerlaubten Handlung ausmacht. Hat in einem solchen Falle der Kläger die Beklagte zu der Sendung veranlaßt, um eine Grundlage für die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte zu gewinnen, so steht der Klage, auch bezüglich der behaupteten Zuständigkeit, die Einrede der Arglist entgegen.

2. PosMSchr. **07** 168 (Königsberg). Es ist Voraussetzung für die Anwendung des § 32 ZPO., daß eine subjektiv schuldhafte Handlung vorliegt; eine nur objektive Rechtsverletzung genügt nicht.

3. Die wichtige Entscheidung IDR. **5** § 32 Ziff. 2 (wissentliche Patentverletzung) ist auch OLG. **15** 63 abgedruckt.

§ 33. 1. **RG.** SeuffBl. **07** 64. Die Unzulässigkeit der Widerklage nach § 33 ZPO. ist nach der neueren Rechtsprechung des RG. nicht von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 386 u. IDR. **5** § 33 Ziff. 1).

2. **RG.** R. **07** 1073 Ziff. 2584. Vor einem Sondergerichte (z. B. Geheimer Justizrat) ist eine Widerklage unzulässig, sofern der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch nicht gleichfalls zur Zuständigkeit dieses Sondergerichts gehört.

3. R. **07** 575 Ziff. 1174 (Hamburg). Die Zuständigkeit des Gerichts, bei dem eine Klage anhängig ist, für eine mit ihr im Zusammenhange stehende Widerklage wird dadurch nicht berührt, daß die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen wird. Die Widerklage bleibt gleichwohl anhängig.

4. R. **07** 1469 Ziff. 3676 (Stuttgart). § 33 ZPO. bezieht sich nicht nur auf den Gerichtsstand, sondern auch auf die Zulässigkeit der Widerklage.

5. **RG.** R. **07** 1539 Ziff. 3835. Die nur eventuell erhobene Widerklage ist zulässig, wenn zugleich eine unbedingte prinzipale Widerklage erhoben ist und die Eventualanträge von dem Schicksale dieser prinzipalen Widerklage, nicht von demjenigen der Hauptklage abhängig gemacht sind. Voraussetzung ist allerdings, daß wie zwischen der Klage und der prinzipalen Widerklage, so auch zwischen dieser und der eventuellen Widerklage ein rechtlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher ist gegeben, wenn die Klage auf einen Erbvertrag, die prinzipale Widerklage auf die gesetzliche Erbfolge und der eventuelle Widerklagantrag auf das Pflichtteilsrecht gegründet wird. Denn bei allen diesen Anträgen ist die gemeinsame tatsächliche und rechtliche Grundlage das erbrechtliche Verhältnis der Beteiligten zu einem bestimmten Erblasser.

6. R. **07** 1073 Ziff. 2583 (Colmar). Eine nur in einem vorbereitenden Schriftsatz enthaltene, nicht in der mündlichen Verhandlung erhobene (§ 281 ZPO.) Widerklage ist nicht Gegenstand des Rechtsstreits geworden.

7. MecklZ. **25** 232 (Rostock). Die einmal unabänderlich für die Vorklage begründete Rechtshängigkeit zieht auch in Ehesachen die Unabänderlichkeit der Zuständigkeit für die Widerklage nach sich.

8. Über einen Fall rechtlichen Zusammenhanges bei einer Klage aus §§ 1, 6 UnlWG. vgl. **RG.** JW. **07** 317.

§ 36. Ziff. 3. 1. **RG.** BayRpflZ. **07** 434. Nach ständiger Praxis des RG. ist nicht dieses, sondern das BayObLG. zur Bestimmung des zuständigen Gerichts berufen, wenn die mehreren Beklagten ohne Ausnahme ihren allgemeinen Gerichtsstand in Bayern haben, auch in den Fällen, wo über die Revision das RG. zu entscheiden haben würde (aA. die Kommentare von Gaupp-Stein und Seuffert).

2. OLG. **15** 65 (KG.). Ist der Rechtsstreit bereits gegen einzelne Streitgenossen bei einem Gericht anhängig, so ist für die Bestimmung eines Gerichts durch das zunächst höhere Gericht gegenüber diesen Streitgenossen kein Raum.

3. BayObLG. **8** 226 (BayObLG.). Die Voraussetzungen für die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36 Ziff. 3 ZPO. liegen nicht vor, wenn es sich um eine Klage gegen mehrere Erbschaftsbesitzer auf Herausgabe des Nachlasses handelt.

4. BayRpflZ. **07** 177 (BayObLG.). Ist das zuständige Gericht einmal bestimmt worden, so ist ein Wechsel des Wohnsitzes des Schuldners ohne Einfluß.

5. OLG. **15** 9 (KG.). § 36 Ziff. 3 ist in der Vollstreckungsinstanz nicht anwendbar.

6. OLG. **15** 66, R. **07** 1204 Ziff. 2925 (Dresden). Eine Prüfung und Entscheidung über die Frage, ob die Voraussetzungen des § 36 Ziff. 3 gegeben gewesen seien, steht dem bestimmten Gerichte nicht zu; das im Instanzenzuge höhere Gericht hat hinsichtlich der Zuständigkeit das letzte Wort zu sprechen. Lediglich dann, wenn tatsächlich eine Klage anderen Charakters, als für die das Gericht als zuständig bestimmt wurde, erhoben wäre, würde dieses trotz des Beschlusses zu einer Abweisung wegen örtlicher Unzuständigkeit gelangen können.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

Vorbemerkung: Nach wie vor steht die Frage, ob ein ausschließlicher Erfüllungsort vereinbart werden kann, im Vordergrund. OLG. Cassel steht mit seiner vom RG. abweichenden Meinung allein.

§ 38. 1. Allgemeines. a) Bendix, Prozeßhäufung durch Vereinbarung des Gerichtsstandes und Änderungsvorschläge, KGBl. **07** 108, schlägt vor, entweder dem § 38 folgenden Zusatz zu geben: Die Vorschriften der §§ 12 ff. ZPO. werden nicht berührt, wenn die Partei, mit welcher die Vereinbarung getroffen ist, zugleich mit anderen Personen verklagt werden soll, für welche die Vorschriften der §§ 12 ff. ZPO. gelten, oder dem § 36 ZPO. folgende neue Nummer zuzufügen: Wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten teils ihren allgemeinen Gerichtsstand, teils einen vereinbarten Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im Gerichtsstand eines von ihnen verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist. b) Grunwald, Vereinbarungen über den Gerichtsstand, DJZ. **07** 1143. Mit der Zession einer Forderung geht im Zweifel die durch prozeßrechtlichen Vertrag begründete Befugnis des Zedenten, in dem vereinbarten Gerichtsstande zu klagen, auf den neuen Gläubiger über; wenn aber nach Parteiabsicht ausnahmsweise die Befugnis als persönliche anzusehen ist, dann kann sie auch nicht durch besondere Abtretung auf den neuen Gläubiger übertragen werden, sondern muß bei der Zession erlöschen. c) Pfitzner, SächsRpflA. **07** 189. Die Vereinbarung eines unmöglichen Erfüllungsorts begründet keine Prorogation. d) *Walsmann, AZivPr. **102** 207. Der Prorogationsvertrag ist ein prozeßrechtlicher Vertrag. Er kann wegen Irrtums angefochten werden. e) SächsOVG. **10** 9. Da die in dem sächs. Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege enthaltenen Vorschriften über die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zwingender Natur sind, so ist, soweit sie einschlagen, eine Vereinbarung des Gerichtsstandes ausgeschlossen.

2. Ausschließlicher Gerichtsstand (vgl. JDR. **5** Ziff. 1). a) PosMSchr. **07** 111 (Posen). Die Vereinbarung eines ausschließlichen Gerichtsstandes ist zulässig (ebenso **RG.** SeuffA. **49** 451). b) SächsRpflA. **07** 303 (Dresden). Es besteht weder eine Vermutung noch eine gesetzliche Auslegungsregel dafür, ob anzunehmen ist, daß die Parteien, die die Zuständigkeit eines Amtsgerichts vereinbart haben, damit einen ausschließlichen Gerichtsstand haben vereinbaren wollen. Ebenso OLG. **15** 66 (Hamburg), FrankfRundsch. **40** 138 (Frankfurt). c) Die wichtige Entscheidung OLG. **13** 81 (Cassel), wonach die Begründung eines ausschließlichen Gerichtsstandes durch Vereinbarung ausgeschlossen sein soll, ist auch in BuschsZ. **36** 339 abgedruckt.

3. a) Über die Vereinbarung eines Gerichtsstandes durch Erklärungen auf dem Wechsel vgl. BuschsZ. **36** 339, DJZ. **07** 248 (Cassel) und BlGenWes. **07** 440. b) R. **07** 62 Ziff. 57 (Hamm). Eine Vereinbarung der Parteien im erstinstanzlichen Pro-

zesse, welche sich als eine Umgehung des Verbots der Vereinbarung auf das Gericht zweiter Instanz darstellt, ist gemäß § 134 BGB. nichtig. **c) RG.** HoldheimsMSchr. **07** 44. Eine Vertragsbestimmung, daß über Streitigkeiten einer Konvention von Fabrikanten mit ihren Mitgliedern, vorbehaltlich des Rechtswegs, ein Vertrauensmann der Konvention entscheiden soll, widerspricht den guten Sitten nicht und ist zulässig. **d)** LeipzZ. **07** 676 (Hamburg). Die Klausel „Arbitrage in Hamburg" begründet nicht die Zuständigkeit der Hamburger Gerichte. **e) RG.** R. **07** 1262 Ziff. 3116. Die unbeanstandete Entgegennahme der mit dem Vermerke: „zahlbar und klagbar in Sniatyn" versehenen Faktura durch die Beklagte begründete zwar nach österreichischem Prozeßgesetze, nämlich nach § 88 Jurisdiktionsnorm vom 1. August 1895, die Zuständigkeit des Gerichts über Sniatyn, nicht aber nach dem deutschen Rechte. Im Bereiche dieses Rechtes ist durch ständige Rechtsprechung festgestellt, daß selbst bei fortgesetzten Warenbestellungen und Warenlieferungen der auf den Fakturen befindliche Vermerk über einen anderen Erfüllungsort als denjenigen des Käufers hinsichtlich der gegen den Käufer zu richtenden Klage auch dann nicht eine Vereinbarung des Gerichtsstandes begründet, wenn der Käufer sich diesem Vermerke gegenüber schweigend verhalten hat. Dem nach Abschluß des Geschäfts einseitig erklärten Vermerk ist jede rechtliche Bedeutung abzusprechen. Dasselbe muß gelten, wenn in dem Vermerke nicht nur der Erfüllungsort, sondern, wie hier, daneben noch das anzurufende Gericht einseitig bestimmt ist.

§ 39. ElsLothJZ. **07** 263 (Colmar). In dem bloßen Antrag auf Aktenbeiziehung, deren Anordnung nur als prozeßleitende Verfügung zum Zwecke der Vorbereitung des Prozesses, nicht als Beweisbeschluß anzusehen ist, kann eine Verhandlung zur Hauptsache nicht erblickt und deshalb aus diesem Antrag allein auch nicht die Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung über den Gerichtsstand nach § 39 ZPO. abgeleitet werden

§ 40. 1. PucheltsZ. **07** 204 (Düsseldorf). Das Wort „Zuständigkeit" wird in der ZPO. sowohl für sachliche als für örtliche Zuständigkeit gebraucht. Die Worte: „ausschließlicher Gerichtsstand" im § 40 Abs. 2 ZPO. beziehen sich aber nur auf die örtliche Zuständigkeit (aM. Gaupp-Stein Anm. II 2 b zu § 40 ZPO.).

2. OLG. **15** 256, R. **07** 1420 (Celle). Ein öffentliches Interesse an der ausschließlichen Zuständigkeit des Elbzollgerichts für den fraglichen Streit (Zahlung eines Hilflohns auf Grund des BinnenSchG.) kann nicht angenommen werden. Ebensowenig besteht ein öffentliches Interesse an seiner schnellen Erledigung. Die Erleichterung, welche durch die Einrichtung der Elbzollgerichte geschaffen wird, ist, soweit privatrechtliche Streitigkeiten der hier vorliegenden Art in Betracht kommen, lediglich im Interesse der Parteien geschaffen. Von ihr Gebrauch zu machen, ist für die Parteien ein Recht, keine Pflicht.

3. BadRpr. **07** 276 (AG. Lahr). Die Prüfung des Gerichts erstreckt sich nicht auf eine zwar erfolgte, aber im Prozesse nicht vorgetragene Prorogation.

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen.

§ 41. Ziff. 4. PosMSchr. **07** 56 (Marienwerder). Die Bestimmung des § 41 Ziff. 4 ZPO. schließt den Richter nur aus, wenn er in derselben Prozeßsache, in der er nunmehr bei der Entscheidung mitwirken soll, als Prozeßbevollmächtigter einer Partei aufgetreten ist. Die Vertretung einer Partei in einer anderen, wenn auch denselben Streitgegenstand betreffenden Sache hindert nicht den Richter kraft Gesetzes an der Ausübung des Richteramts, sondern kann höchstens als Ablehnungsgrund geltend gemacht werden.

§ 42. 1. OLG. **15** 68, HansGZ. **07** Beibl. 95, R. **07** 1204 Ziff. 2928 (Hamburg). § 42 Abs. 2 erfordert einen Grund, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen; es kommt darauf an, ob die Partei aus

vernünftigen Gründen die Besorgnis hegen darf, sie könne bei dem abgelehnten Richter auf eine unbefangene Beurteilung nicht mit Sicherheit rechnen (vgl. JDR. **5** § 42 a, b).

2. OLG. **15** 69, R. **07** 1204 Ziff. 2927 (Karlsruhe). Die Ablehnung eines Beisitzers (eines Gewerbegerichts) ist unzulässig, nachdem die Partei in Kenntnis des Ablehnungsgrundes sich auf die Verhandlung eingelassen hat.

3. OLG. **15** 68 (Breslau). Ein persönliches Ablehnungsrecht des Prozeßbevollmächtigten (Prozeßagenten) existiert nicht.

§ 44. HansGZ. **07** Beibl. 93 (Hamburg). Die dienstliche Äußerung des abgelehnten Richters hat keinen Anspruch auf Geheimhaltung gegenüber der ablehnenden Partei. Die Äußerung gehört zu den Prozeßakten im Sinne des § 299 ZPO.

§ 46. RG. BayRpflZ. **07** 296. Eine nach § 46 ZPO. eingelegte Beschwerde gegen den die Ablehnung zweier Beisitzer wegen Befangenheit zurückweisenden Beschluß hat keinerlei aufschiebende Wirkung. Wenn daher nach Erlaß des angefochtenen Beschlusses unter Mitwirkung der abgelehnten Beisitzer Urteil zur Hauptsache ergeht, so wird dadurch die gegen den Beschluß eingelegte Beschwerde unbegründet, weil sie durch das inzwischen ergangene Urteil gegenstandslos geworden ist. Auch wenn der angefochtene Beschluß sachlich nicht zu billigen wäre, könnte darauf weder die Revision noch die Nichtigkeitsklage gestützt werden.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Parteifähigkeit. Prozeßfähigkeit.

Vorbemerkung: Das größte Interesse dürfen die Entscheidungen über die nachträgliche Genehmigung bei mangelnder gesetzlicher Vertretung beanspruchen (§ 51 Ziff. 4) Der Entscheidung des **RG.** JW. **07** 515 ist die genaueste Befolgung in der Praxis dringend zu wünschen.

Vor § 50. *Wiedemann, Ideale Vereine 525/26. Die Parteifähigkeit ist ein Zweckmäßigkeitsgebilde des Prozesses, welches im materiellen Rechte keine Parallele hat. Die zivilistische Rechtsfähigkeit ist nicht Voraussetzung der Parteifähigkeit, vielmehr sind die Träger der Parteifähigkeit auf ihre materielle Struktur betrachtet, verschiedenartig. So auch Schultze, GrünhutsZ. **28** 513/68; aA. die herrschende Lehre. — Die zivilistische Rechtsfähigkeit hat für die Parteifähigkeit nur insofern Bedeutung, als der Gesetzgeber überall da, wo ein Verein Rechtsfähigkeit besitzt, auch das Bedürfnis nach Parteifähigkeit dieses Vereins für erwiesen erachtet, und deshalb jedem rechtsfähigen Verein auch Parteifähigkeit zuerkennt (532). — Weil die Parteifähigkeit ein rein prozessualer Begriff ist, bleiben sich die formellen Prozeßfolgen bei den rechtsfähigen und den nicht rechtsfähigen Vereinen — soweit auch den letzteren Parteifähigkeit zukommt — gleich; nur die materiellen Prozeßfolgen wechseln gemäß der verschiedenen materiellen Struktur ihres Trägers (535). — Beim nicht rechtsfähigen Vereine, welcher eine Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand ist, bei der die einzelnen Mitglieder die Bruchteile bilden, sind die Mitgliedergesamtheit und die Prozeßpartei materiell identisch. Die materiellen Prozeßwirkungen gegen den nicht rechtsfähigen Verein als Partei müssen auf die Mitgliedergesamtheit umgestellt werden; so auch Gierke 44. Einzelfolgen hiervon 538. Von einer gegenteiligen, im einzelnen Falle getroffenen Vereinbarung abgesehen (vgl. o. Ziff. 2c zu § 54 BGB.) hat der Gläubiger, der aus einer Vereinsschuld klagt, die Wahl, entweder den Verein gemäß den §§ 50 Abs. 2 und 735 ZPO. ins Recht zu fassen, oder die sämtlichen gegenwärtigen Mitglieder gemäß den §§ 62 und 736 ZPO. zu verklagen und in das Vereinsvermögen als Gesellschaftsvermögen zu vollstrecken. Klagt er aus einer Nichtvereinsschuld, dann kann er nur gemäß den §§ 50 Abs. 2 und 735 ZPO. vorgehen (538). — Belangt der Gläubiger sowohl den nicht rechts-

fähigen Verein, wie sämtliche Mitglieder, dann kann ihm die Einrede der Litispendenz und der res judicata entgegengehalten werden. Dagegen fehlt die Identität der Partei, wo der Gläubiger den nicht rechtsfähigen Verein wegen einer von seinem Vorstand eingegangenen Vereinsschuld und ein einzelnes Mitglied für den gleichen Anspruch belangt. Dieses einzelne Mitglied hat weder die Einrede der Litispendenz, noch diejenige der res judicata (541/42). — Dem Vorstande des nicht rechtsfähigen Vereins kommt im Rechtsstreite ganz die gleiche Stellung zu, wie dem Vorstande des rechtsfähigen Vereins, insbes. schiebt er Parteieide hin und zurück und leistet den Eid ab. Über den Begriff des Rechtsstreits vgl. § 60 BGB. Nr. 2 (535). — § 50 gilt auch für die außerdeutschen Vereine, denn die Parteifähigkeit bestimmt sich nach der lex fori (609). Die Prozeßfähigkeit dagegen bestimmt sich als Handlungsfähigkeit für den Prozeß nach dem Personalstatute. So im Prinzip auch § 55 ZPO. und die herrschende Meinung (609). AA. Zitelmann, Internationales Privatrecht (Leipzig 1898) II 1, 73, 126.

§ 50. 1. PosMSchr. **07** 92 (Königsberg). Die städtischen Sparkassen sind lediglich abgesonderte Fonds der Kommune, nicht Träger eigenen Vermögens. Wenn auch in der Praxis meist Klagen von und gegen Sparkassen zugelassen werden, so geschieht dies, weil die Klage als von der Gemeinde oder gegen sie erhoben angesehen werden muß und die ungenaue Parteibezeichnung nicht zur Klagabweisuug führen soll. Ähnlich PucheltsZ. **07** 719 (Cöln).

2. NaumburgAK. **07** 10 (LG. Magdeburg). Auch eine Innungskrankenkasse — nicht nur die Innung selbst — ist parteifähig, da sie trotz ihrer Unselbständigkeit einen besonderen Kassenvorstand hat, der nach § 35 KrankVG. die Kasse gerichtlich und außergerichtlich vertritt.

3. OLG. **15** 70, R. **07** 1204 Ziff. 2930 (KG.). Die Parteifähigkeit eines unter dem PrALR. gegründeten und noch jetzt nach den landesrechtlichen Vorschriften über erlaubte Privatgesellschaften zu beurteilenden Vereins richtet sich nach den zurzeit geltenden Prozeßgesetzen; nach § 50 kann ein nicht rechtsfähiger Verein nur verklagt werden; ein Verein, der nicht juristische Persönlichkeit und damit Rechtsfähigkeit im Sinne des neuen Rechtes besitzt, ermangelt daher der Fähigkeit, als klagende Partei im Prozeß aufzutreten.

4. OLG. **15** 69, R. **07** 1204 Ziff. 2931 (KG.). Die sämtlichen Mitglieder eines Vereins, der als eine erlaubte Privatgesellschaft im Sinne des PrALR. anzusehen ist, müssen als Streitgenossen zusammenwirken, andererseits hat aber der Vorstand durch die in den Statuten getroffene Bestimmung, daß der Vorstand ermächtigt ist, in den Angelegenheiten des Vereins Prozesse zu führen, die Macht zur gerichtlichen Vertretung der jeweiligen Vereinsmitglieder. Der Wechsel der Mitgliedschaft ist auf den Fortgang des Prozesses ohne Einfluß. Deshalb ist nicht rechtsfähigen Vereinen, die ein selbständiges Vereinsvermögen besitzen, auch die aktive Parteifähigkeit zuzugestehen.

§ 51. 1. a) *Wiedemann, Ideale Vereine 607 ff. Die Prozeßfähigkeit steht insofern mit der Parteifähigkeit im Zusammenhang, als wo Prozeßfähigkeit gegeben ist, auch stets Parteifähigkeit vorliegt; denn wo zivilistische Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit gegeben sind, liegt für den Gesetzgeber stets auch Veranlassung vor, dem Träger jener Rechte Parteifähigkeit zuzuerkennen (vgl. o. vor § 50 ZPO.). Zweckmäßigkeitsgründe führen aber in vielen anderen Fällen dazu, juristischen Gebilden, die zivilistisch keine handlungsfähigen Rechtssubjekte sind, Parteifähigkeit zuzuerkennen. In diesen Fällen fehlt die Prozeßfähigkeit. Der rechtsfähige, eingetragene oder konzessionierte Verein besitzt die Prozeßfähigkeit; nicht dagegen der nicht rechtsfähige Verein und der in das Stadium der Liquidation eingetretene rechtsfähige Verein. b) *v. Amelunxen, ZBlFG. **7** 356, 570. Der Vormund oder gesetzliche Vertreter bedarf, abgesehen von den besonderen Fällen der §§ 1336

Abs. 2, 1595 Abs. 2 BGB., § 641 Abs. 3 ZPO. der obervormundschaftlichen Genehmigung zur Prozeßführung auch über solche Gegenstände nicht, die er ohne Genehmigung nicht zum Gegenstande rechtsgeschäftlicher Verfügung (§§ 1812—1822 BGB.) machen kann. Denn das BGB. schränkt seine Vertretungsmacht nur für gewisse rechtsgeschäftliche Verfügungen, die es ihm untersagt, ein, zählt aber die Prozeßführung und die Prozeßhandlungen nicht zu diesen Rechtsgeschäften (vgl. o. Ziff. 3 zu § 1812 BGB.).

2. **RG.** LeipzZ. **07** 651, JW. **07** 516, R. **07** 1073 Ziff. 2585. Ein materiell wirksamer Prozeß zwischen einem Kläger, der zugleich der einzige gesetzliche Vertreter des prozeßunfähigen Beklagten ist, und diesem Beklagten ist nicht möglich. Will der gesetzliche Vertreter eine solche Klage erheben, so muß er vorerst dafür sorgen, daß seinem prozeßunfähigen Gegner ein anderer gesetzlicher Vertreter bestellt wird. Das Vorhandensein eines sonstigen Vertreters, z. B. eines Prokuristen, auch wenn dieser gemäß § 49 HGB. zur Prozeßführung ermächtigt ist, genügt nicht.

3. a) **RG.** R. **07** 1539 Ziff. 3836. Wer den Landesfiskus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu vertreten hat, bestimmt sich nach den Gesetzen des betreffenden Bundesstaats. Diese entscheiden darüber, welche Behörde nach Maßgabe der in Betracht kommenden organisatorischen Vorschriften zur Wahrnehmung der Rechte des Staates im Hinblick auf die zu erledigende Vermögensangelegenheit berufen ist. Diese Behörde und keine andere vertritt den Fiskus. Ihr Sitz ist maßgebend für den Gerichtsstand (§ 18 ZPO.). Sie allein ist auch zur Empfangnahme von Zustellungen für den Rechtsstreit ermächtigt. b) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 830. Der preußische Fiskus wird in einem Prozesse, worin Schadensersatz für eine direkte Steuer begehrt wird, die in Berlin zu veranlagen war, durch die Direktion für die Verwaltung der direkten Steuern daselbst vertreten.

4. BreslauAK. **07** 21 (Breslau). Ist der Kläger bei Erhebung der Klage nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten gewesen und hat der Beklagte die Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung erhoben, so wird durch die spätere Genehmigung der bisherigen Prozeßführung seitens des berechtigten Vertreters des Klägers der Mangel nachträglich geheilt. Die Zulässigkeit einer solchen Genehmigung ergibt sich unmittelbar aus den §§ 551 Ziff. 5, 579 Ziff. 4 ZPO. Ebenso BadRpr. **07** 209 (Karlsruhe).

5. WürttZ. **49** 73 (Stuttgart). Trotz Art. 28 Ziff. 1 Abs. 2 WürttG. vom 5. September 1839 kann in Württemberg der Vormund eines vor dem 1. Januar 1900 geborenen Kindes im Unterhaltsstreite gegen den unehelichen Vater des Kindes ohne Beitritt der Kindesmutter zum Rechtsstreite klagen.

6. **RG.** JW. **07** 515. Ist eine Firma Prozeßpartei, so hat das Gericht festzustellen, ob es die Firma eines Einzelkaufmanns oder die einer HG. vor sich hat. Steht fest, daß einer der Inhaber einer oHG. verstorben ist, so hat das Gericht zu prüfen, welche Rechtsverhältnisse nach diesem Todesfall eingetreten seien.

7. ThürBl. **54** 27 (Jena). Wenn Einzelpersonen unter einer abstrakten Bezeichnung klagen oder verklagt werden, so ist eine besondere Prüfung der Parteistellung notwendig.

§ 52. SeuffA. **62** 419 (Augsburg). Der Berufungsrichter kann, auch wenn der Vorderrichter Geschäftsunfähigkeit einer Partei infolge Geistesstörung angenommen hat, feststellen, daß eine Besserung des Zustandes und in der Fortsetzung eine stillschweigende Genehmigung der Prozeßführung eingetreten sei.

§ 54. *Walsmann, ACivPr. **102** 17. Prozeßhandlung ist jede Handlung, die unmittelbar auf den Betrieb eines Zivilprozeßverfahrens gerichtet ist und diesem Zwecke nach geltendem Prozeßrecht unmittelbar zu dienen vermag; so im Anschluß an **RG. 56** 333. Doch geht Verf. über das RG. insofern hinaus, als er verlangt, daß die Prozeßhandlung gerade als Handlung die unmittelbare prozessuale Wir-

kung hervorruft. Daher ist z. B. keine Prozeßhandlung der Auftrag an den Gerichtsvollzieher zur Zustellung, weil hier die Auftragshandlung als solche für die prozessuale Wirkung unerheblich ist. — Der Prozeßvergleich ist ein in besonderer Form abgeschlossener zivilrechtlicher Vergleich. Der Abschluß ist keine Prozeßhandlung. Die prozeßrechtlichen Wirkungen schließen sich an das Ereignis des Vertragsschlusses vor Gericht an. Die Anfechtung des Vergleichs wegen Irrtums richtet sich demgemäß nach BGB. Die prozessualen Wirkungen hängen vom Rechtsbestande des Vergleichs ab. Sobald der Vergleich rechtswirksam wegen Irrtums angefochten und dadurch nichtig geworden ist, fällt auch die prozeßbeendigende Wirkung fort. Jede Partei kann zur Fortsetzung des Verfahrens laden (168 ff.).

§ 56. 1. **RG.** JW. **06** 810, R. **07** 186 Ziff. 315. Die Parteifähigkeit ist in allen Instanzen von Amts wegen zu prüfen; auch das RG. kann sich dieser Prüfung nicht entziehen, selbst dann nicht, wenn sie von den Parteien in der Revisionsinstanz nicht berührt wird (vgl. JW. **98** 257 Ziff. 2, 349 Ziff. 5).

2. **RG.** JW. **06** 690, EisenbE. **23** 275, GruchotsBeitr. **51** 830. Ist der klagende Fiskus durch eine zu seiner Vertretung nicht berufene Behörde vertreten, so ist das erkennende Gericht nicht verpflichtet, zunächst eine Frist nach § 56 Abs. 2 zu setzen, damit die Behörde sich die Genehmigung der gesetzlich berufenen Behörde verschaffe. AA. ElsLothJZ. **07** 363 (Colmar).

3. R. **07** 1408 Ziff. 3542 (Breslau). Eine Aussetzung der Entscheidung auf ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, weil ein Entmündigungsverfahren gegen den Antragsteller eingeleitet sei, ist nicht gerechtfertigt.

§ 57. Schultheis, Die Prüfungspflicht des Vormundschaftsgerichts bei Pflegerbestellung für einen Rechtsstreit, ZBlFG. **8** 173. Bei der Bestellung des Prozeßvertreters nach § 57 ZPO. hat der Vorsitzende nur die Dringlichkeit des Falles zu prüfen, nicht die Begründetheit des Anspruchs. Wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung darf er den Antrag nicht ablehnen (176).

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

§§ 59 ff. 1. BayRpflZ. **07** 153 (Bamberg). Geht der Wechselgläubiger gegen Aussteller und Akzeptanten in einer Klage vor, so entsteht dadurch nur eine unechte Streitgenossenschaft nach § 60 ZPO. Ergeht gegen den ersteren von ihnen Versäumnis-, gegen den anderen bedingtes Endurteil und legt die Klägerin gegen beide Beklagte Berufung ein, so ist diese, soweit gegen ersteren gerichtet, als unzulässig zu verwerfen, weil gegen ihn ein berufungsfähiges Urteil nicht vorliegt. Ist das angefochtene Urteil überdies nur von letzterem der Klägerin zugestellt worden, so ist auch die Berufungsfrist für ersteren noch nicht in Lauf gekommen.

2. **RG.** PucheltsZ. **07** 474. Wenn eine als Zeuge vernommene Person später als Partei in den Prozeß eintritt (z. B. bei Verbindung mehrerer Prozesse nach § 145 ZPO.), so bildet dieser Wechsel in ihrer Stellung kein gesetzliches Hindernis für die Benutzung der vor Eintritt des Wechsels in gesetzmäßiger Weise erhobenen Zeugenaussage als Beweismaterial.

§ 62. 1. Fälle der notwendigen Streitgenossenschaft. a) Zu JDR. **5** § 62 Ziff. 2 a vgl. **RG.** R. **07** 1129 Ziff. 2674. **b)** **RG. 64** 321, DJZ. **07** 237, JW. **07** 18. Klagt der Hauptintervenient, dem eine Hypothek verpfändet worden war, gegen den Hypothekengläubiger und den Schuldner gemäß § 1281 BGB. auf Anerkennung seines Pfandrechts und (soweit der Schuldner in Betracht kommt) auf gemeinsame Zahlung des Hypothekenkapitals an ihn und den Hypothekengläubiger, so liegt ein Fall notwendiger Streitgenossenschaft vor. **c)** OLG. **15** 10 (Hamburg). Zwischen Drittschuldner und Schuldner (§ 829 ZPO.) besteht keine notwendige Streitgenossenschaft. **d)** OLG. **15** 71, R. **07** 1205 Ziff. 2933 (KG.). Ist auf Antrag zweier Gesellschafter einer früheren offenen Handelsgesellschaft eine

Mietforderung ihres Schuldners gepfändet und hiergegen die Widerspruchsklage aus § 771 erhoben, so sind die beiden beklagten Gesellschafter notwendige Streitgenossen. Denn es handelt sich um das Bestehen eines Pfandrechts wegen einer Forderung, die nicht etwa einem Gesellschafter nach der Auflösung der Gesellschaft überwiesen, sondern beiden Gesellschaftern zusteht und von ihnen geltend gemacht worden ist. Dieses Rechtsverhältnis kann nur einheitlich entschieden werden. **e)** Hess. Rspr. 8 105 (Darmstadt). Die Frage, ob unter Miterben eine notwendige Streitgenossenschaft vorliegt, darf nicht allgemein gestellt werden. Steht einmal deren Erbenqualität fest und handelt es sich um prozessuale Schritte eines Dritten, der die Miterben als solche in Anspruch nimmt, so ist notwendige Streitgenossenschaft anzunehmen. ➾ Wegen der einschlagenden, oft sehr schwierigen Fragen vgl. Gaupp-Stein zu § 62 ZPO., OLG. 7 278, **RG.** R. **05** 19, DJZ. **04** 824, JDR. **5.** Red. ⇐ **f)** DJZ. **07** 1205, R. **08** (Beibl. 2) 17 Ziff. 99 (KG.). Die Inhaber eines Gebrauchsmusters sind bei der Löschungsklage nicht notwendige Streitgenossen. Jeder Inhaber ist selbständig berechtigt, für seine Person die Löschung zu bewilligen, er kann möglicherweise auch selbständig, z. B. durch Vertrag, hierzu verpflichtet sein. Anders liegt die Sache beim Patente, bei welchem die Nichtigkeitserklärung nur allen Patentinhabern gegenüber erfolgen kann.

2. **RG.** OLG. **15** 71 a. Wenn zwei Personen, von denen jeder in einem besonderen Prozesse hätte verklagt werden können, zusammen verklagt werden, so ist § 62 Abs. 1 analog anzuwenden, insofern als in diesem Prozesse dasselbe Streitverhältnis nicht einerseits als bestehend und andererseits als nicht bestehend behandelt werden kann.

3. Berufung bei notwendiger Streitgenossenschaft. Durch eine nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils, aber noch vor Einlegung der Berufung erfolgte Auflösung einer oHG. infolge Ausscheidens des zweiten Gesellschafters wird bewirkt, daß an Stelle der oHG. die bisherigen Gesellschafter als Einzelpersonen treten und zwar, da die Änderung auf seiten der klagenden Partei eintritt, als notwendige Streitgenossen (vgl. **RG. 64** 77).

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist die ausführliche Arbeit von Heim über die Hauptintervention. Beachtlich ist die Entscheidung zu § 70 Ziff. 1, wonach der Nebenintervenient unbedingt sein Interesse angeben muß, und diese Angabe nicht durch die in der Praxis sehr beliebten Verweisungen ersetzen kann. Zu wünschen ist, daß die Gerichte sich den in der Entscheidung zu § 73 liegenden richtigen Gedanken nur mit Vorsicht zu eigen machen.

§ 64. *Heim, Die Hauptintervention, Fischers Abh. zum Privatrecht und Zivilprozeß **15** Heft 2 (München 1907). Die Hauptintervention ist die gegen beide Parteien eines obschwebenden Rechtsstreits gerichtete Klage, mittels deren der Kläger die Sache oder das Recht, worüber der Rechtsstreit zwischen den Beklagten anhängig geworden ist, ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt. Ihrer rechtlichen Natur nach ist sie nicht eine einzige einheitliche Klage, vielmehr eine Verbindung zweier selbständiger Klagen gegen die Erstparteien. Durch die Tatsache, daß der Intervenient ein und dasselbe Recht gegen zwei verschiedene Beklagte verfolgt, wird die Selbständigkeit der verbundenen Klagen nicht aufgehoben; die urteilsmäßige Feststellung gegenüber dem einen Beklagten kann eine ganz andere Bedeutung haben als diejenige gegenüber dem anderen Beklagten. — Welcher Art die verbundenen Klagen im einzelnen sind, ist durch § 64 nicht ausdrücklich gesagt. Im typischen Falle der Hauptintervention ist die Klage gegen den Erstkläger Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO., und zwar handelt es sich um einen besonderen Anwen-

dungsfall dieser Bestimmung. Der Intervenient hat dem Erstkläger gegenüber ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung seines Rechtes. Daher ist er auch nicht darauf angewiesen, den Weg der Hauptintervention zu beschreiten, falls er gegen beide Erstparteien Klage erheben will; er vermag gegen jeden einzelnen getrennt vorzugehen. Der § 64 enthält im Verhältnisse der Prätendenten zueinander lediglich einen gesetzlich normierten Tatbestand des Feststellungsinteresses. Diese Normierung enthebt den Richter von der Pflicht (auch von dem Rechte), in bezug auf den Erstkläger eine maßgebende Prüfung nach der Existenz des Feststellungsinteresses anzustellen, sobald er die im § 64 niedergelegten Voraussetzungen der Hauptintervention als gegeben erachtet. Andererseits braucht der Hauptintervenient in dieser Beziehung nur darzulegen, daß sein Klaganspruch zu demjenigen des Erstklägers in dem im § 64 normierten Verhältnisse steht; der Nachweis eines besonderen Feststellungsinteresses dem Erstkläger gegenüber kann von ihm nicht verlangt werden. In Ansehung des Erstbeklagten bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen, ebenso hinsichtlich des Erstklägers, insoweit als mit der positiven Feststellungsklage des Intervenienten etwa eine andere Klage nach § 260 ZPO. verbunden ist. — Eine rein singuläre Satzung enthält der § 64, indem er für die verbundenen Klagen des Intervenienten den sog. Gerichtsstand der Hauptintervention schafft. Dieser Gerichtsstand ist kein ausschließlicher im Sinne des § 40 Abs. 2 ZPO.; er ist ausschließlich insoweit, als die Hauptintervention als solche nur beim Gericht erster Instanz des Erstprozesses erhoben werden kann, nicht bei jedem beliebigen Gerichte. Die Wirkungen, die sich regelmäßig an die Ausschließlichkeit eines Gerichtsstandes knüpfen, treten nur in dieser Beschränkung ein. Der Einrede der Unzuständigkeit kann eine prozeßhindernde Funktion nur dann zukommen, wenn sie sich darauf gründet, daß nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze das Gericht für die Klagesache des Intervenienten inkompetent ist. Die Geltendmachung der Inkompetenzeinrede in dieser letzteren Bedeutung, desgleichen ihre Wirkung ist für jede der verbundenen Klagen gesondert zu beurteilen. — Entsprechendes gilt hinsichtlich der im § 274 Abs. 2 Ziff. 3—6 ZPO. angeführten prozeßhindernden Einreden. Was die sachliche Zuständigkeit im Gegensatze zur örtlichen anlangt, so greifen grundsätzlich die allgemeinen Regeln Platz. Der § 5 ZPO. findet nicht Anwendung. Prorogation ist im allgemeinen nach Maßgabe der §§ 38—40 ZPO. zulässig. — Nach § 64 ZPO., der die der Hauptintervention eigentümlichen Voraussetzungen im Gegensatze zu den allgemeinen Erfordernissen einer Klage überhaupt regelt, sind zwei verschiedene Tatbestände der Hauptintervention, die aber in einem und demselben Falle gleichzeitig erfüllt sein können, zu unterscheiden: je nachdem beide Prätendenten dieselbe Sache oder dasselbe Recht beanspruchen. An jeden der Tatbestände knüpft sich dieselbe Rechtsfolge formaler Natur. Wenn jemand mit einer Prätension gemäß § 64 auftritt, so kann er ohne weiteres Klage gegen beide Parteien des anhängigen Rechtsstreits bei dem nach den oben dargelegten Grundsätzen zuständigen Gericht erheben. Ob die Klagen begründet sind, bleibt vorläufig in suspenso; ein besonderes Verfahren über die Zulassung der Hauptintervention gibt es nicht mehr. Die Zurücknahme der Erstklage nach der Erhebung der Hauptintervention vermag dieser den Boden nicht zu entziehen. Auch ihre Abweisung durch Prozeßurteil hat die Hinfälligkeit der Hauptintervention nicht zur notwendigen Folge; sie hat nur insoweit Einfluß auf den Interventionsprozeß oder einen der verbundenen Prozesse, als derselbe Mangel auch der Hauptintervention oder einer der mit ihr verbundenen Klagen anhaftet. Als unzulässig ist die Hauptintervention abzuweisen, wenn es an einem ihrer allgemeinen Erfordernisse fehlt und der Mangel nicht etwa geheilt (§§ 274 Abs. 3, 295 ZPO.), oder doch eine der verbundenen Klagen zur Herbeiführung einer Sachentscheidung gegenüber dem

einen Beklagten geeignet ist, in welch letzterem Falle nur die andere Klage durch Prozeßurteil abzuweisen ist. Beim Mangel einer besonderen Interventionsvoraussetzung ist zu unterscheiden, ob der Mangel bloß die Klagenkumulation als unstatthaft erscheinen läßt, oder aber die Unzuständigkeit des Gerichts zur Folge hat, oder endlich, ob das Feststellungsinteresse gegenüber dem Erstkläger fehlt. Im ersten Falle hat nicht Abweisung der Hauptintervention, sondern Trennung der Prozesse zu erfolgen; im zweiten ist, wenn das Gericht für eine der Klagen als Einzelklage zuständig ist, nur die andere durch Prozeßurteil abzuweisen, und zwar ohne daß es eines vorhergehenden Trennungsbeschlusses bedürfte; im letzten Falle hat der Mangel an sich nur die Abweisung der Klage gegen den Erstkläger zur Folge. Ausnahmsweise ist die Unzulässigkeit der Hauptintervention ungeachtet der Existenz ihrer allgemeinen und besonderen Voraussetzungen ohne weitere Prüfung auf Grund des § 265 Abs. 2 Satz 2 ZPO. auszusprechen. — Durch die Hauptintervention werden zwei neue Prozesse begründet, die zunächst zu einem Verfahren verbunden sind. Die Streitgenossenschaft der Beklagten ist nicht eine besondere im Sinne des § 62 ZPO., weil die Entscheidung jedem Beklagten gegenüber eine inhaltlich verschiedene sein kann und das Erfordernis, daß beide Erstparteien verklagt werden müssen, eine lediglich formelle Konsequenz des Begriffs der Hauptintervention ist. Wegen der Selbständigkeit der Prozesse kann jede Partei durch ihr Verhalten auf die Gestaltung ihres Prozeßverhältnisses maßgebend einwirken, und zwar sowohl nach der formellen als nach der materiellen Seite hin. Was den Intervenienten betrifft, so lassen sich die beiden Klägerrollen, die er in einer Person vereinigt, aus faktischen Gründen nicht durchweg streng voneinander scheiden; nur bei der Vornahme von sog. Dispositivakten tritt jedoch seine Doppelstellung deutlich zutage. Bezüglich jedes Prozeßsubjekts können Wandelungen eintreten, die auf den Verlauf des Einzelprozesses ihren Einfluß ausüben. Hiernach braucht das Endurteil formell ebensowenig wie materiell als einheitliches zu ergehen. Es wirkt Rechtskraft nur unter den Prozeßparteien, also nicht im Verhältnisse der Erstparteien zueinander, sofern nicht ein besonderer Grund der Rechtskrafterstreckung vorliegt (ebenso Sohm, ElsLothJZ. **07** 287).

§ 66. 1. Bernhardt, DJZ. **07** 822, hält es im Gegensatze zum **RG. 61** 286 nicht in allen Fällen für zulässig, daß der Nebenintervenient einer Partei diese Beistandschaft aufgibt und der anderen Partei als Nebenintervenient beitritt.

2. Traumann, R. **07** 629. Zu den durch die Rechtskraftwirkung des Urteils beeinflußten Privatrechtsverhältnissen im Sinne des § 66 ZPO. gehören auch die Rechtsverhältnisse des Familienrechts. Die besondere Prozeßart des Eheprozesses schließt die Nebenintervention nicht aus. Der zur Nebenintervention entschlossene Interessent an dem Rechtsstreit ist in der Lage, erst nach Abschluß des erstinstanzlichen Verfahrens zugleich mit der Einlegung der Berufung für die Hauptpartei als Nebenintervenient dieser beizutreten und allein die Berufung durchzuführen.

3. Schäfer, R. **07** 1250, erörtert, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Nebenintervention in dem durch die Reichsversicherungsgesetze geschaffenen Verwaltungsverfahren zulässig ist.

§ 67. 1. Abwendung des Versäumnisurteils gegen die Hauptpartei durch den Nebenintervenienten, der nicht nach § 69 ZPO. ihr Streitgenosse ist: JDR. **5** § 67 Ziff. 1, ElsLothJZ. **07** 301, PuchеltsZ. **07** 33.

2. Rechtsmittel. a) **RG.** BayRpflZ. **07** 16. Die Zustellung des Urteils an den Nebenintervenienten setzt die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf; zur Zustellung eines der unterstützten Hauptpartei wesentlich ungünstigen Urteils ist der Nebenintervenient nicht berechtigt. **b)** R. **07** 1263 Ziff. 3117 (Frankfurt). Die Einlegung der Berufung seitens des Nebenintervenienten ist unzulässig, wenn der Kläger die

Klage zurückgenommen hat und sich trotz des Widerspruchs des Beklagten gegen die Klagezurücknahme weiterer prozessualer Tätigkeit enthält. Ebenso R. **08** (Beibl. 2) 17 Ziff. 100 (Stuttgart). c) **RG.** R. **08** (Beibl. 2) 22 Ziff. 130. Auch wenn in der Berufungsinstanz der Nebenintervenient den Rechtsstreit allein geführt hat, muß die Revision der Hauptpartei gegenüber eingelegt werden; die nur ihm gegenüber eingelegte Revision ist unzulässig.

§ 68. HansGZ. **07** Beibl. 273 (Hamburg). Mit der herrschenden Meinung (Hellwig, Lehrbuch II. 514, **RG.** JDR. **5** § 68 Ziff. 1) ist gegen Gaupp-Stein zu § 68 ZPO. II. anzunehmen, daß die Entscheidung im Verhältnisse zwischen Hauptpartei und Nebenintervenient nicht bloß insoweit maßgebend ist, als ihre formale Rechtskraft reicht, sondern auch bezüglich der präjudiziellen Rechtsverhältnisse und der beurteilten Tatfragen, kurz hinsichtlich der gesamten tatsächlichen und rechtlichen Grundlage des Urteils.

§ 70. Ziff. 2. 1. HansGZ. **07** Beibl. 96, OLG. **15** 73 (Hamburg). Die Gültigkeit des Beitritts des Nebenintervenienten hängt von der bestimmten Angabe des Interesses in dem den Beitritt erklärenden Schriftsatz ab.

2. HansGZ. **07** Beibl. 183, OLG. **15** 72 (Hamburg). Die Tatsache der Streitverkündung allein ist kein Beweis für das rechtliche Interesse. Vgl. unten zu § 74.

§ 71. 1. HansGZ. **07** Beibl. 96, OLG. **15** 73 (Hamburg). Wenn die Nebenintervention als unzulässig zurückgewiesen werden muß, so kann doch das vom Nebenintervenienten allein eingelegte Rechtsmittel erst dann zurückgewiesen werden, nachdem die Unzulässigkeit rechtskräftig ausgesprochen worden ist.

2. HansGZ. **07** Beibl. 3 (Hamburg). Der Nebenintervenient des Beklagten kann nicht nachträglich auch dem Gegner der von ihm unterstützten Partei beitreten, damit dieser in einem einzelnen Streitpunkt obsiege, da es an dem Erfordernisse, daß der Nebenintervenient am Obsiegen auch des Gegners im Prozeß Interesse habe, mangelt.

§ 72. Über die Verwandtschaft des § 72 mit § 209 Ziff. 4 BGB. vgl. **RG. 58** 76 und **RG.** Holdheims MSchr. **07** 166.

§ 73. BadRpr. **07** 133 (Karlsruhe). Es kann nicht in allen Fällen als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich erachtet werden, dem Litisdenunziaten eine Abschrift der umfangreichen Klageschrift mitzuteilen; ein kurzer Schriftsatz wird oft das gleiche leisten.

§ 74. HansGZ. **07** Beibl. 183 (Hamburg). Es genügt weder die Tatsache der Streitverkündung als solche, noch eine unverständliche Streitverkündung allein, um das Interesse des als Nebenintervenient dem Rechtsstreite beitretenden Streitverkündeten darzutun. Es muß sich vielmehr aus dem Inhalte der Streitverkündung ergeben, daß die Inanspruchnahme des Streitverkündeten mit Recht zu befürchten ist. AA. OLG. **5** 23 (Hamburg).

§ 75. *Heim, Die Hauptintervention, (München 1907). Der Eintritt des Drittprätendenten ist eine eigentümliche ausgebildete Art der Hauptintervention. Die Besonderheit liegt darin, daß die Geltendmachung des Anspruchs im Rahmen eines schwebenden Prozesses durch „Eintritt" in denselben erfolgt. Aus dieser Form der Rechtsverfolgung ergibt sich, daß der anhängige Rechtsstreit und der durch den Eintritt begründete Interventionsprozeß vom Momente des Eintritts an zu einem Verfahren verbunden sein sollen und daß daher der Eintritt immer nur bei dem Gerichte stattfinden kann, vor dem der Erstprozeß gerade anhängig ist, mag er nun in der ersten Instanz schweben oder nicht. Hat der Erstprozeß bereits die Revisionsinstanz beschritten, so ist der Eintritt nach den Grundsätzen der Rechtsmittellehre ausgeschlossen. Die Form desselben bestimmt sich nach § 281 ZPO. — Die Streitverkündung seitens des Schuldners ist nicht unumgängliche Voraussetzung des Eintritts. Der Dritte kann auch spontan mit Zustimmung der Parteien in den Pro-

zeß eintreten. Hat er Hauptintervention nach § 64 ZPO. erhoben, so greift im weiteren das Verfahren des § 75 Platz, wenn der Erstprozeß mit dem Interventionsstreite verbunden ist, und im übrigen die Voraussetzungen dieser Bestimmung zutreffen. — Die Hinterlegung zugunsten der streitenden Gläubiger hat befreiende Wirkung für den Schuldner, aber dies lediglich im Verhältnisse gegenüber den am Verfahren beteiligten Prätendenten, nicht Wirkung gegenüber jedermann, es sei denn, daß gleichzeitig der Tatbestand des § 372 BGB. realisiert ist. — Über den Antrag auf Entlassung des Schuldners ist nach mündlicher Verhandlung zu entscheiden. Die Entscheidung ist Zwischenurteil, wenn der Antrag verworfen wird, anderenfalls Endurteil. Dieses letztere beendigt den Prozeß zwischen dem Dritten und dem beklagten Schuldner in der Hauptsache, während der Feststellungsstreit zwischen dem Dritten und dem Erstkläger fortdauert und in seinem Fortgange durch die Anfechtbarkeit des Entlassungsurteils nicht gehindert ist. Es ist unanfechtbar, wenn es vom Landgericht in der Berufungsinstanz erlassen wurde; mit der Berufung kann es nur dann angefochten werden, wenn es in erster Instanz erging. — Nach der Hinterlegung ist darüber zu entscheiden, welcher Prätendent Gläubiger der Forderung an die Hinterlegungsstelle ist. Der eingetretene Dritte hat als Kläger seinen Angriff gegen den Erstkläger, der ihm als Beklagter gegenübersteht, zu begründen. Mißlingt ihm dies, so ist er sachfällig, und es siegt der letztere, ohne daß er sein Recht vorerst nachzuweisen hätte. Das Urteil ist Feststellungsurteil, nicht kondemnatorisches, wenn es auch auf Zusprechung des hinterlegten Betrags lautet. Die Hinterlegungsstelle und der Schuldner können nicht verurteilt werden, weil sie in der Sache nicht oder nicht mehr Partei sind.

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

Vorbemerkung: Wichtig sind die Entscheidungen des RG. zu § 81.

§ 78. 1. Schäfer, BayRpflZ. **07** 244. Unter Prozeßhandlungen sind alle Handlungen zu verstehen, welche zum Zwecke des Beginns, der Fortführung und Erledigung eines Prozeßverfahrens angenommen werden. Dazu gehören Akte, welche die Justizverwaltung betreffen, nicht; insbesondere gilt kein Anwaltszwang beim Antrag auf Festsetzung des Streitwerts nach § 16 GKG.

2. OLG. **15** 73, R. **07** 1205 Ziff. 2935 (KG.). Zu den Befugnissen eines Prozeßbevollmächtigten gehört es nicht, für die untere Instanz die Vollmacht mit allen Befugnissen aus § 81 auf einen anderen Anwalt vollständig zu übertragen, so daß dieser an die Stelle des ersteren träte und als von der Partei bevollmächtigt zu gelten hätte.

3. Anwaltszwang für die Beschwerdeschrift des gemäß § 102 ZPO. Belasteten: unten zu § 102 Ziff. 2 b.

§ 79. *Wiedemann, Ideale Vereine 611. Auch die juristische Person, insbes. der rechtsfähige Verein, kann Bevollmächtigter im Sinne dieses Paragraphen sein. So auch Gierke 733, Schultze, GrünhutsZ. **38** 526, **RG. 6** 134. AA. **RG. 12** 398.

§ 80. OLG. **15** 74, R. **07** 1205 Ziff. 2936 (KG.). Die Nichtbeachtung eines nach § 80 Abs. 2 gestellten Verlangens der Vorlegung einer beglaubigten Prozeßvollmacht hat nicht die Folge, daß eine Vollmacht auf die als Parteivertreter auftretende Person überhaupt nicht als erteilt gelte und deren Prozeßhandlungen sämtlich, auch soweit sie vor dem Verlangen liegen, als unwirksam zu behandeln seien. Vielmehr ist die Wirkung der Nichtbefolgung lediglich die, daß der Gegner von da an sich mit der nicht legitimierten als Prozeßbevollmächtigter auftretenden Person nicht einzulassen braucht. Der Gegner ist aber an sein Verlangen der Vollmachtsbeibringung nicht ein für allemal gebunden, er kann davon abgehen, und wenn dies geschieht, hat das Gericht in Anwaltsprozessen nicht mehr die Befugnis, die Legitimation des als Vertreter auftretenden Anwalts zu bezweifeln.

§ 81. 1. **RG.** R. **07** 1539 Ziff. 3837. Daß das Kündigungsrecht, wie ähnliche Rechte, Anfechtungs-, Rücktritts- und Aufrechnungsrechte, obwohl die Kündigung eine dem materiellen Rechte angehörige Erklärung ist, doch auch im Rechtsstreite wirksam, und zwar mindestens durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht werden kann, ist jetzt in der Rechtsprechung des RG. als feststehend anzusehen (vgl. **RG. 48** 222, **50** 427, **53** 213, **57** 362).

2. **RG.** R. **07** 1539 Ziff. 3838. Die Prozeßvollmacht ermächtigt auch zur Annahme einer Verpfändungserklärung des Schuldners zwecks Sicherung der Klageforderung.

3. OLG. **15** 75, R. **07** 1205 Ziff. 2937 (KG.). Die Prozeßvollmacht endigt nicht mit der Zustellung des Endurteils, sondern bleibt auch für die Zwangsvollstreckung wirksam. Sie umfaßt die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht und Anerkennung: in diesen Beziehungen reicht sie über den Kreis der eigentlichen Prozeßhandlungen hinaus. Sie umfaßt aber nicht die Befugnis zu anderen rechtsgeschäftlichen Erklärungen für den Auftraggeber nach Beendigung des Rechtsstreits.

4. BadRpr. **07** 221 (Karlsruhe). Die Prozeßvollmacht umfaßt auch die Ermächtigung, bei Rücknahme der Klage eine Vereinbarung über die Zuständigkeit eines anderen Gerichts zu treffen, selbst wenn die Wirkung dieser Vereinbarung für die vertretene Partei über deren damaligen Rechtsstreit hinausgeht.

5. Über Bestätigung nichtiger, zwischen den Parteien abgeschlossener Rechtsgeschäfte durch Erklärungen ihrer Prozeßbevollmächtigten vgl. unten bei § 160.

§ 84. Schierlinger, Vertretungsbefugnisse der assoziierten Rechtsanwälte, SeuffBl. **07** 851. Die Geschäftsverbindung zweier Anwälte wird vom Gesetz allgemein ignoriert, bei den Gerichten äußert auch ihre Notorietät im einzelnen Falle keine Wirkung in der Legitimationsfrage; um der Sozietät hierin Anerkennung zu verschaffen, haben die verbundenen Anwälte im schriftlichen Verkehr und im Zustellungswesen vorzugsweise nur das Mittel, in den Schriftsätzen usw. durch Angabe beider Namen auf das gemeinsame Mandat hinzuweisen; ist der eine Anwalt bei dem anzugehenden Gerichte nicht zugelassen, so hat er, falls er einen dort eingereichten Schriftsatz, eine Zustellung mit seinem Namen decken muß, Auftrag oder Genehmigung des zugelassenen Kollegen rechtzeitig nachzuweisen. Um in einer mündlichen Verhandlung an Stelle des letzteren aufzutreten, ist dessen Nachvollmacht erforderlich und genügend.

§ 88. 1. Orthal, BayRpflZ. **07** 293, schlägt folgende Neufassung des § 88 Abs. 2 vor: „Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amts wegen zu berücksichtigen, wenn nicht eine Vertretung durch Anwälte vorliegt".

2. Vgl. oben zu § 80.

§ 89. 1. Orthal, BayRpflZ. **07** 293, schlägt vor, im § 89 ZPO. an Stelle des zweiten Wortes: „jemand" die Worte: „eine andere Person als ein Anwalt" zu setzen.

2. **RG.** R. **07** 1408 Ziff. 3543. Wird ein Rechtsmittel für eine Partei von jemandem eingelegt, der als gesetzlicher Vertreter der Partei auftritt, aber tatsächlich keine Vertretungsmacht hat, so ist dieser hinsichtlich der Kostenpflicht als Partei zu behandeln. ➛ Ebenso BayRpflZ. **07** 51 (Augsburg), ThürBl. **54** 27 (Jena). Vgl. auch oben zu § 80. Red. ⟵

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

Vorbemerkung: Die Literatur ist andauernd spärlich, die Judikatur fast allzu reichlich. Auf interessante Widersprüche in den verschiedenen Entscheidungen ist unten öfters hingewiesen. Einer wissenschaftlichen Betrachtung wert ist die Entscheidung des OLG. Darmstadt § 99 I Ziff. 3, die sachlich recht unbefriedigend ist. Es ist zu wünschen,

daß die Ansicht des LG. Freiberg (§ 91 V 2 d) allgemeine Beachtung findet. In der wichtigen Frage, wann der Interventionskläger nach § 93 ZPO. die Kosten zu tragen hat, gehen die Ansichten der Gerichte nach wie vor weit auseinander.

§ 91. I. Grundlagen des Kostenerstattungsanspruchs. 1. Natur des Anspruchs. a) R. **07** 1395 Ziff. 3443 (Hamburg) s. o. Ziff. II zu § 122 BGB. ➸ Die Entscheidung dürfte kaum mit der JDR. **5** § 91 I 2 wiedergegebenen Entscheidung desselben Gerichts vereinbar sein. Die letztere wird die richtige sein. Red. ⟵ **b**) R. **07** 1141 Ziff. 2762 (Frankfurt). Der obsiegenden Partei können — auch abgesehen von den Fällen der §§ 93, 94 ZPO. — die Prozeßkosten dann auferlegt werden, wenn ihr in der Prozeßführung ein Verschulden zur Last fällt. Das Obsiegen allein ist daher nicht unbedingt entscheidend. **c**) ElsLothJZ. **07** 456, OLG. **15** 86, R. **07** 1206 Ziff. 2953 (Colmar). Die Bestimmungen darüber, von welcher Prozeßpartei die Kosten zu tragen sind, sind zwingend und erschöpfend in den §§ 91 ff. enthalten und die Gerichte sind nicht befugt, die dortigen Ausnahmen aus Zweckmäßigkeits- oder anderen Gründen um weitere zu vermehren. Insbesondere kann nicht in dem Falle, daß der Beklagte durch sein Verhalten den Kläger zur Erhebung der unbegründeten Klage veranlaßt hat, eine dem § 93 entsprechende Kostenpflicht des obsiegenden Beklagten geschaffen werden.

2. HansGZ. **07** Beibl. 111, SeuffA. **62** 244 (Hamburg). Die Entscheidung im Kostenpunkte folgt gesetzlich der Entscheidung in der Hauptsache. Kommt es nicht zum Urteile, so hat der die Kosten zu tragen, zu dessen Ungunsten hätte entschieden werden müssen. Regeln die Parteien die Kostenfrage abweichend durch Vergleich, so kann dies das Gericht nicht veranlassen, die Kostenentscheidung im Sinne dieses Vergleichs zu treffen. — Ähnlich WürttRpflZ. **1** 38 (Stuttgart).

II. Unterliegende Partei. 1. R. **07** 1263 Ziff. 3120 (Colmar). Die Abkürzung in der Fassung der Kostenentscheidung dahin: Die Klage, Beschwerde (u. dergl.) wird kostenpflichtig zurückgewiesen, empfiehlt sich namentlich dann nicht, wenn durch sie über die Person des Kostenpflichtigen Zweifel entstehen können.

2. OLG. **15** 76, KGBl. **07** 57 (KG.). Wird im amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren die Entmündigung abgelehnt, so erwächst dem zu Entmündigenden kein Anspruch auf Erstattung seiner Gebühren und Auslagen gegen die Staatskasse.

3. Mehrheit von Gegnern. a) ElsLothJZ. **07** 113, DJZ. **07** 247 (Colmar). Wenn auf eine gegen zwei Streitgenossen erhobene Klage, gegen welche sie sich gemeinsam durch einen Rechtsanwalt haben vertreten lassen, die Kosten der gegen den einen Streitgenossen gerichteten Klage diesem, die Kosten der gegen den anderen gerichteten Klage aber dem Kläger auferlegt worden sind, kann der obsiegende Streitgenosse, der dem gemeinschaftlichen Anwalt auf dessen Verlangen sämtliche Kosten gezahlt hat, nur die Hälfte dieser Kosten vom Kläger erstattet verlangen. **b**) HansGZ. **07** Beibl. 244 (Hamburg). Der obsiegende Streitgenosse, der mit anderen denselben Anwalt hat, kann die gesamten Anwaltskosten vom Gegner nur dann ersetzt verlangen, wenn er glaubhaft macht, daß er sie bezahlt hat und von den Streitgenossen nicht wiedererlangen kann (ebenso **RG. 31** 407).

4. a) R. **07** 638 Ziff. 1319 (BayObLG.). Die Entscheidung über die Kosten des zweiten Rechtszugs kann dann nicht auf die Bestimmungen des § 91 ZPO. allein gestützt werden, wenn eine Partei auf Grund eines erst in der Berufungsinstanz geltend gemachten Vorbringens obsiegt. **b**) MecklZ. **26** 48 (Rostock). Wenn der in erster Instanz mit der Anfechtungsklage unterlegene Ehegatte in der Berufungsinstanz mit der Scheidungsklage durchdringt, so treffen die Kosten beider Instanzen den beklagten Teil. **c**) R. **07** 254 Ziff. 478 (Breslau). Wenn die Arrestgläubigerin während des Prozesses über die Rechtmäßigkeit des Arrestes auf die ihr aus dem Arrestbefehle zustehenden Rechte verzichtet hat, sind ihr auf Antrag des Gegners

die Kosten des Arrestverfahrens durch Urteil aufzuerlegen; hat sie freiwillig dem Gegner Kosten erstattet, so ist die Frage, ob es sämtliche Kosten sind, in diesem Verfahren nicht zu entscheiden. **d)** **RG. 65** 35, JW. **07** 108. Die nach § 271 Abs. 1 ZPO. unzulässige Zurücknahme einer dinglichen Klage hat die kostenpflichtige Abweisung der Klage zur Folge. **e)** HansGZ. **07** Beibl. 215 (Hamburg). Wenn der Verwalter im Konkurse des Beklagten und Widerklägers die Forderung des Klägers im Prüfungstermine bestreitet, dann zur Aufnahme des Prozesses geladen wird und nunmehr seinen Widerspruch zurücknimmt, so müssen die Kosten der Klage der Masse als Masseschuld auferlegt werden. Dagegen fallen die Kosten der vom Verwalter nicht aufgenommenen Widerklage der Konkursmasse nicht zur Last. **f)** HessRspr. 8 69 (Darmstadt). Ergeht gegen den Kläger, für den ein Dritter ohne Prozeßvollmacht Klage erhoben hat, ein Versäumnisurteil, das die Klage abweist, so ist auf den Einspruch des Klägers, da die Klagerhebung unwirksam war, das Versäumnisurteil aufzuheben und die Kosten sind dem Beklagten aufzuerlegen (vgl. oben zu § 89 Ziff. 2 und unten zu § 99 I Ziff. 3).

III. Kostenlast bei Erledigung der Hauptsache. 1. **a)** *Gmelin, R. **07** 1290, spricht sich — in wesentlicher Übereinstimmung mit Mannherz, GruchotsBeitr. **49** 74, und in Abweichung von neueren Reichsgerichtsentscheidungen (**57** 385, **58** 415) dahin aus: Bei Erfüllung und den ihr gleichstehenden Rechtshandlungen (Leistung an Erfüllungs Statt, Aufrechnung usw.) hat stets der Beklagte die Kosten zu tragen. Tritt dagegen „Erledigung" dadurch ein, daß der Beklagte erst nachträglich eine durchschlagende Einrede vorbringt oder daß ein die Durchführung des erhobenen Anspruchs unmöglich machender Tatbestand entsteht, so darf nicht (mit **RG. 58** 416) auf den vor der Erledigungstatsache bestehenden Sachverhalt zurückgegangen werden, vielmehr ist in solchen Fällen der Kläger als unterliegend (i. S. des § 91) anzusehen und daher als kostenpflichtig zu behandeln; ganz dasselbe gilt beim Tode einer Partei im Eheprozesse (§ 628) und anderen ähnlichen Fällen der Prozeßerledigung durch Wegfall derjenigen Person, welche Repräsentant des Anspruchs in aktiver oder passiver Beziehung ist (Wegfall des Vertretungsrechts des anfechtenden Konkursverwalters durch Konkursbeendigung usw.). Auch hier „unterliegt" die Partei (oder ihr Erbe), welche infolge der eingetretenen Änderung den Prozeßzweck, d. i. ein obsiegendes Urteil, verfehlt. **b)** Finger, MschutzuWettbew. **6** 146. Fällt nach der Klagerhebung der Klagegrund weg, z. B. infolge Änderung der Gesetzgebung, Befriedigung des Klägers, Untergang der Sache, Wegfall der Besorgnis der Wiederholung, Erlöschen eines Schutzrechts, so muß der Kläger seinen Antrag auf die Kosten beschränken und ist dann zu entscheiden, ob die Klage zu Recht erhoben war, in welchem Falle den Beklagten, falls nicht § 93 ZPO. anzuwenden ist, nach § 91 ZPO. die Kosten treffen. Hält dagegen der Kläger seinen ursprünglichen Antrag zur Hauptsache aufrecht, so muß er damit abgewiesen und müssen ihm die Kosten zur Last gelegt werden.

2. **a)** MecklZ. **26** 49 (Rostock). Bei einer im Laufe des Prozesses erfolgten Erledigung des Klaganspruchs hat die Entscheidung über den Kostenpunkt von dem Gesichtspunkt aus zu erfolgen, ob die Klage mit Recht erhoben worden war, es sei denn, daß Kläger zu Unrecht den Sachantrag aufrechterhält. Dieser Grundsatz gilt ohne Rücksicht darauf, ob die Erledigung mit oder ohne Verschulden des Klägers eingetreten ist (vgl. **RG.** JW. **00** 857). **b)** SächsRflA. **07** 234 (LG. Leipzig). Wenn der Kläger, dem Veranlassung zur Klageinreichung gegeben war, in der Zeit nach der Klageinreichung und vor der Klagezustellung befriedigt wird, so treffen doch den Beklagten die Kosten des Rechtsstreits, wenn der Kläger im ersten Termine Befriedigung in der Hauptsache anzeigt. Hält er aber seinen Sachantrag trotz der Erledigung aufrecht, so ist er als unterliegender Teil anzusehen (SächsRpflA. **07** 567). **c)** SächsRpflA. **07** 278 (Dresden). Hat der Beklagte den Kläger nach der Terminsbestimmung, aber vor

der Klagezustellung befriedigt, so hat der Kläger, der die Klageschrift unabgeändert hat zustellen lassen und erst im Verhandlungstermine Befriedigung angezeigt hat, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die Kosten der Klageinreichung und Terminsbestimmung sind Schäden, die mit besonderer Klage eingeklagt werden müssen ebenso: OLG. Zweibrücken, JDR. **5** § 91 III 5; OLG. Dresden, SächsOLG. **28** 449. **d)** NaumburgAK. **07** 32 (Naumburg). Wird das Pfandobjekt bei Widerspruchsklage (§ 771 ZPO.) nach Einreichung der Klage, aber vor Zustellung derselben freigegeben, so hat der Kläger die Kosten zu tragen und kann einen etwaigen Kostenerstattungsanspruch nur in einem besonderen Prozesse verfolgen. (So Gaupp-Stein [8/9] 91 Ziff. 11; Petersen, ZPO. [5] 91 Ziff. 1) **e)** BadRpr. **07** 251 (Karlsruhe). Für die Höhe der Prozeßgebühr des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten bleibt, trotz Zahlung der Hauptsumme, der Antrag der Klageschrift so lange maßgebend, bis der Antrag durch Erklärung des Klägers in einem zugestellten Schriftsatz oder in der mündlichen Verhandlung geändert worden ist. Der Vertreter des Klägers hat alsbald nach erlangter Kenntnis von der Zahlung die Klagesumme auf den Betrag der Kosten durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner zu mindern.

IV. Entstehung des Anspruchs. **RG.** R. **07** 1530 Ziff. 3781. Eine bedingte Forderung wird erst mit dem Eintritte der Bedingung, z. B. der mit der Erhebung einer Klage entstandene, durch Erlassung eines Urteils bedingte Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten erst mit der Zuerkennung durch Urteil erworben. Die Aufrechnung einer solchen, dem Schuldner gegen den bisherigen Gläubiger erwachsenen Forderung ist daher dem neuen Gläubiger gegenüber ausgeschlossen, wenn der Schuldner zur Zeit des Eintritts der Bedingung von der Abtretung der gegen ihn bestehenden Forderung Kenntnis hatte. Ist die Aufrechnung ausgeschlossen, so kann dem Schuldner doch unter Umständen d. h. wenn die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrags, gegen den neuen Gläubiger zustehen.

V. Umfang des Anspruchs. 1. Entschädigung des Gegners für Versäumnis. **a)** SeuffBl. **07** 80 (Stuttgart). Der Ansatz von Kosten für das Erscheinen der durch einen Anwalt vertretenen Partei in einem Verhandlungstermine bedarf in der Regel besonderer Rechtfertigung. Ähnlich: ElsLothJZ. **07** 484 (Colmar), ElsLothJZ. **07** 362 (Colmar), OLG. **15** 83 (Naumburg), BayRflZ. **07** 134 (München). Vgl. JDR. **5** § 91 V 1 c. **b)** BayRflZ. **07** 333 (München). Reisekosten kann die Partei nicht erstattet verlangen, wenn die Reise offenbar nicht in erster Linie dem Prozesse galt. **c)** ElsLothJZ. **07** 22 (Colmar). Einer Partei steht die freie Auswahl unter den bei einem Landgerichte zugelassenen Rechtsanwälten zu. Insbesondere kann sie statt eines ihr zunächst — außerhalb des Landgerichtssitzes — wohnenden Anwalts einem am Landgerichtssitze wohnenden Anwalt Auftrag geben. Die Kosten für nötige Reisen der Partei zu diesem sind erstattungsfähig. **d)** BadRpr. **07** 18 (Karlsruhe). Die Kosten mehrmaliger Informationsreisen sind nicht erstattungsfähig, wenn nach dem Bildungsgrade der Partei die Information auf schriftlichem Wege erfolgen konnte. **e)** R. **07** 453 Ziff. 906 (Frankfurt). Nicht erstattungsfähig sind diejenigen Kosten einer einen auswärtigen Beweistermin wahrnehmenden Partei, die dadurch entstehen, daß sie aus religiösen Gründen die Rückreise nicht alsbald antritt und vollendet. **f)** OLG. **15** 76, R. **07** 1206 Ziff. 2951 (Colmar). Wenn eine klagende Gemeinde ihrem Bürgermeister, der das Amt als Ehrenamt verwaltet, keinerlei Entschädigung zahlt, kann sie auch von dem in die Kosten verurteilten Gegner nicht die Erstattung von Entschädigungen für Zeitversäumnis begehren, die der Ehrenbürgermeister im Interesse der prozessierenden Gemeinde gehabt hat. **g)** OLG. **15** 75, R. **07** 1205 Ziff. 2944 (Colmar). Die einzelnen Verwaltungszweige des Fiskus sind keine selbständigen Rechtssubjekte,

sondern bilden in ihrer Gesamtheit die Rechtspersönlichkeit des Fiskus. Aus dieser Einheitlichkeit folgt, daß die von einer fiskalischen Station für eine andere geleistete Ausgabe keine Zahlung im privatrechtlichen Sinne darstellt und demzufolge keine privatrechtliche Ersatzpflicht derjenigen Station erzeugt, in deren Interesse jene Ausgabe geleistet worden ist. In einer Klagesache des Fiskus gegen den Unternehmer des Baues eines Amtsgerichtsgebäudes kann daher die Justizverwaltung vom Beklagten nicht einen Betrag erstattet verlangen, der dem Fonds der Bauverwaltung für Inanspruchnahme eines fiskalischen Bauaufsehers als Auskunftsperson verrechnungsweise zugeführt worden ist. **h)** OLG. **15** 83, R. **07** 1206 Ziff. 2952 (Naumburg). Handelte es sich bei Vernehmung von Sachverständigen und bei Vorbereitung ihres Gutachtens durch Lokalbesichtigungen um die Prüfung von Verhältnissen und die Beantwortung von Fragen, welche ohne besondere Fachkenntnisse schwer verständlich waren, so war der Beklagte (Fiskus) berechtigt, sich durch seine technisch geschulten Beamten in diesen Terminen vertreten zu lassen, die seine Rechte insoweit besser als ein Fachjurist wahrzunehmen in der Lage waren. Die Tagegelder und Reisekosten dieser Beamten sind daher erstattungsfähig. **i)** *Schultzenstein, Erstattung einer Parteiauslage für mehrere Prozesse, BuschsZ. **36** 320. Erwächst einer Partei eine Auslage nicht durch ihre Beteiligung bloß an einem einzelnen Prozesse, sondern durch die gleichzeitigen an mehreren selbständigen, d. h. nicht miteinander zu einem Rechtsstreite verbundenen, Prozessen als eine für diese mehreren Prozesse gemeinschaftliche, so ist die Auslage auf die mehreren Prozesse zu verteilen, und zwar nicht nach dem Verhältnisse des Wertes der Streitgegenstände in den einzelnen Prozessen, sondern zu gleichen Teilen. Würde dabei der auf einen Prozeß fallende Teil denjenigen Betrag übersteigen, welcher zum Ansatze käme, wenn die Auslage nur für ihn gemacht worden wäre, so ist lediglich der letztere geringere Betrag auf diesen Prozeß und nur der Restbetrag gleichmäßig auf die übrigen Prozesse zu verteilen. Die Verteilung der gemeinschaftlichen Auslage tritt sofort und von vornherein als eine gültige ein und erleidet namentlich auch keine Ausnahme dahin, daß, wenn oder von da an, wo feststeht, daß die Partei, welche die Auslage gehabt hat, in dem einen oder dem anderen Prozesse nicht im Kostenpunkt obsiegt, die Auslage allein in dem einen Prozeß, in welchem die Partei obgesiegt hat, zu berechnen und ganz zu erstatten sei.

2. Kosten des Rechtsanwalts. **a)** ZfdGerSekr. **18** 188 (LG. Braunschweig). Der Gegner wird nicht mit der Behauptung gehört, daß geringere Kosten entstanden wären, wenn die Partei einen Rechtsanwalt mit Auftrag versehen hätte. **b)** Insbesondere der Korrespondenzanwalt. α. NaumburgAK. **07** 86 (Naumburg). Auch wenn der obsiegende Teil ein Interesse daran hatte, daß seine Prozeßführung von einem ihm aus früheren Prozessen als zuverlässig bekannten Anwalte geleitet werde, so ist doch die Verkehrsgebühr (§ 44 RAGebO.) für diesen Anwalt nicht erstattungsfähig. β. R. **07** 770 Ziff. 1677 (Frankfurt). Für das Verfahren vor dem Revisionsgericht ist die Notwendigkeit der Zuziehung eines Korrespondenzanwalts regelmäßig zu verneinen; nur wenn Ausführungen in tatsächlicher Beziehung zu machen sind, etwa über den Wert des Streitgegenstandes und damit über die Frage der Revisibilität oder über die ordnungsmäßige Zustellung des Urteils usw., kann die Tätigkeit des Korrespondenzanwalts notwendig und somit die Pflicht, die Korrespondenzgebühr zu erstatten, begründet erscheinen. γ. SächsRpflA. **07** 397 (LG. Berlin I). Die auswärts wohnende Partei hat ohne weitere Voraussetzung das Recht, sich an einen an ihrem Wohnorte befindlichen Anwalt zu wenden, zu dem sie Vertrauen hat und mit dem sie mündlich konferieren kann. **c)** BayRflZ. **07** 333 (München). Die Erstattungsfähigkeit der Beratungsgebühr eines New-Yorker Anwalts ist nicht zu beanstanden, wenn der Betrag offensichtlich nicht zu hoch ist. **d)** SächsRpflA. **07** 43 (LG. Freiberg). Entgegen der Ansicht des RG. (z. B. **RG.**

10 379, **14** 393, **31** 42) ist anzunehmen, daß das Gesetz die Stellvertretung des Anwalts, wenn er nicht gerade an der Ausübung seines Berufs vorübergehend verhindert ist, im Amtsgerichtsverfahren auch durch solche Rechtskundige für zulässig erklären will, die längere Zeit im Vorbereitungsdienste stehen. Da besondere Vorschriften über die Gebühren in den Fällen dieser Stellvertretung nicht getroffen sind, so muß es bei der Regel bleiben, nach der der Anwalt die gesetzlichen Gebühren für seine Berufstätigkeit fordern kann; er ist es selbst, der durch seinen Referendar die Berufstätigkeit ausübt. (Nur eine angemessene Gebühr wollen zubilligen SächsOLG. **7** 536 ff., Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren [6] 88.)

3. Rechtskonsulenten. BadRpr. **07** 268, R. **07** 1263 Ziff. 3118 (Karlsruhe). Gebühren und Auslagen eines Rechtsagenten für seine Parteivertretung in Rechtsstreitigkeiten sind insoweit erstattungsfähig, als sie den Betrag der Kosten nicht übersteigen, die der Partei entstanden wären, wenn sie die Rechtssache persönlich geführt hätte, jedoch darf der zu erstattende Betrag die Summe nicht übersteigen, die einem Rechtsanwalt an Gebühren und Auslagen hätten gezahlt werden müssen; in diesen Grenzen hat das Gericht freies Ermessen. Ganz ebenso Kiel JDR. **5** § 91 V 3 a.

4. Reisekosten eines auswärtigen Anwalts. a) R. **07** 63 Ziff. 59 (Colmar). Die Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts sind erstattungsfähig, wenn der (abgesehen vom Prozeßbevollmächtigten des Gegners) einzige am Wohnorte der Partei ansässige Rechtsanwalt ihr, ohne daß dazu von ihr Veranlassung gegeben worden, das Mandat gekündigt hat und ihr in Anbetracht der Bedeutung des Gegenstandes des Rechtsstreits nicht zugemutet werden kann, mit ihrer Vertretung einen ortsansässigen Geschäftsagenten zu betrauen. (Ganz ebenso LG. Darmstadt, JDR. **5** § 91 V 4 b.) **b)** BadRpr. **07** 45 (BadVGH.). In Verwaltungssachen sind Reisekosten auswärtiger Anwälte nur insoweit zu erstatten, als die Zuziehung nach Gerichtsermessen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder -Verteidigung nötig war. Ähnlich OLG. **15** 84 (BayObLG. und München). **c)** Beweistermin (vgl. JDR. **5** § 91 V 4 c). α. BuschsZ. **36** 342 (Cassel). Die Reisekosten des Prozeßbevollmächtigten für Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins sind regelmäßig zu erstatten, sofern nicht besondere Gründe vorliegen, die ausnahmsweise die Zuziehung eines anderen Anwalts erfordern. Dies gilt auch von den Kosten mehrerer auswärtiger Beweistermine, sofern die Beweisaufnahmen durch mehrere nacheinander ergehende Beweisbeschlüsse angeordnet wurden. β. OLG. **15** 85, R. **07** 1206 Ziff. 2950 (Naumburg). Die Reisekosten des Bureauvorstehers des Prozeßbevollmächtigten zum auswärtigen Beweistermine sind erstattungsfähig, weil jede Partei berechtigt ist, sich bei Beweisterminen durch ihren Anwalt oder einen von diesem gewählten Vertreter vertreten zu lassen. γ. OLG. **15** 82 (Breslau). In diesem Falle (β) sind nur die wirklich nachgewiesenen Aufwendungen erstattungsfähig. (Ebenso LG. Stendal, NaumburgAK. **07** 63, bezüglich der Vertretung des Anwalts an dem Orte, wo er seinen Sitz hat, durch seinen Bureauvorsteher.)

5. Kosten mehrerer Anwälte. a) Levinger, Zur Auslegung des § 91 Abs. 2 ZPO., BayRflZ. **07** 234. § 91 Abs. 2 ZPO. will nur den Fall treffen, in dem eine Partei sich gleichzeitig oder nacheinander mehrerer Anwälte bedient, obgleich ein Anwalt die gesamte Tätigkeit hätte ausüben können. Der Prozeßbevollmächtigte kann jedoch eine auswärtige Beweiserhebung einem auswärtigen Anwalt übertragen, soweit hierdurch nicht höhere Kosten entstehen als durch persönliche Anwesenheit des Prozeßbevollmächtigten. Diese Kosten eines zweiten Anwalts für eine Tätigkeit, die der erste nicht selbst vornehmen kann, sind zu erstatten. **b)** OLG. **15** 84, R. **07** 1205 Ziff. 2941 (Hamburg). Die Kosten der Vertretung der beiden Beklagten durch zwei gemeinschaftliche Anwälte sind „Kosten mehrerer Anwälte" im Sinne des Abs. 2 Satz 2. **c)** HessRspr. **7** 154 (Darmstadt). Legt der von der ob-

siegenden Partei zuerst beauftragte Anwalt ohne Grund das Mandat nieder, so daß die Partei einen anderen Anwalt beauftragen muß, so hat die unterliegende Partei die Gebühren beider Anwälte zu erstatten, jedoch nur gegen Abtretung der Ansprüche der obsiegenden Partei gegen den ersten Anwalt wegen der unberechtigten Kündigung. Ebenso R. **07** 382 Ziff. 777 (Colmar). **d)** α. R. **08** (Beibl. 2) 18 Ziff. 103 (Stuttgart). Wird ein Wechsel in der Person des Anwalts dadurch veranlaßt, daß der zuerst bestellte Anwalt die Anwaltschaft aufgibt, so hat der unterliegende Gegner auch die gemäß § 50 RAGebO. erwachsenen Gebühren des ersten Anwalts zu tragen. β. BayRflZ. **07** 89 (München). Wird der erste Prozeßbevollmächtigte der obsiegenden Partei in der Anwaltsliste gelöscht, so hat die unterliegende Partei die Kosten des Mandatwechsels auch dann zu tragen, wenn dem ersten Vertreter durch seinen Auftraggeber vor der Löschung aus persönlichen Gründen das Mandat entzogen worden war; denn der Mandatswechsel war hier unter allen Umständen notwendig. **e)** BayRpflZ. **07** 333 (München). Beim Tode eines Anwalts ist ein Anwaltswechsel nicht notwendig, wenn die Vollmacht nicht nur auf den verstorbenen Anwalt, sondern auch auf dessen früheren Sozius ausgestellt war. (Ebenso JDR. **5** § 91 V 5 c.) **f)** OLG. **15** 85, R. **07** 1205 Ziff. 2942 (Posen). Bei Verweisung einer Sache vom Amts- an das Landgericht sind die Gebühren zweier Anwälte nur dann erstattungsfähig, wenn in der Person des Anwalts ein Wechsel eintreten mußte, z. B. wenn der erste Prozeßbevollmächtigte beim Landgerichte nicht zugelassen ist. (Ebenso JDR. § **5** 91 V 5 e.)

6. Sachliche Unkosten. **a)** Vorbereitung. α. **RG.** R. **07** 1411 Ziff. 3566, LeipzZ. **07** 656. Kommt es wegen der Angelegenheit die ein Beweissicherungsverfahren veranlaßt hat, zu einem Prozesse, so sind die durch ersteres Verfahren entstandenen Kosten als zu den Kosten des Rechtsstreits gehörig anzusehen, so daß die im letzteren ergehende Kostenentscheidung ohne weiteres auch auf die im Beweissicherungsverfahren entstandenen Kosten zu beziehen ist. Dies schließt jedoch das Recht des Klägers nicht aus, in dem Prozeß auch einen selbständigen Anspruch auf Erstattung der Kosten des vorausgegangenen Beweissicherungsverfahrens zu erheben, falls dieser Anspruch auf einen besonderen zivilrechtlichen Grund, z. B. auf die vertragswidrige Beschaffenheit der gelieferten Ware gestützt wird. Kommt es nicht zum Prozesse, so kann der Anspruch auf Erstattung der Kosten des Beweissicherungsverfahrens nur auf Grund einer nach bürgerlichem Rechte begründeten Verpflichtung des Gegners hierzu im Wege besonderer Klage geltend gemacht werden. Ebenso OLG. **15** 79 (Karlsruhe) und SächsOLG. **27** 548 (Dresden). β. OLG. **15** 256, R. **07** 1263 Ziff. 3119 (Colmar). Nicht erstattungsfähig sind die Kosten, welche einer in erster Instanz obsiegenden armen Partei dadurch entstanden sind, daß sie sich durch einen Rechtsanwalt das Gesuch, ihr zur Verteidigung wider die Berufung des Gegners das Armenrecht für die zweite Instanz zu bewilligen, hat anfertigen lassen (Freudenthal, Handausgabe Anm. 1 zu § 118 ZPO.). γ. BayRpflZ. **07** 355 (LG. München). Angesichts des eigenartigen Revisionsverfahrens gegen bayerische Urteile ist unter Umständen auch für das an sich dem Anwaltszwange nicht unterliegende Armenrechtsgesuch an das RG. anwaltschaftliche Vertretung sachgemäß und die hierdurch entstandenen besonderen Kosten sind erstattungsfähig. Zu diesen Kosten können auch gehören Partei- und Schreibgebühren für erfolglose Vergleichsverhandlungen. Mangels Zuweisung des Armenanwalts für die Revisionsinstanz kann die Festsetzung nur auf den Namen der Partei erfolgen. δ. R. **07** 63 Ziff. 58 (Jena). Die Kosten für ein rechtswissenschaftliches Gutachten sind der Regel nach nicht erstattbar. ε. EisenbE. **23** 120 (Colmar). Hat der Kläger, der nicht nach § 256 ZPO. aus Furcht vor Klagabweisung wegen mangelnden Feststellungsinteresses klagen wollte, auf Verurteilung zur Zahlung einer bestimmten Schadenssumme geklagt, und hat er, um diese Summe beziffern

zu können, das Gutachten eines Sachverständigen herbeiziehen müssen, so sind die Kosten des Gutachtens erstattungsfähig. — Ein anderer Fall, wo die Kosten eins für die Zwecke des Rechtsstreits herbeigezogenen Privatgutachtens für erstattungsfähig erklärt worden sind: BadRpr. **07** 202 (Karlsruhe). ζ. OLG. **15** 80, R. **07** 1205 Ziff. 2943 (Hamburg). Die Kosten, die eine Partei aufwendet, um sich in einer Verhandlung vor dem Strandamt über einen gegen sie geltend gemachten Anspruch auf Bergungs- oder Hilfslohn vertreten zu lassen, gehören nicht zu den Kosten des Rechtsstreits, der durch Beschreiten des Rechtswegs gegen den strandamtlichen Bescheid nach § 19 StrandO. entsteht. η. BadRpr. **07** 6, R. **07** 255 Ziff. 479 (Karlsruhe). Die Kosten des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens nach § 1612 BGB. sind keine Kosten des später über den Unterhaltsanspruch entstehenden Rechtsstreits. ι. OLG. **15** 256, HansGZ. **07** Beibl. 123 (Hamburg). Die Kosten für Einsicht des Grundbuchs vor Erhebung einer Hypothekenklage sind erstattungsfähig. **b)** Mahnschreiben. OLG. **15** 77 (Rostock). Die Kosten der Mahnschreiben, durch die der Beklagte in Verzug gesetzt wurde, können zu den Prozeßkosten gehören (vgl. JDR. **5** § 91 V 6 b). **c)** Korrespondenzkosten. OLG. **15** 79, R. **07** 1205 Ziff. 2938 (Hamburg). Dem pflichtgemäßen Ermessen des Rechtsanwalts muß überlassen bleiben, ob er seine Mitteilungen durch Briefe oder Postkarten zu machen für richtig hält; von den Kostenrechnungen dürfen daher nicht Abstriche deshalb gemacht werden, weil der Anwalt Briefe geschrieben hat, während das Gericht der Ansicht ist, daß Postkarten genügt haben würden. **d)** Schreib- und Zustellungskosten. α. BadRpr. **07** 302 (Karlsruhe). Der Kläger kann nur dann die Kosten einer zweiten Abschrift der Klage für seinen Gebrauch ersetzt verlangen, wenn besondere Gründe deren Herstellung erforderten (vgl. **RG. 28** 408). β. KGBl. **07** 21 (KG.). Fügt der Kläger der Klageschrift sämtliche Einzelrechnungen und nicht lediglich einen Kontoauszug bei, so kann er Erstattung der Schreibgebühren für die Rechnungsabschrift verlangen. γ. R. **07** 895 Ziff. 2107 (KG.). Schreibgebühren, die dadurch entstehen, daß der Urschrift einer Wechselklage Wechsel, Proteste und Ricambiorechnungen nicht in Originalen, sondern in Abschriften beigefügt werden, sind erstattungsfähig. δ. NaumburgAK. **07** 81, JustdBl. **2** 136 (Zweibrücken). Die Schreibgebühren, die dadurch erwachsen, daß der Anwalt seiner Partei die Protokolle über Zeugenvernehmungen in einer Abschrift mitteilt, sind nur unter ganz besonderen Umständen erstattungsfähig. ε. ElsLothJZ. **07** 82 (Colmar). Die Schreibgebühr für ein bei den Handakten behaltenes Exemplar des Kostenfestsetzungsantrags ist erstattungsfähig. ζ. BadRpr. **07** 171 (LG. Karlsruhe). Wenn der Anwalt das Gesuch um Vollstreckungsklausel mit dem Kostenfestsetzungsgesuche hätte verbinden können, so sind die Kosten des besonderen Gesuchs nicht erstattungsfähig. η. OLG. **15** 77, R. **07** 1205 Ziff. 2940 (Hamburg). Wenn der Anwalt für seine Partei Hinterlegungen besorgt, so ist er berechtigt, für die Herstellung der dazu erforderlichen Schriftstücke eine angemessene Entschädigung zu fordern und diese ist von der kostenersatzpflichtigen Partei zu erstatten. **e)** Kosten der Zahlung, Zählgebühr (vgl. JDR. **5** § 91 V 6 e). OLG. **14** 164, R. **07** 895 Ziff. 2109 (Hamburg). Die ZPO. unterscheidet zwischen den Kosten des Rechtsstreits, die grundsätzlich der im Prozeß unterliegenden Partei zur Last fallen, und den Vollstreckungskosten, die grundsätzlich den im vollstreckbaren Titel genannten Schuldner treffen. Unter ersteren sind im allgemeinen die Kosten derjenigen Handlungen zu verstehen, die zur Erwirkung, unter letzteren die Kosten derjenigen Handlungen zu verstehen, die zur Vollstreckung einer Entscheidung vorgenommen werden. Die dem Rechtsanwalte nach § 87 RAGebO. zustehende Gebühr für Erhebung und Ablieferung von Geldern fällt weder unter die einen noch die anderen. **f)** MecklZ. **25** 220, DJZ. **07** 367, R. **07** 895 Ziff. 2108 (Rostock). Die Kosten der Protesterhebung beim Akzeptanten sind auch dann zu erstatten, wenn der

Protest nicht zur Wahrung der Regreßansprüche diente. Die im § 605 zugelassenen Beweismittel sind nur Ersatzmittel beim Mangel des Protestes, ihre Zulassung macht die urkundliche Feststellung der Präsentation nicht schlechthin entbehrlich und kann das Recht des Gläubigers diese Feststellung im Wege der Protesterhebung auf Kosten des Schuldners zu treffen, nicht beeinträchtigen. **g)** KGBl. **07** 45, JustdBl. **2** 71 (KG.). Die Kosten eines nachträglichen Kostenfestsetzungsverfahrens fallen dem Gläubiger zur Last, es sei denn, daß er daran nicht die Schuld trägt. In eiligen Sachen braucht er nicht abzuwarten, welche Vorschüsse das Gericht von ihm erfordert. **h)** OLG. **15** 80, R. **07** 1206 Ziff. 2946 (Colmar). Ist der verurteilte Beklagte der Aufforderung des klägerischen Anwalts zur Veröffentlichung des Urteils nachgekommen, so stellt diese Aufforderung lediglich als eine die Zwangsvollstreckung vorbereitende Maßregel sich dar, die regelmäßig durch die Prozeßgebühr des vorhergegangenen Rechtsstreits mit abgegolten ist. **i)** OLG. **15** 80, 81 (KG.). Anwaltsgebühren für den Entwurf eidesstattlicher Versicherungen im Arrestverfahren sind nicht erstattungsfähig. AM. OLG. **15** 82 (Hamburg).

§ 92. 1. Abs. 1. **a)** Fischer, Zur Auslegung des § 92, SeuffBl. **07** 377. Macht der Beklagte in der Form der Widerklage eine Forderung geltend, die inhaltlich einen Teil der Prozeßkosten darstellt, so stellt im Falle der Abweisung der Klage eine Abweisung der Widerklage nur den Ausspruch des Gerichts dar, daß die vom Beklagten gewählte Form der Geltendmachung seines Anspruchs unrichtig sei, keine Sachentscheidung zuungunsten des Beklagten. § 92 ist deshalb nicht anwendbar, der Kläger muß gemäß § 91 ZPO. vielmehr alle Kosten tragen. **b)** BayRpflZ. **07** 438 (Augsburg). In einem Urteile nach § 304 ZPO. hat in der Regel die Entscheidung über die Prozeßkosten zu unterbleiben. Siegt der Beklagte bei der Berufung gegen ein solches Urteil teilweise ob, so ist weder § 97 noch § 92 ZPO. anzuwenden, vielmehr die Kostenentscheidung dem Endurteile vorzubehalten. **c)** SchlHolstAnz. **07** 53 (Kiel). Wenn in einem Urteil (unter Außerachtlassung der Bestimmung des § 92 ZPO.) die Kosten der Klage gegen den einen Beklagten dem Kläger, die Kosten der Klage gegen den anderen Beklagten aber diesem auferlegt sind, so ist bei gleichmäßiger Beteiligung der mehreren Beklagten am Rechtsstreite die Teilung der Kosten zur Hälfte als dem Sinne des Urteils entsprechend anzusehen. **d)** *Reichel, BuschsZ. **37** 57. Siegt der Kläger mit dem Rechnungslegungsbegehren, während das Hauptpetitum zur Abweisung gelangt, so sind die Kosten zu quotieren; den Kläger trifft nach Befinden die größere Hälfte der Kosten. Den § 92 Abs. 2 ZPO. anzuwenden, besteht jedoch kein Anlaß; denn der Rechnungslegungsanspruch ist kein „verhältnismäßig geringfügiger". **e)** KGBl. **07** 29 (KG. 19. Sen.). Hat die Einrede des nicht erfüllten Vertrags den Erfolg, daß der Beklagte nicht, wie der Kläger beantragt hatte, zu unbedingter Leistung, sondern nur zu Leistung „Zug um Zug" verurteilt wurde, so ist der Kläger als teilweise Unterlegener anzusehen. AM. Brückmann aaO. und KG. 2. Sen.

2. Abs. 2. **a)** Fischer, SeuffBl. **07** 377. Wird Klage und Widerklage in einem Rechtsstreit abgewiesen, so muß, wenn die Widerklageforderung nur den 55. Teil der Klageforderung betrug, der Kläger nach § 92 Abs. 2 ZPO. die gesamten Prozeßkosten tragen, da nach § 11 GKG. Streitgegenstand der zusammengerechnete Wert der Klage und Widerklage ist. **b)** **RG.** R. **07** 1408 Ziff. 3544. Ist eine Schadensklage wegen eigenen Mitverschuldens des Klägers zu einem Bruchteil abgewiesen, so ist insoweit für eine Anwendung des § 92 Abs. 2 ZPO. kein Raum. Dem Kläger muß vielmehr ein jenem Bruchteile entsprechender Kostenteil zur Last gelegt werden, auch wenn im übrigen der Betrag der Schadensforderung von der Festsetzung durch richterliches Ermessen abhängig ist. **c)** R. **07** 313 Ziff. 618 (Stuttgart). Die Zuscheidung sämtlicher Kosten an die beklagte Partei bei teilweiser Klagabweisung aus dem Grunde, daß die Klageforderung von der Festsetzung durch richterliches Er=

messen abhängig war, setzt nicht voraus, daß der Betrag durch ausdrückliche Erklärung des Klägers dem Ermessen des Gerichts unterstellt war.

§ 93. I. Anlaß zur Klage. 1. Allgemeines. a) R. **07** 515 Ziff. 1052 (Breslau). Wenn der Beklagte einfach den Klaganspruch anerkennt, ist die Rechtmäßigkeit des Klaganspruchs nicht weiter zu prüfen, vielmehr bei Prüfung der Frage, ob der Beklagte Veranlassung zur Klage gegeben habe, zu unterstellen. **b**) R. **07** 515 Ziff. 1053 (Colmar). Eine Ausdehnung des § 93 auf den Fall, daß der obsiegende Beklagte dem Kläger Anlaß zur Klage gegeben hat, ist nicht zulässig. Insbesondere können bei Abweisung der Klage des Gläubigers, dem die gepfändete Forderung gegen den Drittschuldner überwiesen worden, dem letzteren die Kosten des Rechtsstreits nicht deshalb auferlegt werden, weil er durch seine Passivität gegenüber dem Verlangen des Gläubigers, daß er sich über die Rechtmäßigkeit der demselben überwiesenen Forderung erkläre, ihn zur Klage veranlaßt habe (vgl. oben zu § 91 I 1 c).

2. Sonderfälle. **a**) OLG. **15** 141, PosMSchr. **06** 177, R. **07** 255 Ziff. 480 (Posen). Für die Frage, ob der in einem besonderen Prozesse zur Duldung der Zwangsvollstreckung ins Frauengut verurteilte Ehemann, der den Klaganspruch sofort anerkannt hat, Veranlassung zur Klage gegeben, und daher die Kosten zu tragen hat, ist maßgebend, ob er dem Kläger vor Erhebung der Klage vernünftigen Grund zu der Annahme gegeben hat, daß der Kläger ohne Klagerhebung nicht zu seinem Rechte gelangen werde. Das ist nur dann zu bejahen, wenn Kläger vor der Klagerhebung bei dem Ehemann angefragt hatte, ob er die Zwangsvollstreckung dulden wolle, und keine oder eine ablehnende Antwort erhalten hat. AA. OLG. **11** 97 (Dresden). **b**) *Reichel, BuschsZ. **37** 62. Klagt Kläger gemäß § 254 ZPO. auf Rechnungslegung und Auszahlung des Saldos, und ergibt demnächst die Rechnungsaufmachung ein Saldo für Beklagten, so kommt dem auf Zahlung dieses Saldos widerbeklagten Kläger, der den Anspruch sofort anerkennt und sich sonst korrekt benimmt, die Wohltat aus § 93 ZPO. zustatten. Die Streitkosten sind folglich zu quotieren. **c**) *Reichel, BuschsZ. **37** 57. Erkennt der gemäß § 254 ZPO. zunächst auf Rechnungslegung, sodann auf Auszahlung des Herauszugebenden belangte Beklagte nach Feststellung des Umfanges des Hauptanspruchs diesen sofort an, so kommt ihm § 93 ZPO. nicht zustatten. Denn er hat zur Klage Anlaß gegeben. Das gleiche gilt, wenn er nur den Rechnungs-, nicht auch den Hauptanspruch sofort anerkennt. **d**) Interventionsklage gemäß § 771 ZPO. (vgl. JDR. **5** § 93 I d). α. BraunschwZ. **54** 26 (Braunschweig). Die Frage, ob der Beklagte im Falle einer gemäß § 771 ZPO. einzuleitenden Interventionsklage Veranlassung zur Klagerhebung (im Sinne des § 93) gegeben habe, kann nicht nach einem allgemeinen Grundsatze, sondern, wie auch die Motive hervorheben, nur nach Gestaltung des konkreten Falles beantwortet werden. Der Kläger soll nicht unnötigerweise und unüberlegterweise gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen zu einem Zwecke, den er auch ohne sie durch außergerichtliche Schritte hätte erreichen können. Vom Pfandgläubiger wird man erfordern müssen, daß er nicht in völliger Untätigkeit verharrt, sondern die Behauptungen prüft, und zu diesem Zwecke auch die gewiesenen Erkundigungen einzieht, sofern darin keine unbillige Zumutung zu erblicken ist. Es handelt sich bei Fällen der vorliegenden Art um einen Widerstreit der Interessen. β. HessRspr. **7** 154, NaumburgAK. **07** 12 (LG. Darmstadt). Von dem intervenierenden Dritten muß verlangt werden, daß er die Behauptungen, auf die er seinen Eigentumsanspruch stützt, wenigstens so substanziiert, daß der Pfandgläubiger in der Lage ist, die materielle Begründetheit der Ansprüche zu prüfen. Ähnlich OLG. **15** 278, SächsOLG. **28** 439 (Dresden). γ. FrankfRundsch. **41** 96 (Frankfurt). Ist bei Interventionsklagen aus § 771 ZPO. dem Beklagten schon vor der Klagerhebung die Möglichkeit, sich von der Glaubwürdigkeit der Behauptungen des Klägers über seine Eigentumsansprüche auf Grund einer Prüfung zu über-

zeugen, in ausreichendem Maße gewährt worden und hat der Beklagte dessenungeachtet es darauf ankommen lassen, ob die Klage erhoben wurde, so hat der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben und muß als unterliegender Teil gemäß § 91 ZPO. die Kosten des Rechtsstreits tragen. Der Kläger ist nicht verpflichtet, die Originalurkunden zum Nachweise seines Eigentums oder auf seine Kosten hergestellte beglaubigte Abschriften dieser Urkunden dem Beklagten zur Einsicht zuzusenden. δ. NaumburgAK. **07** 38 (AG. Kahla). Zur Glaubhaftmachung der tatsächlichen Behauptungen ist der Kläger erst auf ausdrückliches Verlangen des pfändenden Gläubigers verpflichtet. ε. SeuffBl. **07** 636, KGBl. **07** 56, DGerVollzZ. **07** 129 (KG. 9. 3. 07). Der pfändende Gläubiger gibt zur Klage nach § 771 ZPO. erst dann Veranlassung, wenn er die Freigabe ablehnt, obwohl ihm die Tatsachen glaubhaft gemacht sind, auf die der widersprechende Dritte sein Recht stützt (aA. **RG.** JW. **02** 214). Zur Glaubhaftmachung genügt im allgemeinen die eidesstattliche Versicherung des Klägers nicht, am wenigsten dann, wenn sie ganz allgemein gehalten ist. Die Kenntnis des Einstellungsbeschlusses seitens des Gläubigers ist einflußlos. Ebenso HansGZ. **07** Beibl. 45 (Hamburg). Im Gegensatze zu all diesen Entscheidungen: ζ. KGBl. **07** 91 (KG. 24. 6. 07). Der Kläger ist überhaupt nicht zur Glaubhaftmachung seines Eigentums vor Klagerhebeung verpflichtet. η. NaumburgAK. **07** 14, JustdBl. **2** 70 (Naumburg). Der Kläger hat die Kosten zu tragen, wenn der Gläubiger ihm auf seine der Klage vorhergehende Aufforderung zur Freigabe geantwortet hatte, er habe kein Interesse mehr an der Sache und überlasse es dem Kläger, diejenigen Sachen, die arrestfrei seien, selbst in Besitz zu nehmen. **e)** KGBl. **07** 47 (LG. Berlin). § 93 gilt auch für die Restitutionsklage. **f)** OLG. **15** 87 (Karlsruhe). Ebenso für eine Klage auf Leistung des Offenbarungseids, wenn sich der Kläger nicht zuvor nach § 163 FGG. vergewissert hat. **g)** OLG. **15** 257 (Braunschweig). Ebenso für eine Klage auf Einwilligung in die Auszahlung eines Betrags, den der Schuldner hinterlegt hatte, weil er im Zweifel über die als verfügungsberechtigt anzusehende Person war, gegen denjenigen, den der Hinterlegende als Verfügungsberechtigten bezeichnet hatte.

3. Erfüllungspflicht. **a)** OLG. **15** 87 (Hamburg). Bei fälligen Forderungen genügt das Anerkenntnis ohne Zahlungsbereitschaft nicht (ebenso JDR. **5** § 93 3 a). **b)** Insbesondere bei der dinglichen Hypothekenklage. α. SächsRpflA. **07** 442, R. **07** 1263 Ziff. 3123 (Dresden). Der aus einer exekutivischen Urkunde mit der Pfandklage in Anspruch genommene Pfandschuldner, der den Klaganspruch sofort anerkennt, hat trotzdem die Kosten zu tragen, wenn der Prozeß unter der Herrschaft der Novelle zur ZPO. entschieden wird, nicht dagegen, wenn er nach der alten ZPO. zu verhandeln gewesen wäre. β. OLG. **15** 86 (KG.). Der Beklagte, sei er Eigentümer oder Konkursverwalter, hat auch bei sofortigem Anerkenntnisse die Kosten der Hypothekenklage zu tragen. § 11 KO. schlägt hier nicht ein.

II. Sofortiges Anerkenntnis. 1. „Anerkenntnis". **a)** OLG. **14** 163, BreslauAK. **07** 7 (Breslau). Unter einem Anerkenntnis im Sinne des § 93 ZPO. ist nur ein prozessuales, also in der mündlichen Verhandlung abgegebenes ausdrückliches Anerkenntnis zu verstehen. Ein nur tatsächliches Anerkenntnis (z. B. durch Freigabe der Pfandstücke) kann nicht gleichgestellt werden. § 93 kann nicht ausdehnend ausgelegt werden. (Dagegen die Redaktion des KGBl. aaO. mit dem Hinweise darauf, daß dadurch der Interventionsbeklagte genötigt werde, die Pfändung trotz besserer Überzeugung bis zum Termin aufrechtzuerhalten.) **b)** WürttRflZ. **1** 38 (Stuttgart). Erfolgt die Klaglosstellung im Laufe des Rechtsstreits, aber nicht in Anerkennung des Klaganspruchs, so ist sie kein „Anerkenntnis". **c)** BadRpr. **07** 171 (LG. Mosbach). Die Anwendbarkeit des § 93 ZPO. ist

nicht unbedingt dadurch ausgeschlossen, daß der Beklagte „Klagabweisung" beantragt hat, da dieser Antrag nach Erledigung der Hauptsache lediglich die Bedeutung des Antrags, die Kosten dem Kläger aufzuerlegen, haben kann; dies auch dann, wenn der Antrag auch damit begründet wird, daß die Klage wesentliche formale Mängel aufweise (ebenso JDR. 5 § 93 ZPO. II 2).

2. „Sofortiges" Anerkenntnis (vgl. JDR. 5 § 93 II 3). a) R. 07 1141 Ziff. 2763 (Frankfurt). Die Geltendmachung der (begründeten) Einrede des Zurückbehaltungsrechts schließt ein „sofortiges" Anerkenntnis nicht aus. b) ElsLothJZ. 07 451 (Colmar). Ebensowenig die (begründete) Einrede aus § 274 Ziff. 6 ZPO. c) R. 07 1539 Ziff. 3839 (Braunschweig). Auch ein erst im Laufe des Prozesses abgegebenes Anerkenntnis hat für den Beklagten Kostenbefreiung zur Folge, wenn es in Fällen, in denen der geltend gemachte Anspruch zur Zeit der Klaganstellung noch nicht begründet war, sofort nach dem Eintritte des rechtsbegründenden Ereignisses erklärt wird.

§ 97. 1. WürttJ. 19 167 (Stuttgart). Wenn ein Dritter, indem er als Prozeßpartei auftritt, gegen ein Versäumnisurteil Einspruch einlegt, obwohl er gar nicht Prozeßpartei ist, so sind ihm die Kosten des von ihm veranlaßten Einspruchsverfahrens aufzuerlegen.

2. **RG.** SächsRpflA. 07 341. Abs. 2 ist nicht zur Anwendung zu bringen, wenn der Kläger, der in erster Instanz auf Scheidung, in zweiter auf Nichtigerklärung seiner Ehe geklagt hatte, während die Beklagte (an sich begründete) Scheidungswiderklage erhoben hatte, mit der Anfechtungsklage durchdringt, vorausgesetzt, daß der Kläger erst in der Berufungsinstanz von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat.

§ 98. 1. OLG. 15 88 (KG.). Wenn die sich vergleichenden Parteien eine Vereinbarung über die Kostenfrage nicht treffen, so unterwerfen sie sich dem § 98. Für den Beklagten entfällt solchenfalls bei Rücknahme der Berufung seitens des Klägers das Recht auf eine dem §.515 Abs. 3 ZPO. entsprechende Kostenentscheidung. Entgegen **RG.** JW. 04 365, 07 392 ist anzunehmen, daß ein Streit der Parteien darüber, ob und wie ein Vergleich über den Kostenpunkt geschlossen ist, noch in demselben Prozesse muß entschieden werden können. Ähnlich OLG. 15 149 (Hamburg).

2. Vgl. unten zu § 271 ZPO.

§ 99. I. Abs. 1. 1. ElsLothJZ. 07 139 (Colmar). Die Berufung gegen die Kostenentscheidung eines Teilurteils ist zulässig, wenn auch gegen das Endurteil zur Hauptsache Berufung eingelegt wird, da nach § 99 ZPO. die Entscheidung über Hauptsache und Kosten nicht in demselben Urteil enthalten sein muß. Ebenso ist die Anschlußberufung gegen die Kostenentscheidung des Endurteils zulässig, gegen welches vom Gegner zur Hauptsache Berufung eingelegt ist.

2. OLG. 15 89 (Dresden). Abs. 1 gilt auch für Zwischenurteile nach § 387 ZPO.

3. HessRspr. 8 69 (Darmstadt). Ein Dritter hat ohne Prozeßvollmacht für den Kläger Klage erhoben, die Klage ist durch Versäumnisurteil auf Antrag des Beklagten unter Belastung des Klägers mit den Kosten abgewiesen worden. Hierauf ist auf Einspruch des Klägers die Klagerhebung für unwirksam erklärt, das Versäumnisurteil aufgehoben und es sind die Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten auferlegt worden. Die Berufung des Beklagten ist zurückgewiesen worden, da der Beklagte durch die Entscheidung des Vorderrichters, soweit sie die Hauptsache betreffe, nicht beschwert sei.

4. R. 07 1263 Ziff. 3125 (Frankfurt). Wenn der Rechtsstreit durch die Befriedigung des Klägers vor der Einlegung des Rechtsmittels seine Erledigung gefunden hat, ist die Einlegung des Rechtsmittels auch dann unzulässig, wenn das Gericht erster Instanz auf Abweisung der Klage erkannt hat.

5. WürttJ. **19** 296 (Stuttgart). Die Einlegung der Berufung gegen eine zur Hauptsache ergangene Entscheidung ist nur zulässig, wenn nach Maßgabe der prozessualen Bestimmungen zur Zeit der Einlegung der Berufung eine Entscheidung in der Hauptsache noch möglich ist; unerheblich dagegen ist, ob wegen der Geschäftslage des Gerichts die Verhandlung erst auf einen so fernen Termin anberaumt werden kann, daß von vornherein feststeht, bis dahin sei der Streit in der Hauptsache gegenstandslos geworden.

6. R. **07** 834 Ziff. 1863 (BayObLG.). Wenn ein Urteil durch nachträgliche Entscheidung ergänzt wird, kann die Entscheidung nur mit selbständiger Berufung angefochten werden. Die gegen ein Teilurteil eingelegte Berufung erstreckt sich nicht ohne weiteres auf die auf Grund des Teilurteils in dem späteren Urteile getroffene Kostenentscheidung (Vgl. JDR. **5** § 99 ZPO. I 4).

II. Abs. 2. 1. Anerkenntnisurteil gemäß § 307 ZPO. (vgl. JDR. **5** § 99 ZPO. II). **RG.** JW. **07** 261, GruchotsBeitr. **51** 1045. Es genügt nicht, wenn ein Urteil dem Klagantrage gemäß erlassen ist und dieses sich irgendwie auf ein Anerkenntnis des Beklagten gründet. Vielmehr muß ein Urteil im Sinne des § 307 ZPO. vorliegen, welches der Richter, ohne in eine selbständige Prüfung des Klaganspruchs eingetreten zu sein, lediglich auf Grund des Anerkenntnisses ausgesprochen hat. Daß das Gericht das Urteil ohne besonderen Antrag erlassen, es nicht als Anerkenntnisurteil bezeichnet, es auch nicht gemäß § 708 Ziff. 1 ZPO. für vorläufig vollstreckbar erklärt hat, nimmt dem Urteile nicht seinen Charakter als Anerkenntnisurteil (vgl. OLG. **15** 258 [KG.]).

2. **RG.** R. **07** 454 Ziff. 907. Abs. 2 hat seinen gesetzgeberischen Grund darin, daß im Falle der Erledigung der Hauptsache durch Verurteilung des Beklagten auf Grund seines Anerkenntnisses die Entscheidung der Frage, welcher der Parteien nach §§ 91, 93 ZPO. die Prozeßkosten zur Last zu legen seien, der höheren Instanz soll unterbreitet werden können.

3. Teilweises Anerkenntnis (vgl. JDR. **5** § 99 II 3). **a)** HansGZ. **07** Beibl. 109 (Hamburg). Wird der Klaganspruch teils durch Erfüllung, teils durch Anerkenntnis erledigt, so kann die einheitliche Kostenentscheidung der unteren Instanz mit der Beschwerde und der Berufung angegriffen und vom Berufungsgerichte zerlegt werden, so daß für einen Teil die Beschwerde, für den Rest die Berufung für zulässig erachtet wird. Daraus, daß eine Kostenentscheidung zum Teil die Voraussetzungen des Abs. 2, zum Teil die des Abs. 3 erfüllt, darf nicht die Folgerung gezogen werden, daß sie dem Prinzipe des Abs. 1 unterworfen und ein Rechtsmittel gegen sie überhaupt nicht zugelassen sei. **b)** SchlHolstAnz. **07** 366 (Kiel). Wenn über die Hauptsache auf Grund eines Anerkenntnisses zunächst durch Teilurteil und später in einem weiteren Urteil über die Kosten entschieden ist, so liegt nicht der Fall des Abs. 3, sondern der des Abs. 2 vor. Deshalb ist die sofortige Beschwerde gegen das Kostenurteil unzulässig. **c)** OLG. **15** 92, R. **07** 1207 Ziff. 2958 (KG.). Die Berufung ist, wenn ein Teil der Hauptsache (Zinsen) durch Anerkenntnisurteil erledigt ist, auch in Ansehung desjenigen Teiles der Kosten zulässig, der den durch jenes Urteil nicht berührten Teil der Hauptsache betrifft, sofern das Anerkenntnisurteil nur deshalb sich hierauf nicht bezogen hat, weil der Beklagte schon vorher die Hauptsumme bezahlt hatte, also nicht nur seine Zahlungspflicht anerkannt, sondern auch erfüllt hat. Dagegen **RG.** JW. **06** 169 Ziff. 15.

III. Abs. 3. 1. Allgemeine Voraussetzungen. **a)** Laux, Zur Anwendung des § 99 ZPO., BayRpflZ. **07** 344, hält die von einem an der Sachentscheidung nicht Beteiligten gegen die Kostenauferlegung erhobene Beschwerde für zulässig, weil außerhalb des Rahmens des § 99 ZPO. stehend. **b)** Lohmann, JustdBl. **1** 196. Gegen ein Versäumnisurteil, welches lediglich die Entscheidung im Kostenpunkt enthält, findet nur der Einspruch statt. Ebenso OLG. **13** 109 (KG.).

c) BadRpr. **07** 273 (Karsruhe). Ein Urteil über den Grund des Anspruchs ist keine Entscheidung in der Hauptsache. **d)** α. OLG. **15** 94, R. **07** 1207 Ziff. 2961 (Hamburg). Vorausgesetzt ist, daß in der Hauptsache, eventuell in dem Teile der Hauptsache, auf die sich die angefochtene Kostenentscheidung erkenntlich bezieht, nicht entschieden worden ist. β. BadRpr. **07** 265 (Karlsruhe). Die Beschwerde ist unzulässig, wenn im Urteil auch nur über einen geringfügigen Teil der Hauptsache (z. B. Wechselunkosten) entschieden ist. **e)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1059 und früher oft, KGBl. **07** 91 (KG.), HansGZ. **07** Beibl. 119, SeuffA. **62** 334 (Hamburg). Ein Urteil, welches die Hauptsache für erledigt erklärt und über den Kostenpunkt erkennt, ist nur dann keine Entscheidung in der Hauptsache und im Kostenpunkte mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, wenn die Erledigungserklärung den insoweit übereinstimmenden Erklärungen und Anträgen beider Parteien entspricht. AA. HessRspr. **7** 122 (Darmstadt). **f)** SächsOLG. **28** 72 (Dresden), SchlHolstAnz. **07** 335 (Kiel). Gegen Beschlüsse der Landgerichte, die im amtsgerichtlichen Prozeß auf eine nach § 99 Abs. 3 ZPO. eingelegte Beschwerde ergehen, ist eine weitere Beschwerde nicht zulässig.

2. Besondere Fälle. **a)** SchlHolstAnz. **07** 365 (LG. Kiel). Ist die Verurteilung des Beklagten in die Kosten nicht auf Grund der prozeßrechtlichen Grundsätze der ZPO., sondern auf Grund der Schadensersatzpflicht des Beklagten gemäß den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes ausgesprochen, so ist gegen das Urteil nicht sofortige Beschwerde, sondern Berufung gegeben (vgl. **RG. 54** 37). **b)** OLG. **15** 89, R. **07** 1207 Ziff. 2959 (Karlsruhe). Zielt der Beklagte mit seiner Beschwerde zwar in ihrem Endzwecke nur darauf ab, die Entscheidung über den Kostenpunkt zu ändern, ist aber die Beschwerde unmittelbar gegen die Unzuständigkeitserklärung des urteilenden Gerichts gerichtet, so ist die Beschwerde unzulässig. **c)** OLG. **15** 147, HansGZ. **07** Beibl. 301 (Hamburg). Wenn von den drei Beklagten zwei verurteilt worden sind, die Kostenentscheidung übergangen und ein Antrag gemäß § 321 ZPO. nicht gestellt, vielmehr von neuem geladen worden ist, mit dem Antrage, die beiden verurteilten Beklagten auch noch in die Kosten zu verurteilen, so ist das demgemäß ergehende Urteil nicht mit der Beschwerde, sondern mit der Berufung anfechtbar. **d)** SächsOLG. **28** 255 (Dresden). Keine Entscheidung in der Hauptsache liegt vor, wenn zunächst die vom Beklagten erhobene Einrede der örtlichen Unzuständigkeit verworfen worden ist, dann die Hauptsache sich erledigt hat, und schließlich über die Prozeßkosten erkannt worden ist. **e)** OLG. **15** 259 (KG.) über einen Fall der Nichterledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache trotz übereinstimmender diesbezüglicher Erklärung der Parteien. **f)** OLG. **15** 90, R. **07** 1207, Ziff. 2960 (Rostock). Die sofortige Beschwerde ist mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 99 Abs. 3 unzulässig, wenn in einem einheitlichen Rechtsstreit, in dem der eine Anspruch durch Aufgabe erledigt und der andere zum Gegenstand eines Urteils gemacht ist, das Gericht die Gesamtkosten nach Quoten unter den Parteien verteilt hat, wobei die Hälfte auf den sachlich erledigten Teil des Prozesses gerechnet ist. **g)** OLG. **15** 91 (Karlsruhe). Ist Teilurteil ergangen, wodurch die Klage abgewiesen und über die Widerklage bezüglich eines Teilbetrags erkannt worden ist, und ist nach Zahlung des Restbetrags nur noch über die Kosten verhandelt und entschieden worden, so liegt kein Fall des Abs. 3 vor. **h)** SchlHolstAnz. **07** 300 (Kiel). Ist gegen eine einstweilige Verfügung hinsichtlich der Kostenentscheidung Widerspruch erhoben und dieser zurückgewiesen, so ist die sofortige Beschwerde nicht zulässig, da die Voraussetzungen des § 99 Abs. 3 nicht vorliegen.

§ 100. 1. **a)** **RG.** R. **07** 982 Ziff. 2360. Ist eine Ehefrau auf Leistung und der Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt, so stehen sich die Eheleute als sog. unechte Streitgenossen gegenüber (vgl. JW. **05** 49 Ziff. 21); sie haften deshalb nach § 100 Abs. 1 u. 2 ZPO. geteilt für die Kosten. Der Abs. 4 des § 100

findet keine Anwendung, da die Beklagten in der Hauptsache nicht als Gesamtschuldner verurteilt werden. Dagegen ergibt sich die Verpflichtung des beklagten Ehemanns, für die der Ehefrau auferlegten Kosten als Gesamtschuldner aufzukommen, aus den §§ 1387 Ziff. 1, 1388 BGB. **b)** MecklZ. **26** 48 (Rostock). Ist eine Ehefrau auf Zahlung einer Summe und ihr Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau verklagt worden, so entfällt auf jeden der Ehegatten die Hälfte der Kosten (Seuffert, Note 1c zu § 100 ZPO., Rittmann, Wert des Streitgegenstandes 39, 261; BuschsZ. **33** 135). **c)** R. **07** 515 Ziff. 1054 (Stuttgart). Ist von den als Streitgenossen — Ehefrau auf Zahlung, Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung — belangten Ehegatten die Frau verurteilt, der Mann absolviert und sind die Kosten, mit Ausnahme der durch die Einklagung des Mannes erwachsenen und deshalb dem Kläger zugeschriebenen Kosten, der Ehefrau auferlegt worden, so hat in Ermangelung anderer Anhaltspunkte von den den Ehegatten gemeinsam erwachsenen Kosten der Kläger die Hälfte zu tragen.

2. **a)** R. **07** 770 Ziff. 1678 (Frankfurt). Wenn ein Streitgenosse allein siegt, kann er in der Regel Erstattung eines Kopfteils der gemeinsamen Kosten verlangen. **b)** OLG. **15** 259 (KG.) hat das Urteil dem Kläger $^1/_5$, den beiden Beklagten als Gesamtschuldnern $^4/_5$ der Kosten auferlegt, so ist gegen eine Kostenausgleichung nichts einzuwenden, die so erfolgt: Alle den Parteien erwachsenen erstattungsfähigen Kosten werden zusammengerechnet; das hiervon auf den Kläger entfallende Fünftel wird von seinen Kosten abgezogen; der Rest seiner Kosten ist der ihm von den Beklagten zu erstattende Betrag.

3. SchlHolstAnz. **07** 318 (Kiel). Aus der Bestimmung des § 100 Abs. 4 ZPO. folgt nicht, daß die als Gesamtschuldner verurteilten Beklagten auch für die Zwangsvollstreckungskosten als Gesamtschuldner haften.

§ 101. 1. HansGZ. **07** Beibl. 3, OLG. **15** 94 (Hamburg). Dem Nebenintervenienten steht auch im Falle der Erledigung des Rechtsstreits durch Vergleich der Hauptparteien das Recht zu, eine gerichtliche Entscheidung über die Kosten herbeizuführen, für die jedoch lediglich der Inhalt des Vergleichs maßgebend ist (so schon **RG. 56** 113). — Wo es sich aber nicht um eine wahre Nebenintervention handelt, sondern wo der sog. Nebenintervenient nur daran ein Interesse hatte, daß ein einziger Streitpunkt (Einrede der mangelnden Passivlegitimation) zugunsten „seiner" Partei entschieden werde, da kann der Grundsatz des § 101 nicht angewendet werden.

2. R. **07** 1264 Ziff. 3127 (Frankfurt). Wenn der Nebenintervenient das Rechtsmittel von sich aus einlegt, und die Hauptpartei sich an dem weiteren Verfahren nicht beteiligt, so muß der Nebenintervenient an Stelle der Hauptpartei für die gerichtlichen Kosten und diejenigen des Gegners aufkommen. Dagegen fehlt es an der Möglichkeit, dem Nebenintervenienten auch diejenigen Kosten aufzuerlegen, die der von ihm unterstützten Hauptpartei dadurch entstanden sind, daß sie es für zweckmäßig erachtet hat, sich im Verfahren vertreten zu lassen, um eine ihrem Willen nicht entsprechende Prozeßführung zu verhindern.

§ 102. 1. (Vgl. JDR. **5** § 102 Ziff. 2.) **a) RG.** R. **07** 1264 Ziff. 3128. Die Nichtkenntnis des Inhalts der Zivilprozeßordnungsnovelle vom 5. Juni 1905 stellt sich bei einem Rechtsanwalt als ein grobes Verschulden im Sinne des § 102 dar. **b)** Frankf. Rundsch. **40** 154 (Frankfurt). Grobes Verschulden des Anwalts liegt vor, wenn er auf ausdrückliches Verlangen seines Auftraggebers ein gesetzlich unzulässiges Rechtsmittel einlegt. Ebenso Colmar, JDR. **5** § 102 Ziff. 2b. **c)** R. **07** 1469 Ziff. 3677 (Hamm). Ein Rechtsanwalt macht sich durch Erhebung einer aussichtslosen Klage eines groben Verschuldens nicht schuldig, wenn er die Partei über die Aussichtslosigkeit belehrt hat, diese aber auf Erhebung der Klage besteht.

2. **a) RG.** (27. 11. 06, VZS.) **64** 377, DJZ. **07** 537, SeuffA. **62** 420, R. **07** 133 Ziff. 225. Gegen eine von einem Oberlandesgericht auf Grund des § 102 ZPO.

erlassene Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt. b) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1060. Die sofortige Beschwerde eines Rechtsanwalts, der mit den Kosten einer Entscheidung belastet worden ist, unterliegt dem Anwaltszwange.

§ 103. 1. Peperhowe, DJZ. **07** 654, weist auf die Vorteile des Verfahrens nach § 103 hin und schlägt vor, das Wort „kann" in „soll" umzuändern.

2. FrankfRundsch. **41** 172 (LG. Limburg). Die Partei, die trotz der Aufforderung des Amtsrichters von dem Verfahren nach § 103 ZPO. keinen Gebrauch macht, ist deswegen nicht verpflichtet, die Kosten des Feststellungsverfahrens selbst zu tragen (ebenso: Gaupp-Stein Anm. II zu § 103 ZPO.; aA. Schmidt, DJZ. **06** 314).

3. PosMSchr. **07** 30, R. **07** 979 Ziff. 2338 (Königsberg). Das Kostenfestsetzungsverfahren hat keinen selbständigen Charakter und ist nur dazu da, das Urteil in betreff der Entscheidung über die Kosten zu vervollständigen; in diesem Verfahren ist nur zu erörtern, ob die berechneten Kosten erwachsen sind, ob sie unter das Urteil fallen und ob sie notwendig im Sinne der ZPO. sind; materiell-rechtliche Fragen gehören nicht hierher.

4. SächsOLG. **28** 81 (Dresden). Eine Aufrechnung im Kostenfestsetzungsverfahren ist unzulässig; sie kann nur im Wege der Klage nach §§ 794 Ziff. 3, 795, 767 ZPO. verfolgt werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die unterliegende Partei Miterbin der obsiegenden geworden ist.

§ 104. Literatur: Pörschel, Das Kostenfestsetzungsverfahren. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der deutschen Oberlandesgerichte für die Praxis dargestellt. Königshütte 1907.

1. Zur Vollstreckung geeigneter Titel. a) SächsOVG. **10** 7 (SächsOVG.). Eine Vereinbarung, durch die der Kläger lediglich unter Übernahme der gesamten Kosten mit Zustimmung des Beklagten die Klage zurücknimmt, kann als ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel nicht angesehen werden. b) SchlHolst. Anz. **07** 123 (Kiel). Wenn sich die Parteien nach Rechtskraft eines Urteils über Hauptforderung und Kosten verglichen haben, so ist es nicht zulässig, daß die obsiegende Partei das Urteil benutzt, um die vom Gegner zu erstattenden Kosten festsetzen zu lassen. Das Urteil ist durch den Vergleich beseitigt. AA. **RG.** JW. **00** 752. c) OLG. **15** 282 (Königsberg). Vergleichen sich die Parteien nachträglich über die aus einem rechtskräftigen Urteile erwachsenen Ansprüche, so kann sich die im Urteile ausgesprochene Verpflichtung zur Tragung der Kosten nicht auf den Vergleich beziehen. Andrerseits ist der Vergleich selbst kein zur Vollstreckung geeigneter Titel, weil er nicht „zur Beilegung eines Rechtsstreits" geschlossen ist. d) Schl. HolstAnz. **07** 87 (Kiel). Für die Festsetzung der Kosten des Verfahrens bei Beschwerde über den Kostenfestsetzungsbeschluß ist das in der Sache ergangene rechtskräftige Urteil kein geeigneter Titel. e) OLG. **15** 9, BayRpflZ. **05** 515 (München). Für die Festsetzung der Kosten der Vollstreckung aus einer Urkunde gemäß § 794 Ziff. 5 ZPO. fehlt es an einem Vollstreckungstitel.

2. Fälle der Unzulässigkeit der Kostenfestsetzung. a) Pos. MSchr. **07** 30 (Königsberg). Der im Eheprozesse vom Ehemanne der Ehefrau geleistete Kostenvorschuß gehört nicht zu den im Festsetzungsverfahren zu berücksichtigenden Prozeßkosten. Ebenso Jena, JDR. **5** § 104 Ziff. 2b. b) OLG. **15** 95, HansGZ. **07** Beibl. 256, R. **07** 1073 Ziff. 2586 (Hamburg). Die Festsetzung der Kosten im schiedsgerichtlichen Verfahren ist nicht Sache des Prozeßgerichts, sondern des Schiedsgerichts.

3. „Gericht erster Instanz". a) OLG. **15** 8, R. **07** 980 Ziff. 2339 (KG.). Für die Festsetzung der Vollstreckungskosten im Kostenfestsetzungsverfahren ist nicht das Vollstreckungsgericht, sondern das Prozeßgericht erster Instanz zuständig. AA. OLG. **13** 192 (KG.), NaumburgAK. **07** 15 (LG. Halle), auch OLG.

15 281 (Posen). **b**) R. **07** 1325 Ziff. 3337 (Hamburg). Das Gesuch um Festsetzung der zu erstattenden Kosten ist auch bezüglich einer beim Berufungsgericht erhobenen Restitutionsklage bei dem Gericht erster Instanz anzubringen. Denn selbst wenn nach Maßgabe des § 584 ZPO. das Berufungsgericht die Entscheidung über die erhobene Restitutionsklage zu treffen hat, verliert es dadurch nicht seine Eigenschaft als Berufungsgericht (vgl. SeuffA. **54** Ziff. 123). — Ebenso R. **07** 515 Ziff. 1055 (Breslau).

4. Kosten der Kostenfestsetzung. OldenbZ. **34** 123 (Oldenburg). Die Kosten des Festsetzungsverfahrens hat der Gegner des Antragstellers nur dann zu tragen, wenn er durch sein Verhalten Anlaß zu dem Verfahren gegeben hat. In der Regel hat also der Antragsteller zunächst den Versuch zu machen, seinen Gegner durch Übersendung einer Kostenrechnung außergerichtlich zur Zahlung zu bestimmen.

5. Formalien. **a**) ElsLothJZ. **07** 492 (Colmar). Ein unklarer Kostenfestsetzungsantrag ist nicht sofort abzuweisen, sondern durch Zwischenverfügung klarzustellen. **b**) R. **07** 770 Ziff. 1679 (Oldenburg). Eine Datierung und Unterschrift der Kostenberechnung ist nicht erforderlich, weil nirgends vorgeschrieben. Ebenso OLG. **15** 95 (KG.). **c**) MecklZ. **25** 234, R. **07** 895 Ziff. 2111 (Rostock). Der Antrag, auch die ausweislich der Gerichtsakten berechneten Gerichtskosten festzusetzen, enthält keinen ordnungsmäßigen Festsetzungsantrag, weil § 104 Abs. 2 ZPO. eine Kostenberechnung und Belegung der einzelnen Ansätze verlangt, die Beibringung einer spezifizierten Rechnung aber nicht durch eine generelle Bezugnahme auf die Gerichtsakten ersetzt werden kann. **d**) SächsOLG. **28** 543 (Dresden). Das im § 104 ZPO. gestellte Erfordernis, daß die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege beizufügen sind, ist durch die Beibringung der Privatakten des Rechtsanwalts erfüllt, die Angabe der Blattzahlen aus den Anwaltsakten gehört daher nicht zur Vollständigkeit der festzustellenden Kostenrechnung.

6. Vorschlag de lege ferenda. Jacobsohn, JW. **07** 321, schlägt folgende Änderung des § 104 Abs. 2 vor: Das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrags ist bei dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz anzubringen.

§ 105. 1. SächsOLG. **28** 543 (Dresden). Die Beibringung der Privatakten ohne die vom Gerichte gewünschte Angabe der einzelnen in Betracht kommenden Blätter ist zu der nach § 105 ZPO. notwendigen Glaubhaftmachung nicht genügend.

2. Jacobsohn, JW. **07** 321, schlägt folgende Neufassung des § 105 vor: Die Entscheidung über das Festsetzungsgesuch erfolgt durch den Gerichtsschreiber. Gegen den Festsetzungsbeschluß findet Beschwerde an das Prozeßgericht und gegen dessen Beschluß sofortige Beschwerde statt.

§ 106. 1. OLG. **15** 97, R. **07** 1207 (Stuttgart). Aus § 106 folgt nicht, daß eine Kostenfestsetzung in demselben Rechtsstreit überhaupt nur einmal zulässig wäre, so daß eine Partei, die die Aufrechnung von Kosten verlangen kann, genötigt wäre, dieses Verlangen und den Antrag auf Festsetzung in demjenigen Verfahren zu stellen, das durch das Festsetzungsgesuch des Gegners veranlaßt ist; sondern wie eine Partei nicht gehindert ist, nachträglich Posten festsetzen zu lassen, auch wenn sie sie schon früher hätte geltend machen können, so kann auch der Gegner, der seinerseits Erstattungsansprüche hat, diese Ansprüche geltend machen, nachdem bereits die Kosten der anderen Partei festgesetzt sind. — § 106 bezieht sich nur auf die Fälle, wo die Kosten ganz oder teilweise nach Quoten verteilt sind. Ebenso bezüglich des letzten Satzes OLG. **15** 96 (Dresden).

2. OLG. **15** 97, R. **07** 1208 Ziff. 2969 (Stuttgart). Im Falle des § 124 Abs. 2 ist die Vorschrift des § 106 nicht anzuwenden. Wenn der Gegner die Festsetzung der ihm zu erstattenden Kosten beantragt und die Aufrechnung verlangt, so ist dies in dem Verfahren betreffend die Festsetzuug der Gebühren und Auslagen des Armen-

anwalts zu berücksichtigen; aber in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung ist das Gericht nicht befugt, die Ansprüche des Gegners von Amts wegen durch Veranlassung eines Verfahrens im Sinne des § 106 zur Geltung zu bringen, sondern es ist dem Gegner zu überlassen, ob und wann er in Anwendung des § 106 die Feststellung seiner Kosten betreiben und deren Aufrechnung gemäß § 124 Abs. 2 fordern will.

3. BayRpflZ. **07** 136 (LG. München I). Haben die Parteien vor Erlaß eines Beweisbeschlusses durch Vergleich Aufhebung der Gerichtskosten vereinbart, so darf der Anwalt des Klägers die Kosten für die gemäß § 106 erfolgte Aufforderung dem Beklagten in Rechnung stellen. Es ist Sache des Beklagten, durch rechtzeitige Zahlung der Aufforderung zuvorzukommen (vgl. JDR. **5** § 106 Ziff. 3).

4. OLG. **15** 96, R. **07** 1207 Ziff. 2967 (Dresden). Die Vollstreckungskosten gehören nicht zu den durch das Urteil nach Quoten verteilten Kosten des Rechtsstreits, deren Ausmittelung das Festsetzungsverfahren als ein Anhangsverfahren zum Urteile bezweckt, sondern fallen nach § 788 dem Schuldner zur Last, gegen den die Vollstreckung sich richtet. Die erstattungsberechtigte Partei kann also nur einen selbständigen Anspruch auf gerichtliche Festsetzung erheben, die fraglichen Kosten aber nicht gegenüber dem Anspruche des Prozeßgegners ansetzen, der auf Grund der Quotenverteilung Erstattung eines bestimmten Betrags zu fordern hat. Auch im Wege der Aufrechnung ist das unzulässig, da Einwendungen, die die Tilgung der Kostenforderung durch Zahlung, Aufrechnung oder ein ähnliches Rechtsgeschäft zum Gegenstande haben, im Festsetzungsverfahren ausgeschlossen sind.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

Vorbemerkung: Interessant sind die sich widersprechenden Entscheidungen des OLG. Colmar und des KG. über die Frage, ob der Verzicht des Gläubigers gegenüber dem Schuldner auf die Vollstreckbarkeit den Wegfall der „Veranlassung" bewirkt. (§ 109 Ziff. 3b, c).

§ 109. 1. BadRpr. **07** 264 (Karlsruhe). Trotz der Vorschrift des § 109 ZPO. ist der Weg der Klage auf Rückgabe einer als Sicherheit hinterlegten Geldsumme zulässig (vgl. JDR. **5** § 109 Ziff. 2).

2. PosMSchr. **07** 96 (Posen). Die Veranlassung zur Sicherheitsleistung ist auch dann weggefallen, wenn eine derartige Gestaltung der Verhältnisse eingetreten ist, daß eine Fortdauer der Sicherheit zur Verhütung einer Gefährdung des Gegners nicht mehr erforderlich erscheint, weil ein weiterer Schaden nicht mehr entstehen kann und der sofortigen Liquidierung eines etwa schon entstandenen Schadens Hindernisse nicht mehr entgegenstehen (ebenso **RG. 61** 300).

3. **a)** OLG. **15** 98, R. **07** 1208 Ziff. 2971 (Frankfurt). Die Veranlassung zur Sicherheitsleistung ist nicht schon dann weggefallen, wenn die Vollstreckung wegen Konkurseröffnung wirkungslos geworden ist, sondern nur dann, wenn die Gefahr, daß durch die Vollstreckung dem Betroffenen ein widerrechtlicher Nachteil entstehe, ihre Erledigung gefunden hat. **b)** KGBl. **07** 67 (KG.). Der Anspruch auf Rückgabe einer zur Vollstreckung eines nur gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils hinterlegten Sicherheit ist noch nicht dann gegeben, wenn der Gläubiger nach vergeblichen Zwangsvollstreckungsmaßregeln nachträglich auf die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils verzichtet hat. Dagegen **c)** R. **07** 255 Ziff. 481 (Colmar). Die „Veranlassung für eine Sicherheitsleistung" ist nicht schon dann weggefallen, wenn die Zwangsvollstreckung zurzeit unmöglich ist, sondern erst dann, wenn diejenige Maßregel des Gerichts, welche durch die Sicherheitsmaßregel bedingt ist, die Vollstreckbarkeitserklärung, weggefallen ist. Ein von dem Gläubiger gegenüber dem Schuldner erklärter Verzicht auf die Vollstreckbarkeit gilt als Wegfall jener „Veranlassung".

4. BadRpr. **07** 247 (Karlsruhe). Zur Begründung des Antrags nach § 109 ZPO. genügt, daß der Sicherheitsbesteller die den Antrag rechtfertigenden Tatsachen darlegt; ihre Glaubhaftmachung oder gar ihren Beweis vor der Fristsetzung darf das Gericht nicht verlangen (vgl. Seuffert Anm. 2 zu § 109 ZPO., Radlauer, BuschsZ. **31** 477 ff., **RG. 61** 300).

§ 110. 1. *Ernst Isay, Staatsangehörigkeit juristischer Personen. Eine juristische Person ist als ausländische anzusehen und zur Sicherheitsleistung verpflichtet, wenn sie auf ausländischem Gebiet ihren Verwaltungsmittelpunkt hat. Die Festsetzung der Statuten, daß ein deutscher Ort Sitz der juristischen Person sein solle, ist unerheblich, wenn er nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt. (Vgl. o. S. 7 unter 2e.)

2. OLG. **15** 99 (Hamburg). Nordamerikaner sind zur Sicherheitsleistung verpflichtet.

3. JustdBl. **1** 315 (LG. Frankenthal). Wenn jemand, der durch mehr als zehnjährigen Aufenthalt im Auslande seine deutsche Staatsangehörigkeit verloren hat, nach seiner Todeserklärung die Anfechtungsklage erhebt, so ist dies eine Klage, die „infolge einer öffentlichen Aufforderung angestellt" wird.

Siebenter Titel. Armenrecht.

Vorbemerkung: Die Judikatur bringt nichts Neues. Das meiste Interesse bieten die Entscheidungen zu § 124.

§ 114. 1. Grenzen der Bewilligung. a) **RG.** 12. 3. 07, **65** 287, JW. **07** 262. Ebensowenig wie der Konkursverwalter hat der Nachlaßverwalter Anspruch auf die Bewilligung des Armenrechts. b) OLG. **15** 100 (Breslau). Das Armenrechtsgesuch hat der Rechtsverfolgung oder -verteidigung vorauszugehen; deshalb kein Armenrecht nach Erlaß des Versäumnisurteils gegen den Beklagten.

2. Voraussetzungen der Bewilligung. KGBl. **07** 76 (LG. Frankfurt a. O.). Einer Ehefrau kann das Armenrecht für einen Prozeß nur dann gewährt werden, wenn sie die Unmöglichkeit, einen Kostenvorschuß von dem Manne zu erlangen, dargetan hat. Die Beibringung einer Armutsbescheinigung für den Ehemann genügt nicht.

§ 115. 1. Ziff. 1 (vgl. JDR. **5** § 115 ZPO.). R. **07** 980 Ziff. 2340 (KG.). In Armenrechtsprozessen kommt die einstweilige Befreiung der Partei von der Entrichtung des Vollmachtsstempels dem Prozeßbevollmächtigten für eine von ihm ausgestellte Vertretungsvollmacht nur dann zustatten, wenn die Hauptvollmacht sich bereits bei den Gerichtsakten befindet.

2. Ziff. 3. a) SächsOLG. **28** 73 (Dresden). Werden von einer Partei, der das Armenrecht bewilligt worden ist, Zustellungskosten eingehoben, so hat die Partei, auch wenn sie es unterlassen hatte, den mit der Zustellung befaßten Beamten das Schriftstück als Armensache zu bezeichnen, Anspruch auf Rückgewährung des gezahlten Betrags. b) DGerVollZ. **07** 105 (Jena). Wirkung des vom LG. Meiningen erteilten Armenrechts bezüglich des Rechtes der armen Partei, den Gothaischen Gerichtsvollzieher mit der unentgeltlichen Vornahme von Zustellungen und Vollstreckungshandlungen zu beauftragen. c) **RG.** SchlHolstAnz. **07** 184, R. **07** 454 Ziff. 909. Der Armenanwalt hat die Pflicht, auch ohne vorgängigen Auftrag der armen Partei deren Rechte wahrzunehmen, es sei denn, daß dies ohne vorherige Instruktionserteilung nicht möglich ist. Hinfällig ist der Einwand, daß er die Zustellung seinem Bureauvorsteher überlassen habe. Ähnlich R. **07** 187 Ziff. 331 (Colmar). Weiß der Armenanwalt nicht, wann die Berufungsfrist abläuft, so hat er vorsorglich sofort das Rechtsmittel einzulegen.

§ 116. Lehmer, JustBl. **1** 342, führt aus, daß dem nach § 116 ZPO. der armen Partei Beigeordneten, wenn er von ihr Prozeßvollmacht erhalten und bare Auslagen vorgeschossen hat, hierfür nicht die Staatskasse, auch nicht der Gegner, sondern nur die arme Partei hafte. Er schlägt vor, den letzten Satz des § 116 auf solche Prozeßbevollmächtigte, die nicht Rechtsanwälte sind, auszudehnen, oder diesen Prozeßbevollmächtigten das selbständige Beitreibungsrecht aus § 124 ZPO. zu geben.

§ 118. 1. SächsOVG. **9** 296 (SächsOVG.). Das Vorhandensein eines gewissen verfügbaren Vermögens (Sparkassenbuch) bei dem Gesuchsteller rechtfertigt die Verweigerung des Armutszeugnisses nur dann, wenn trotz der Kostenzahlung der Unterhalt des Gesuchstellers und seiner Familie nicht gefährdet wird.

2. Crönert, R. **08** 23, schlägt folgende Neufassung des Abs. 4 vor: In noch nicht anhängiger Sache hat das Gericht das Gesuch, bevor es darüber entscheidet, in der Regel dem Gegner zur Erklärung mit kurzer Frist mitzuteilen oder vorzulegen.

§§ 119, 121. **RG. 65** 285, JW. **07** 263. Für die Bewilligung des Armenrechts an die in der Vorinstanz siegreiche Partei ist keine Voraussetzung, daß die Rechtsverfolgung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint. Die zwingende Vorschrift „ist nicht zu prüfen" ist allgemein und nicht dadurch beschränkt, daß sich nicht etwa seit Erlaß des ersten Urteils die Sachlage geändert habe. Ebensowenig kann aus diesen Gründen das Armenrecht in zweiter Instanz wieder entzogen werden, wenn das Berufungsgericht die Rechtsverfolgung für aussichtslos hält. Wer in erster Instanz obgesiegt hat, hat mindestens ein Anrecht auf ein Urteil in höherer Instanz.

§ 123. 1. Rüdlin, DJZ. **07** 125. Die zweite Alternative des § 123 Abs. 2 ZPO. kann niemals zur Anwendung gelangen, wenn die arme Partei zu den Kosten verurteilt ist, mag die Rechtskraft des Urteils nachgewiesen sein oder nicht.

2. Wegen einer in das Gebiet des § 123 ZPO. schlagenden Kostenfrage vgl. SächsRpflA. **07** 190, 262, 452.

§ 124. (Vgl. JDR. **5** § 124). 1. SächsOLG. **28** 444 (Dresden). Wenn sich die arme Partei mit dem zur Kostentragung verurteilten Gegner vergleicht, so steht dem Armenanwalte kein Widerspruchsrecht zu.

2. **a)** SchlHolstAnz. **07** 29 (Kiel). Der einer armen Partei beigeordnete Rechtsanwalt, der für seine Partei einen Kostenfestsetzungsbeschluß erwirkt hat, in welchem seine Kosten festgesetzt sind, kann verlangen, daß ihm die Vollstreckungsklausel für diesen Beschluß in Höhe seiner Forderung erteilt werde, und bedarf nicht eines neuen Kostenfestsetzungsbeschlusses wegen seiner Kostenforderung. Ebenso OLG. **13** 120 (Braunschweig). **b)** SächsOLG. **28** 545 (Dresden). Die Kostenfestsetzung aus einem im Anwaltsprozeß ergangenen Urteil ist auch, nachdem der Anwalt des kostenpflichtigen Teiles nach Rechtskraft des Urteils und vor Beginn des Feststellungsverfahrens verstorben ist, zulässig. Die Zustellungen in diesem Verfahren können bis zur Bestellung eines anderen Anwalts an die unvertretene Partei persönlich geschehen. Die Anwendung des § 244 ZPO. ist ausgeschlossen, da das Kostenfestsetzungsverfahren lediglich ein „selbständiges" Nachverfahren zum Prozeß ist. Desgleichen ist der im Kostenfestsetzungsverfahren erhobene Einwand der Verjährung unbeachtlich, da dieser sich gegen die in diesem Verfahren nicht zu berücksichtigende Erstattungspflicht richtet.

3. OLG. **15** 260 (Celle). Die arme Partei ist so lange nicht zur Beitreibung der Kosten berechtigt, als sie nicht den Anspruch des Armenanwalts nach § 124 durch Zahlung zum Erlöschen gebracht hat.

4. DGerVollZ. **07** 182 (Königsberg). Wenn die Kosten nicht für den Armenanwalt, sondern auf dessen Veranlassung für die arme Partei festgesetzt sind, so ist das Verfahren gebührenfrei. — Anders, wenn der Beschluß zugunsten des Anwalts ergangen ist: JDR. **5** § 124 Ziff. 5.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

Vorbemerkung: Wichtig ist die Entscheidung zu § 129. Die Urteile zu § 139 und § 148 bieten, wie stets, viel Anregung. Wegen der wichtigen Frage, ob, wenn die Nichtigkeit eines Prozeßvergleichs von einer Partei behauptet wird, hierüber noch in demselben Verfahren zu entscheiden ist, vgl. § 160 Ziff. 4.

§ 128. a) **RG.** R. **07** 382 Ziff. 778. Ein Verstoß gegen § 128 liegt nicht darin, daß im Urteile nicht ausdrücklich gesagt ist, die Zeugenprotokolle aus strafgerichtlichen Vorprozeßakten seien vorgetragen, sofern nur das Urteil mit ausreichender Deutlichkeit erkennen läßt, daß die im Strafverfahren abgegebenen Aussagen zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind. **b) RG.** R. **07** 770 Ziff. 1680 Es ist nicht unzulässig, wenn das Gericht aus dem Datum und dem Eingange der Klageschrift, ohne daß dies zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht worden ist, Schlüsse auf den Zeitpunkt des Auftrags zur Klagerhebung zieht. **c) RG.** R. **07** 1408 Ziff. 3545. Dem Gericht ist es nicht gestattet, an Stelle eines unstreitigen Vertrags, auf den die Klage gegründet ist, einen anderen mit verändertem Inhalte, der von keiner Partei behauptet ist, zu substituieren.

§ 129. OLG. **15** 101, R. **07** 1208 Ziff. 2974 (Hamburg). Für den Prozeß haben die Schriftsätze lediglich vorbereitenden Charakter; anders dagegen bezüglich der materiellen Wirkung; materiell-rechtliche Erklärungen können, soweit nicht besondere Formen vorgeschrieben sind, auch in Gestalt eines der Gegenseite mitgeteilten vorbereitenden Schriftsatzes abgegeben werden. Ist dies geschehen, so enthält der Schriftsatz einmal die Erklärung selbst und daneben die Ankündigung, daß sie demnächst in der Verhandlung vorgetragen werden soll. Unterbleibt der Vortrag, so ist die Erklärung für den Gang des Prozeßverfahrens allerdings ohne Bedeutung, die durch Abgabe der Erklärung erzeugte Rechtswirkung aber bleibt bestehen (vgl. JDR. **5** § 129 ZPO.).

§ 133. RG. R. **07** 1408 Ziff. 3546. Ein außerhalb der mündlichen Verhandlung der Streitsache direkt beim Gerichte zu stellender Antrag kann nicht durch Aufnahme in einen dem Gegner zuzustellenden Schriftsatz gestellt werden. Auch die Niederlegung der Abschrift eines für den Gegner bestimmten Schriftsatzes auf der Gerichtsschreiberei ist keine Einreichung des Schriftsatzes an das Gericht. Ein ordnungsmäßiger — insbesondere zur Unterbrechung der Verjährung gemäß § 477 Abs. 2 BGB. geeigneter — Antrag auf Sicherung des Beweises liegt daher nicht vor, wenn dieser Antrag lediglich in die Klageschrift oder einen sonstigen dem Prozeßgegner zuzustellenden Schriftsatz aufgenommen ist. Das RG. läßt es dahingestellt, ob, wenn das Gericht auf einen in jener mangelhaften Form gestellten Antrag etwas Sachliches verfügt — was vom RG. als ziemlich unbedenklich erklärt wird — der Formmangel als geheilt anzusehen ist.

§ 137. 1. **RG.** BayRpflZ. **07** 65, JW. **07** 50, GruchotsBeitr. **52** 142. Die Verletzung des § 137 Abs. 4 kann auch in der Revisionsinstanz gerügt werden. Für die nach § 137 ZPO. gebotene Verstattung der Partei zum Worte ist aber Erfordernis, daß die Partei zur Sache selbst das Wort nimmt. Nicht zur Sache gehörige Anführungen können vom Gerichte zurückgewiesen werden.

2. Thiesing, R. **07** 119, behandelt den Unterschied zwischen Alternativ- und Eventualantrag.

3. Jacobsohn, JW. **07** 321, empfiehlt hinter § 137 neu einzuschalten: Beantragen die Parteien übereinstimmend vor dem Termine durch schriftlichen zu den Gerichtsakten eingereichten Antrag, nach Lage der Akten zu entscheiden, so hat das Gericht die Entscheidung zu treffen und den Parteien auf Antrag mitzuteilen.

§ 138. 1. *Walsmann, AcivPr. **102** 143. Alle Erklärungen, welche bezwecken, Urteilsgrundlage zu beschaffen, müssen an den Richter gerichtet werden: er ist alleiniger Adressat. Sie brauchen nicht auch der Gegenpartei gegenüber abgegeben zu werden, vielmehr genügt es, wenn ihr von der Erklärung in solcher Weise Kenntnis gegeben wird, daß sie die Möglichkeit zur Gegenerklärung hat. Letzteres kann durch Abgabe in der mündlichen Verhandlung in Gegenwart der Gegenpartei, aber auch durch Ankündigung im vorbereitenden Schriftsatze geschehen. — Die Erklärung der Aufrechnung, Anfechtung u. dgl. im Prozeß ist Prozeßhandlunig und Rechtsgeschäft zugleich, doch darf sie nicht in zwei Teile zerlegt werden. Die zivilrechtliche Erklärung verliert dadurch, daß sie Teil des Prozeßverfahrens wird, keineswegs ihre ursprüngliche Natur. Sie nimmt nur, indem sie sich dem Prozeßverfahren anpaßt, bestimmte prozessuale Eigenschaften an. So entsteht ein Gebilde, das vermöge seiner Doppelnatur teils den zivilrechtlichen, teils prozeßrechtlichen Grundsätzen untersteht. Über die Form der Abgabe und den Bestand während des Prozesses bestimmt das Prozeßrecht. Aber die zivilrechtliche Wirkung, die für die endgültige Regelung der materiellen Rechtslage entscheidend ist, richtet sich nach dem BGB. Sie kann demgemäß erst eintreten, wenn die Voraussetzungen des bürgerlichen Rechtes vorhanden sind. Daraus folgt: die prozessuale Erklärung kann nur in der mündlichen Verhandlung erfolgen. Die Erklärung im Schriftsatze hat regelmäßig nur die Bedeutung der Ankündigung. Eine lediglich zivilrechtliche Erklärung im Schriftsatz ist zwar nicht ausgeschlossen, jedoch nur dann anzunehmen, wenn zweifelsfrei zum Ausdrucke gebracht ist, daß die Partei schon eine definitive Erklärung will. Die Erklärung kann bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, eventuell noch in der Berufungsinstanz, jedoch nicht mehr in der Revisionsinstanz widerrufen werden. Für die privatrechtliche Wirkung ist aber die Unabänderlichkeit der Erklärung Voraussetzung. — Deshalb tritt diese Wirkung erst mit der Urteilsfällung ein. Erfolgt eine solche nicht, so kann sie dadurch herbeigeführt werden, daß der Anfechtende dem Anfechtungsgegner erklärt, er beharre bei seiner Anfechtung. Für die Frage, ob die Unverzüglichkeit, die auch hier erforderlich, gewahrt ist, muß der Zeitpunkt der prozessualen Erklärung und bei Ankündigung im Schriftsatze diese entscheiden.

2. a) **RG.** JW. **06** 745, R. **07** 187 Ziff. 334. Nur wenn der Kläger selbst eine der Anführung des Beklagten entsprechende Behauptung aufgestellt oder die vom Beklagten aufgestellte sich zu eigen gemacht hat, kann nach den aus §§ 138, 288 abzuleitenden Grundsätzen die ihm ungünstige Anführung des Beklagten als ein Geständnis angesehen und für die Entscheidung gegen ihn benutzt werden. Die bestrittene Behauptung einer Partei darf aber niemals allein deshalb für festgestellt erachtet werden, weil sie dem behauptenden Teile selbst ungünstig ist. **b) RG.** R. **07** 1469 Ziff. 3554. Hat gegenüber dem vom Beklagten gemäß § 831 BGB. substantiiert angetretenen Entlastungsbeweise der Kläger, ohne die entsprechenden tatsächlichen Angaben des Beklagten zu bestreiten, erklärt, „der Beklagte sei ja den fraglichen Beweis zu führen stets in der Lage", so kann, ohne daß es einer besonderen Fragestellung bedürfte, angenommen werden, daß der Kläger die vom Beklagten unter Beweis gestellten Behauptungen nicht bestreiten wolle.

§ 139. 1. **RG.** R. **07** 834 Ziff. 1865. Der Umfang der richterlichen Fragepflicht ist gesetzlich festgelegt und kann nicht durch Parteidisposition, etwa durch die Bitte einer Partei, zutreffendenfalls durch richterliche Frage auf Ergänzung ihres Vorbringens hinzuwirken, auf Fälle ausgedehnt werden, für die das Gesetz eine richterliche Fragepflicht nicht vorsieht.

2. a) **RG.** PucheltsZ. **07** 121, JW. **06** 472, RheinA. **103** II 287, EisenbE. **23** 72. Zeigt sich infolge des Mangels der Voraussehbarkeit, wie die Erwerbsverhältnisse

des jugendlichen Klägers sich in Zukunft gestalten werden, eine große Schwierigkeit, sogleich eine Verstümmelungsrente zu gewähren und ziffermäßig festzusetzen, so ist es Sache des Gerichts, gemäß § 139 Abs. 1 zu veranlassen, daß der Leistungsantrag in einen Feststellungsantrag umgeändert werde. **b)** **RG.** R. **07** 975 Ziff. 2301. Wird wegen Vermehrung der Bedürfnisse Ersatz verlangt, so ist näher darzulegen, nach welcher Richtung eine Vermehrung der Bedürfnisse zu erwarten ist; auf die abstrakte Möglichkeit, daß später Bedürfnisse auftreten könnten, ist nicht Rücksicht zu nehmen. Eine richterliche Fragepflicht in jener Hinsicht besteht nicht, wenn auf den Mangel der näheren Begründung des Ersatzanspruchs im Prozesse schon von anderer Seite — durch ein in der Sache ergangenes Revisionsurteil oder durch die Schriftsätze der Gegenseite — hingewiesen worden ist. **c)** **RG.** R. **07** 382 Ziff. 779. Eine Verletzung des § 139 liegt nicht vor, wenn der Kläger schon durch die Gründe des erstinstanzlichen Urteils auf die Unzulänglichkeit der von ihm zu diesem Punkte erbotenen Beweise und auf die Notwendigkeit der Ergänzung derselben in der nämlichen Weise, wie dies auch nachträglich das Berufungsgericht für erforderlich gehalten hat, hingewiesen worden war. Da Kläger daraufhin auch nicht in zweiter Instanz sein Beweismaterial ergänzt hatte, so war das Berufungsgericht ohne weiteres zu der Annahme berechtigt, daß er hierzu nicht imstande sei, und daher zur Ausübung des Fragerechts in der fraglichen Richtung nicht verpflichtet (ebenso **RG.** R. **07** 1469 Ziff. 3678). **d)** **RG.** R. **07** 187 Ziff. 335, JW. **06** 717 Ziff. 16. Lassen bei Zuschiebung von Eiden, die das Gericht für zu unbestimmt oder für unvollständig hält, die Umstände, namentlich der Inhalt des zugeschobenen Eides, erkennen, daß die beweispflichtige Partei nicht in der Lage ist, die Eide bestimmter zu fassen oder durch nähere Angaben zu vervollständigen, so besteht eine Fragepflicht des Gerichts nicht, da bei solcher Sachlage die Befragung der Partei von vornherein aussichts- und zwecklos erscheint. **e)** **RG.** ElsLothJZ. **07** 45. Das Fragerecht greift Platz, wenn nach den Umständen, namentlich nach der Fassung des in der Überzeugungsform zugeschobenen Eides anzunehmen ist, daß die beweispflichtige Partei in der Lage ist, den Eid bestimmter zu fassen oder durch nähere Angaben zu vervollständigen. **f)** **RG.** R. **07** 382 Ziff. 780. Eine Behauptung kann nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil Beweis dafür nicht erboten sei. Hat die Partei bei Vorbringen jener Behauptung sich den Beweis dafür vorbehalten, so ist das Gericht verpflichtet, durch entsprechende Frage die Bezeichnung der vorbehaltenen Beweismittel herbeizuführen. **g)** SächsRpflA. **07** 84 (Dresden). Hält der Berufungsrichter den Beweisantritt für nicht genügend sustantiiert, so muß er auf Ergänzung des Fehlenden durch Ausübung des Fragerechts hinwirken. **h)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 197. Geht der klägerische Antrag dahin, den Beklagten salva liquidatione zum Ersatze des dem Kläger durch einen (näher bezeichneten) Unfall erwachsenen Schadens zu verurteilen, so hat das Gericht den Inhalt des Klagebegehrens klarzustellen. **i)** BayObLG. **8** 243 (BayObLG.). Der Beklagte kann sich nicht darüber beschweren, daß dem Kläger nicht in vollem Umfange zugesprochen wurde, was er bei der Begründung seines Antrags beansprucht hatte, weil der Richter nicht auf Grund § 139 ZPO. die Ergänzung des Klagantrags durch den Kläger gefordert habe. **k)** BayObLG. **7** 149 (BayObLG.). Damit das Gericht einen von den Parteien außer acht gelassenen Rechtssatz anwenden dürfe, ist es nicht erforderlich, daß es die Parteien auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt hinweise (wie im Strafprozesse).

3. **RG.** SächsRpflA. **07** 557. § 139 hat nicht die Bedeutung, eine Partei auf von ihr nicht aufgestellte Rechtsbehelfe hinzuweisen. Ähnlich **RG.** ElsLothJZ. **07** 38, 167, BayObLG. **7** 149 (BayObLG.).

4. BayObLG. **8** 264 (BayObLG.). Der § 139 ZPO. ist in dem Verfahren nach Artt. 46—50 BayGebG., wenn die Entscheidung nach Art. 50 Abs. 1 BayGebG. ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgt, nicht anwendbar.

5. R. **07** 285 Ziff. 482 (Cassel). Die Verletzung des § 139 ZPO. begründet einen wesentlichen Mangel des Verfahrens im Sinne des § 539 ZPO.

§ 147. 1. *Hilse, SeuffBl. **06** 368. Auch in den zur Zuständigkeit der Gewerbe- bzw. der Kaufmannsgerichte gehörigen Rechtsstreitigkeiten ist eine Klageverbindung gestattet; doch kann diese nicht dahin führen, die durch § 55 GewGG. versagten Rechtsmittel zu verschaffen oder die Zulassung von Rechtsanwälten oder Prozeßagenten zu gestatten.

2. **RG.** R. **07** 1141 Ziff. 2764. Durch die Verbindung zweier Prozesse werden diese nicht so miteinander vermischt, daß die Einreden in dem einen Prozesse in dem anderen in der Berufungsinstanz auch ohne Zustimmung der Gegenseite als Klagebegründung verwertet werden können (vgl. GruchotsBeitr. **39** 441). Dies wird ebenso im Verhältnisse der Klage zur Widerklage gelten müssen, das mit der Verbindung von Klage und Gegenklage im wesentlichen gleichzustellen ist.

3. **a)** R. **07** 575 Ziff. 1175 (KG.). Nimmt in einem Wechselprozesse der Kläger wegen eines Teiles seines Anspruchs vom Wechselprozeß Abstand, so ist über diesen Teilanspruch und den im Wechselprozesse verfolgten Restanspruch getrennt zu verhandeln und zu entscheiden. **b)** **RG.** R. **07** 638 Ziff. 1321. Die Verbindung eines Hauptprozesses mit dem Verfahren über eine einstweilige Verfügung ist wegen der verschiedenen Art des Verfahrens zu beanstanden.

§ 148. 1. BraunschwZ. **54** 76 (Braunschweig). § 148 ZPO. bezieht sich lediglich auf solche Fälle, wo die Entscheidung des Rechtsstreits nicht erfolgen kann, ohne daß zugleich über eine den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildende Vorfrage mit entschieden wird. Es ist also ein Abhängigkeitsverhältnis erforderlich, Identität genügt nicht (**RG.** JW. **01** 120). Der Kläger hat bei Identität der zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung mit dem Gegenstand eines anderer Rechtsstreits einen Anspruch darauf, daß eine Entscheidung des Rechtsstreits erfolgt, wenn sie möglich ist (so **RG.** wiederholt; z. B. JW. **98** 599 Ziff. 7).

2. **a)** SeuffBl. **07** 119, DJZ. **07** 775, BayObLG. **7** 312 (BayObLG.). Es ist unzulässig, die Entscheidung eines Rechtsstreits wegen Abhängigkeit der Entscheidung vom Ausgang eines anderen Rechtsstreits auszusetzen, wenn in dem anderen Rechtsstreit über das Bestehen einer in dem gegenwärtigen Rechtsstreit aufrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderung gestritten wird. **b)** OLG. **15** 103, R. **07** 1208 Ziff. 2976 (Stuttgart). Im Urkundenprozesse kann eine Aussetzung des Verfahrens nur ausnahmsweise stattfinden. Jedenfalls läuft es dem Zwecke des Urkundenprozesses geradezu entgegen, wenn das angerufene Gericht, um dem Beklagten die Möglichkeit zu gewähren, sich für eine zurzeit als unstatthaft (nach § 598 ZPO.) zurückzuweisende Einwendung im Urkundenprozesse zulässige Beweismittel zu verschaffen, das Verfahren aussetzt. **c)** R. **07** 313 Ziff. 619 (Colmar). Von der Regel, daß im Urkundenprozeß eine Aussetzung des Verfahrens, wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem Zwecke jener Prozeßart, nicht zulässig ist (Freudenthal, Handausg. Anm. 1 e zu § 148), findet dann eine Ausnahme statt, wenn sich durch Ablehnung des Aussetzungsantrags des Beklagten Nachteile für ihn ergeben würden, die über den Zweck der durch den Urkundenprozeß zu schaffenden vorläufigen Regelung hinausgehen; als ein solcher Nachteil wäre namentlich die begründete Gefahr eines dem Beklagten durch die Nichtaussetzung drohenden unersetzlichen Vermögensschadens anzusehen. **d)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 820. Wenn gleichzeitig ein Rechtsstreit vor dem Prozeßgericht über die Herausgabe des Kindes und ein Erziehungsstreit vor dem Vormundschaftsgerichte schwebt, so kann das Prozeßgericht nach freiem Ermessen den Antrag auf Aussetzung ablehnen, um die Gegenpartei bis zur Entscheidung des Erziehungsstreits nicht schutzlos zu lassen (vgl. auch **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1002; dagegen JDR. **5** § 148 Ziff. 1). **e)** ElsLothJZ. **07** 578 (Colmar). Wenn einem auf einem Patente beruhenden Klaganspruch entgegen-

gehalten wird, das Patent sei mit der Nichtigkeitsklage angefochten, so hat das Prozeßgericht nur dann Anlaß, dem Antrage des Beklagten auf Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung über die Nichtigkeitsklage stattzugeben, wenn wahrscheinlich gemacht ist, daß die Klage Erfolg haben werde.

3. a) **RG.** FrankfRundsch. **41** 73. Beschwerde gegen einen den Antrag des Berufungsklägers auf Aussetzung der Verhandlung ablehnenden Beschluß ist unzulässig, wenn inzwischen die Berufung durch Endurteil, wenn auch nur durch Versäumnisurteil zurückgewiesen ist. **b)** **RG. 65** 66, JW. **07** 145. Mit der Entscheidung über das Bestehen des im Hauptprozesse von dem Beklagten in Anspruch genommenen Untersagungsrechts erledigt sich auch der Schadensprozeß gemäß § 945 ZPO. ohne weiteres. Zwischen beiden Rechtsstreitigkeiten ist also das im § 148 ZPO. vorausgesetzte Verhältnis der Präjudizialität vorhanden.

4. a) OLG. **15** 102, R. **07** 1208 Ziff. 2975 (KG.). Dadurch, daß das Nachlaßgericht gemäß Art 46 § 4 PrAG. dem überlebenden Ehegatten auf Antrag eines Miterben zur Erklärung über das dem märkischen Ehegatten in Ansehung der Erbfolge zustehende Wahlrecht eine Frist bestimmt hat, wird nicht ein „Rechtsstreit" über das Erbrecht bei dem Amtsgericht anhängig. **b)** **RG.** R. **07** 1409 Ziff. 3547. Bei der Besitzstörungsklage ist der Umstand, daß dem Kläger von einem Dritten in einem anderen Prozesse das Eigentum an der Grundfläche, auf die sich die Besitzstörung bezieht, streitig gemacht wird, nicht geeignet, einen Antrag auf Aussetzung der Verhandlung bis zur Entscheidung des anderen Prozesses zu rechtfertigen.

§ 149. 1. **RG.** SächsRpflA. **07** 37, GruchotsBeitr. **50** 1098. Gegen die Ablehnung einer Aussetzung der Verhandlung gemäß § 149 ZPO. ist, obwohl das Gesetz sie in das freie Ermessen des Gerichts stellt, an sich die sofortige Beschwerde des § 252 ZPO. zulässig [**RG. 15** 427]. Aber von einer nachträglichen Aussetzung der Verhandlung, auf welche ein Endurteil ergangen ist, kann nicht die Rede sein, da der Zweck dieser Aussetzung, die Berücksichtigung des Ergebnisses eines Strafverfahrens, bei der Entscheidung nicht mehr erreichbar ist. Der Antrag auf Aussetzung ist also mit Erlaß eines Urteils (auch Versäumnisurteils) gegenstandslos geworden und infolgedessen ist es auch die Beschwerde. So schon früher **RG. 29** 340 ff., **43** 426, JW. **89** 401 Ziff. 7.

2. R. **07** 255 Ziff. 485 (Frankfurt). Ob das Bestehen des Verdachts einer strafbaren Handlung angenommen worden ist, unterliegt der Nachprüfung des Beschwerdegerichts.

§ 156. BadRpr. **07** 30 (Karlsruhe). Der vom RG. ausgesprochene Grundsatz (JW. **94** 261 Ziff. 6, **97** 342 Ziff. 7), daß die Frage, ob die Verhandlung wieder zu eröffnen sei, nur nach dem in der stattgehabten und geschlossenen Verhandlung Vorgekommenen entschieden werden kann und daß infolgedessen auf Grund anderer, als der in der geschlossenen mündlichen Verhandlung geltend gemachten Tatsachen die Wiedereröffnung unzulässig sei, gilt auch für Ehesachen.

§ 157. 1. Küster, JW. **07** 161. Die Forderungsabtretung und das Inkassomandat, welche sich der Winkeladvokat, der Inhaber eines Inkassobureaus erteilen läßt, um die Forderung seines Auftraggebers in eigenem Namen für dessen Rechnung einklagen zu können, stellen sich als eine unerlaubte Umgehung des Gesetzes dar und sind als solche nichtig. Der Winkeladvokat, der Inhaber des Inkassobureaus kann sich demnach trotz einer ihm ausgestellten Zessionsurkunde weder auf eine gültige Forderungsabtretung, noch auf ein gültiges Inkassomandat berufen. Es fehlt ihm die Aktivlegitimation.

2. Über Rechtskonsulenten und Rechtsauskunftsstellen handelt von Welck, FischersZ. **32** 1.

§ 160. 1. **RG.** JW. **07** 146. Die Vorschrift des § 160 Abs. 3 ist erfüllt, wenn eine Schrift, deren Inhalt weder im Tatbestande noch in den Gründen erwähnt ist,

ausweislich des Sitzungsprotokolls als Protokollanlage überreicht und dem Protokoll als Anlage beigefügt ist.

2. Josef, BuschsZ. **37** 42. Während dem Prozeßgerichte die Beurkundung eines Vergleichs als Amtspflicht obliegt, liegt ihm die Beurkundung der Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts durch die Erklärung der Parteien nicht ob. Daher haben die Parteien, wofern die Bestätigung der öffentlichen Beurkundung oder auch nur der Schriftform bedarf, dem Prozeßgerichte die die Bestätigung enthaltende Urkunde einzureichen. Auch kann die Bestätigung nur von den Parteien persönlich, nicht von den Prozeßbevollmächtigten erklärt werden. ➻ Kritik des Aufsatzes in ÖstAGZ. **58** 367; das Ergebnis sei richtig, aber aus falschen Gründen. Red. ⟵

3. Kretzschmar, Der Charakter der Prozeßvergleichswirkung, BayRpflZ. **07** 305, 339, begründet eingehend seine Ansicht, daß weder ein spezifischer Formalcharakter, noch urteilsgleiche Rechtskraft für den Prozeßvergleich anzunehmen sei, daß vielmehr die Anfechtungsgründe dem materiellen Rechte zu entnehmen seien.

4. (Vgl. JDR. **5** § 160 ZPO. Ziff. 1, 2). **RG.** NaumburgAK. **07** 71. Behauptet die von neuem zur Verhandlung ladende Partei, der Vergleich sei aus Rechtsgründen ungültig gewesen, so darf weder der Vorsitzende die Anberaumung eines neuen Termins, noch das Gericht die weitere Verhandlung der Sache ablehnen. Ebenso OLG. **15** 115, HansGZ. **07** Beibl. 121 (Hamburg). AA. OLG. **15** 116 (Dresden, Jena). Vgl. unten § 263 Ziff. 4.

§ 164. Fuchs, R. **07** 173. Wenn das Protokoll über die Verkündung des angefochtenen Urteils vom Vorsitzenden nicht unterschrieben ist, beide Parteien jedoch behaupten, das Urteil sei verkündet worden, so ist das Gericht zwar nicht verpflichtet, die Verkündung als erfolgt anzusehen, da die bindende Kraft des Geständnisses für die Prüfung von Amts wegen nicht gilt. Es ist aber berechtigt, die Verkündung als erfolgt anzusehen und ist hieran nicht etwa durch die Vorschrift des § 164 Satz 1 gehindert; denn von einem Beweise der Verkündung des Urteils kann nur dann die Rede sein, wenn die Verkündung des Beweises bedarf, wenn also darüber, ob sie erfolgt ist, Streit besteht. Das gleiche gilt, wenn der Berufungsbeklagte die Behauptung des Berufungsklägers, daß die Verkündung erfolgt sei, nicht bestreitet. — Bestreitet aber der Berufungsbeklagte diese Behauptung, dann kann der Beweis der Verkündung nach § 164 Satz 1 nur durch das Protokoll geführt werden. Das Gericht muß aber in diesem Falle für berechtigt gehalten werden, das Protokoll dem Vorsitzenden mit dem Anheimgeben vorzulegen, es noch nachträglich zu unterschreiben.

§ 165. Freymuth, DJZ. **07** 124, führt die Bedenken auf, die gegen das Reskript des preuß. Justizministers vom 18. März 1885 sprechen, wonach bei landrichterlichen Lokalterminen in den Bezirken auswärtiger Amtsgerichte der Kostenersparnis halber in der Regel ein Gerichtsschreiber des betr. Amtsgerichts als Protokollführer zugezogen werden soll.

Zweiter Titel. Zustellungen.

I. Zustellungen auf Betreiben der Parteien.

Vorbemerkung: Von wissenschaftlichen Interesse sind die Entscheidungen zu § 171 Ziff. 1. — Wichtig ist das Urt. des KG. vom 18. April 1907: § 176 Ziff. 2 a).

§ 166. 1. Reger, SeuffBl. **07** 931, bekämpft die Ansicht des LG. Berlin I (vgl. JDR. **5** § 166 ZPO.), wonach der Gerichtsschreiber bei der Vermittelung von Zustellungen auf Betreiben der Parteien zu prüfen hat, ob besonderen Zustellungsersuchen der Partei stattzugeben sei.

2. RheinA. **104** I 154 (Cöln). Der Gerichtsschreiber eines Amtsgerichts hat nicht die Verpflichtung, zu ermitteln, ob in dem durch seine Vermittelung zuzustellenden Schriftstücke der Zustellungsempfänger richtig angegeben ist.

3. **RG.** RheinA. **104** II 243, PuceltsZ. **07** 261. Die Partei betreibt die Zustellung, der Gerichtsvollzieher ist ihr Beauftragter. Die die Zustellung betreibende Partei darf sich nicht damit begnügen, dem Gerichtsvollzieher den Auftrag zur Zustellung zu erteilen, sondern sie hat die ordnungsmäßige und rechtzeitige Ausführung des Auftrags zu ihrem eigenen Vorteile zu überwachen. Von dem Prozeßbevollmächtigten gilt dies erst recht. ➵ Das Urteil ist sehr bedenklich, insbesondere deswegen, weil das Verschulden des Gerichtsvollziehers dem des unwachsamen Prozeßbevollmächtigten gleichgeschätzt wird. Red. ⇠

4. NaumburgAK. **07** 78 (LG. Torgau). Es mangelt an gesetzlichen Bestimmungen darüber, wer den Auftrag zur Zustellung geben kann. Eine Zustellung erfolgt gültig, wenn der, der den Auftrag zur Zustellung gibt, von der Prozeßpartei hierzu beauftragt war. Der Nachweis dieses Auftrags kann unter Umständen durch eine nach der Zustellung beigebrachte Prozeßvollmacht erbracht werden.

5. **RG.** R. **07** 771 Ziff. 1681. Es ist allerdings Sache dessen, der sich auf eine Zustellung beruft, darzutun, daß die Zustellung ordnungsmäßig erfolgt ist. Liegt aber eine Zustellung vor, die sich äußerlich als ordnungsmäßig darstellt, so hat derjenige, der die Qualifikation des Zustellungsbeamten bestreitet, näher darzulegen, inwiefern der Zustellungsbeamte zur Zustellung, sei es überhaupt, sei es in dem Einzelfalle, nicht berechtigt gewesen sein soll.

§ 168. HessRspr. 8 62 (Darmstadt). Wenn troß Gegebenseins der Voraussetzungen des ersten Halbsatzes des § 168 doch eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt stattgefunden hat, so ist diese Zustellung nicht ungültig.

§ 169. R. **08** (Beibl. 2) 18 Ziff. 104 (Stuttgart). Die Notfrist ist gewahrt, wenn der behufs Wahrung der Frist bei Gericht eingereichte Schriftsatz während der Dienststunden in die Verfügungsgewalt des Gerichtsschreibers gebracht wird, mag dies auch nicht zum Bewußtsein des Beamten gekommen sein (vgl. unten zu § 207 Ziff. 1, 2).

§ 170. (Vgl. JDR. **5** § 170.) 1. WürttRpflZ. **1** 39 (Stuttgart). Eine Urteilszustellung ist unwirksam, wenn die dem obsiegenden Teile seitens des Gerichtsschreibers erteilte Ausfertigung nicht der Vorschrift des § 317 Abs. 3 ZPO. entsprechend mit dem Gerichtssiegel versehen war und dem Gegner eine beglaubigte Abschrift dieser „Ausfertigung“ zugestellt wurde.

2. a) BayObLG. **7** 590, R. **07** 63 Ziff. 60 (BayObLG.). Ist in der beglaubigten Abschrift der Name des Anwalts unrichtig angegeben — anstatt des Substituten der Name des durch diesen vertretenen Anwalts —, so kommt dem nur die Bedeutung zu, daß der Empfänger gegen die Nachteile geschützt wird, die ihm daraus entstehen, daß er sich auf die Richtigkeit der Abschrift verlassen hat. Die Zustellung selbst aber ist nicht nichtig. **b)** HessRspr. 8 62 (Darmstadt). Die Beglaubigungsbefugnis hat nur der Anwalt, der die Zustellung betreibt oder selbst bewirkt; doch kann er die Ausführung dieser Prozeßhandlung einem anderen Anwalt übertragen. In Sachen, für die Anwaltszwang gilt, muß der beauftragte Anwalt bei dem Prozeßgerichte zugelassen sein.

3. Wegen der Beglaubigung der Terminsbestimmung vgl. JDR. **5** § 170 Ziff. 3. Die Entscheidung zu a ist auch in BuschsZ. **37** 93 abgedruckt. Über das Thema handelt Boruſka, DGerVollZ. **06** 265.

§ 171. 1. a) SeuffBl. **07** 845 (München). Durch die Zustellung einer Klage an einen Prozeßunfähigen entsteht kein Prozeßverhältnis zwischen den Parteien. Nur ist tatsächlich beim Gericht ein Anspruch geltend gemacht, auf den ein Bescheid erfolgen muß, wenn dieser Bescheid auch nur in der Abweisung der Klage angebrachtermaßen bestehen kann. Zum Betriebe dieser Abweisung ist der Beklagte zuzulassen. Genau dasselbe gilt, wenn der Kläger die Klage zurückgenommen hat. Zu dem Antrage, die Kostenverpflichtung des Klägers durch Urteil auszusprechen,

ist der beschränkt geschäftsfähige Beklagte deswegen befugt, weil ihm hieraus nur Vorteile erwachsen können. **b)** NaumburgAK. **07** 79 (LG. Halle). Wird die Klageschrift dem minderjährigen prozeßunfähigen Beklagten, nicht seinem gesetzlichen Vertreter, zugestellt, so fehlt es an einer gültigen Klagerhebung. Eine Klagezurücknahme im Sinne des § 271 ZPO. kommt daher nicht in Frage. Ist trotz des Mangels Versäumnisurteil gegen den Beklagten ergangen und ist dagegen Einspruch eingelegt worden, so ist im weiteren Verfahren zunächst das Versäumnisurteil als trotz Mangels einer Prozeßvoraussetzung ergangen aufzuheben, sodann aber die Klage selbst angebrachtermaßen abzuweisen, wobei der Klägerin sämtliche Kosten aufzuerlegen sind. ➠ Diese Entscheidung weckt den Wunsch nach einer zusammenfassenden Behandlung derartiger Probleme der Nichtigkeit von Zustellungen und Urteilen, an der es leider für den Zivilprozeß gebricht. Red. ⟵

2. PrVerwBl. **28** 969 (PrOVG.). Zustellungen an eine preußische Schulgemeinde werden durch Zustellung an den Vorsitzenden des Schulvorstandes vollzogen.

3. **RG.** R. **07** 1539 Ziff. 3840. Aus den Bestimmungen in §§ 171, 172, 173 ZPO. ergibt sich, daß die Person, der wirksam die Klage zugestellt werden kann, nicht notwendig auch zur Prozeßführung berechtigt zu sein braucht.

§ 173. 1. LeipzZ. **07** 676 (Colmar). Die an einen inländischen Generalagenten bewirkte Zustellung einer gegen eine ausländische Versicherungsgesellschaft gerichteten Klage aus dem Versicherungsvertrag ist ungültig. Der Generalagent kann nicht ohne weiteres als zur Führung eines etwaigen Prozesses im voraus bevollmächtigt gelten.

2. **RG.** R. **07** 1469 Ziff. 3679. Die Zulässigkeit der Zustellung an den Generalbevollmächtigten einer Partei ist nicht auf die Fälle zu beschränken, in denen die Vollmacht schlechthin alle Vermögensangelegenheiten des Vollmachtgebers umfaßt. Nach dem Sprachgebrauche wird im Rechtsleben der Ausdruck Generalvollmacht allgemein auch dann angewendet, wenn sich die Vollmacht nur auf einen bestimmten, durch objektive Merkmale begrenzten größeren Kreis von Vermögensangelegenheiten des Vollmachtgebers bezieht, sofern sie nur den Bevollmächtigten ermächtigt, innerhalb dieses Kreises den Vollmachtgeber bei allen Angelegenheiten zu vertreten. Es liegt kein Grund vor, den Ausdruck Generalbevollmächtigter im § 173 ZPO. in einem anderen, engeren Sinne zu verstehen. Ist daher jemand bevollmächtigt, einen bestimmten größeren Teil des Vermögens eines anderen zu verwalten, so ist er für die Zustellung eines Arrestbefehls, durch den die Einkünfte dieses Vermögensteils beschlagnahmt werden sollen, als Generalbevollmächtigter des Schuldners im Sinne des § 173 anzusehen.

§ 176. 1. OLG. **14** 162, BayRpflZ. **07** 114 (Augsburg). Die Klage nach § 771 ZPO. macht einen selbständigen Anspruch des Interventionsklägers geltend; sie ist weder als eine Fortsetzung des früheren Verfahrens noch als Teil des Zwangsvollstreckungsverfahrens anzusehen.

2. **a)** OLG. **15** 104, RheinA. **104** I 43, R. **07** 1208 Ziff. 2978 (Cöln). § 176 gilt auch für das — gleichviel ob durch Klage oder durch Antrag eingeleitete — Entmündigungsverfahren. **b)** BadNotZ. **5** 33 (anonym). In Zwangsversteigerungssachen sind die Bestimmungen der ZPO. über Zustellungen und damit der Grundsatz maßgebend, daß Entscheidungen den Parteivertretern zugestellt werden müssen. **c)** Tolksdorf, IndustRZ. **1** 146. § 176 gilt auch im Patentverfahren. **d)** OLG. **15** 261, SeuffBl. **07** 496, ZBlFG. **8** 279, NaumburgAK. **07** 53, RJA. **8** 249 (18. 4. 07, KG.). In Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann eine Zustellung an den Beteiligten auch dann wirksam erfolgen, wenn er einen Bevollmächtigten für das Verfahren bestellt hat. § 176 ZPO. ist nicht anwendbar. Ebenso R. **07** 1470 Ziff. 3680 (Colmar). **e)** PrOVG.

49 190 (PrOVG.). § 176 findet im Verwaltungsstreitverfahren keine Anwendung.

3. OLG. **15** 261 (KG.). Zustellungen in einem Offenbarungseidsverfahren, welches zur Vollstreckung einer einstweiligen Verfügung betrieben wird, müssen an den Anwalt des Schuldners erfolgen, dem für das die einstweilige Verfügung betreffende Verfahren Vollmacht erteilt worden war.

§ 179. KGBl. **07** 45 (LG. Berlin). § 179 findet keine Anwendung auf den Prozeßbevollmächtigten der Erben, wenn der Nachlaßverwalter in den Rechtsstreit eingetreten ist (vgl. JDR. **5** § 179 ZPO.).

§ 181. **RG.** BadRpr. **06** 254, JustdBl. **1** 136. Die Zustellung an die sich als die Ehefrau des Zustellungsempfängers ausgebende Haushälterin ist rechtswirksam.

§ 183. 1. OLG. **15** 104 (München). Von zwei assoziierten Anwälten ist nicht der eine der „Gehilfe" des anderen.

2. OLG. **15** 105, PrOVG. **48** 444 (PrOVG.). Außerhalb des Geschäftslokals ist die Zustellung an einen Gehilfen selbst dann unwirksam, wenn er zur Annahme bereit ist.

3. R. **07** 702 Ziff. 1463 (Colmar). Für die Vornahme einer Ersatzzustellung an einen Gewerbetreibenden ist es nicht Voraussetzung, daß vorher eine Zustellung an ihn in seinem Geschäftslokale versucht werde.

§ 188. Hampp, JustdBl. **1** 5, 18. In Bayern ist der Geburtstag des Königs kein allgemeiner Feiertag.

§ 190. 1. **RG.** R. **07** 1539 Ziff. 3841. Der Inhalt der Zustellungsurkunde ist für sich allein für die Beurteilung der Wirksamkeit der Zustellung nicht maßgebend (vgl. **RG.** **17** 413, **37** 414). Ein unvollständiger Inhalt darf anderweitig ergänzt werden.

2. Wegen Abweichung der Abschrift einer Zustellungsurkunde von der Urschrift vgl. JDR. **5** § 190, ElsLothJZ. **07** 30.

3. OLG. **15** 105, R. **07** 1209 Ziff. 2980 (Hamburg). Wird die Abschrift der Zustellungsurkunde nicht durch die handschriftlich vollzogene Unterschrift des Gerichtsvollziehers, sondern nur mit seinem durch Blaustempel aufgedrückten Namen bescheinigt, so ist es dem Ermessen des Gerichtsschreibers (event. des Prozeßgerichts) überlassen, ob das Rechtskraftzeugnis zu erteilen ist.

§ 194. a) Buerschaper, DJZ. **07** 235. Durch § 194 ist dem Gerichtsvollzieher kein Monopol eingeräumt. Die Privatzustellung durch die Post ist de lege lata nicht ausgeschlossen; sollte dies der Fall sein, so empfiehlt sie sich jedenfalls de lege ferenda. Demgegenüber macht **b)** Grimm, DJZ. **07** 1016, geltend, daß nach geltendem Rechte diese Privatzustellung unzulässig ist. Er schlägt vor, dem Rechtsanwalte neben seiner Beglaubigungsbefugnis nach § 170 Abs. 2 ZPO., auch noch die weitere Beurkundung auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks zu übertragen, daß er eine beglaubigte Abschrift desselben zum Zwecke der Zustellung der Post übergeben habe.

§ 195. BadRpr. **07** 277. Das Reichspostamt hat vom 1. Oktober 1907 ab den Briefträgern usw. gestattet, zur Ausfüllung der Postzustellungsurkunden und ihrer Abschriften statt der Tinte geeignete Tintenstifte zu verwenden.

§ 199. OLG. **15** 264 (Celle). Ob die Zustellung an eine im Auslande wohnende Partei durch Aufgabe zur Post (§§ 174, 175) oder gemäß § 199 ZPO. erfolgen soll, hat bei Zustellungen auf Parteibetreiben nur die betreibende Partei, nicht der Vorsitzende des Prozeßgerichts zu entscheiden.

§ 202. ElsLothJZ. **07** 480 (Colmar). Ist von in Frankreich wohnenden Personen die Annahme zuzustellender Schriftstücke verweigert, und sind diese Schriftstücke ihnen nicht zurückgelassen, sondern an die ersuchende deutsche Behörde zurückgeschickt worden, so ist keine Zustellung erfolgt.

§ 204. **RG. 64** 44. Auch wenn die öffentliche Zustellung der Klage bewilligt und bei Erlaß des Versäumnisurteils die Einspruchsfrist gemäß § 339 Abs. 2 ZPO. festgesetzt worden war, so ist zur öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils ein erneuter Gerichtsbeschluß erforderlich.

§ 206. RheinA. **104** I 119 (Düsseldorf). Die Zustellung ist gültig, auch wenn die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung mit Unrecht angenommen sind und dies der zustellenden Partei bekannt war.

§ 207. 1. OLG. **15** 105, R. **07** 1209 Ziff. 2981 (KG.). Ein Schriftsatz gilt bei dem Gerichtsschreiber als eingereicht mit dem Augenblicke, wo er in den amtlichen Gerichtsbriefkasten — sei es auch nach Schluß der Geschäftsstunden der Gerichtsschreiberei — eingeworfen ist (vgl. oben zu § 169 ZPO.).

2. SächsOLG. **28** 544 (Dresden). Durch den nach Ablauf der Geschäftszeit unternommenen Versuch der Einreichung eines Schriftsatzes bei der Gerichtsschreiberei wird die Notfrist nicht gewahrt, wenn der Gerichtsschreiber die Annahme verweigert.

3. **a)** RheinA. **103** I 202 (Cöln). Das OLG. Cöln ist für Berufungen gegen Urteile der seit 16. September 1906 zum OLG. Düsseldorf abgezweigten Landgerichte nicht mehr zuständig, wenn die vor dem 16. September 1906 bei dem Gerichtsschreiber des OLG. Cöln rechtzeitig eingereichte Berufungsschrift erst nach diesem Zeitpunkte zugestellt worden ist. **b)** Genau entgegengesetzt: RheinA. **103** I 133 (Düsseldorf).

Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen.

§ 214. DJZ. **07** 191, R. **07** 255 Ziff. 486 (Stuttgart). Die Klagerhebung ist unwirksam, wenn die zugestellte Klageschrift irrigerweise einen in der Vergangenheit liegenden Tag als Verhandlungstermin bezeichnet. Denn eine Ladung auf einen solchen Termin ist an sich widersinnig, auf etwas Unmögliches gerichtet und läßt sich daher überhaupt nicht als Ladung bezeichnen.

§ 216. SeuffBl. **07** 1004 (München). Verweigert der Vorsitzende die beantragte Bestimmung eines Termins, in dem die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung beantragt werden soll, so kann die beantragende Partei sich hierdurch nicht für beschwert erachten.

§ 217. PosMSchr. **07** 77, SeuffA. **62** 428, OLG. **15** 265 (Posen). Die schwurpflichtige Prozeßpartei hat keinen Anspruch auf Innehaltung der Ladungsfrist des § 217 bei Ansetzung des Schwurtermins.

§ 218. HansGZ. **07** Beibl. 27 (Hamburg). Zu einem nach der Beweisaufnahme von Amts wegen anberaumten und den Parteianwälten bekannt gemachten neuen Termine braucht die Partei, die darin ein Versäumnisurteil beantragen will, den Gegner nicht zu laden. Aus § 218 ZPO. ergibt sich nicht die Notwendigkeit einer solchen Ladung. — Ebenso bei vertagtem Verhandlungstermine: SächsOLG. **28** 454 (Dresden).

§ 219. **RG.** R. **07** 771 Ziff. 1682. Der für Termine an der Gerichtsstelle, insbesondere für Verhandlungstermine geltende Grundsatz, daß die in der Ladung angegebene Stunde nur den frühesten Beginn des Termins bezeichnet, im übrigen aber die Sache jederzeit während der Dauer der Sitzung aufgerufen werden kann, läßt sich nicht ohne weiteres auf Termine in der Wohnung eines Zeugen ausdehnen. Eine angemessene Zeit zu warten, darf aber auch hier den Beteiligten zugemutet werden; wann diese Zeit abgelaufen ist, läßt sich nur nach den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles beurteilen.

§ 222. M e r ck, BayRpflZ. **07** 491, führt aus, daß Mariä Himmelfahrt, Karfreitag, Fronleichnam und Allerheiligen in der Pfalz allgemeine Feiertage gemäß § 222 ZPO. sind. ➼ Wegen Königsgeburtstag vgl. oben zu § 188 ZPO. Red. ⟵

§§ 224, 225. OLG. **15** 106 (Hamburg). Gegen die auf Antrag der einen Partei erfolgte Vorverlegung des Verhandlungstermins ist keine Beschwerde gegeben.

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Vorbemerkung: Wichtig sind die Entscheidungen zu § 233 Ziff. 1.

§ 233. 1. a) **RG.** JW. **07** 517. Bei Versagung des Armenrechts kann der Umstand, daß der ablehnende Beschluß erst nach Ablauf der Notfrist zugestellt worden ist, nicht als unabwendbarer Zufall angesehen werden. **b)** SächsRpflA. **07** 112 (Dresden). Hat eine Partei rechtzeitig um die Erteilung des Armenrechts für die Berufungsinstanz gebeten, und wird ihr dieses erteilt, aber so spät, daß die rechtzeitige Berufungseinlegung unmöglich ist, so ist die Versäumung der Notfrist als auf einem unabwendbaren Zufalle beruhend anzusehen. Anders, wenn das Armenrecht versagt worden ist. In diesem Falle darf die rechtzeitige Berufungseinlegung nicht unterlassen werden. **c) RG.** R. **07** 771 Ziff. 1683. Ist ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für die Berufungsinstanz 6 Tage vor Ablauf der Berufungsfrist bei Gericht eingereicht worden, und sind dort auch die Prozeßakten so rechtzeitig eingegangen, daß für die Beschlußfassung noch eine fünftägige Frist verblieb, so ist es für den Gesuchsteller ein unabwendbarer Zufall, wenn der Beschluß auf Bewilligung des Armenrechts erst nach Ablauf der Berufungsfrist erging. **d)** KGBl. **07** 56, JustdBl. **2** 46 (KG.). Die Wiedereinsetzung ist begründet, wenn durch Verschulden der Gerichtsschreiberei eine rechtzeitige Erledigung des Armenrechtsgesuchs verhindert und infolgedessen die Frist versäumt worden ist. **e)** Wegen Fristversäumung infolge Verschuldens des Armenanwalts vgl. JDR. **5** § 233 ZPO. Ziff. 1 d. **f) RG.** JW. **07** 51. Für den Gerichtsschreiber besteht keinerlei Verpflichtung, dem Armenanwalt irgendwelche Mitteilungen zu machen. Die Partei hat ihren Armenanwalt selbst auf den bevorstehenden Fristablauf hinzuweisen.

2. RheinA. **104** I 119 (Düsseldorf). Die bloße Abwesenheit des Beklagten vom Orte des Prozeßgerichts und seine dadurch bedingte Unkenntnis von der erfolgten öffentlichen Zustellung des Urteils bildet auch dann keinen Wiedereinsetzungsgrund, wenn die Voraussetzungen für die öffentliche Zustellung nicht gegeben waren (vgl. **RG.** JW. **06** 567, aber auch JW. **06** 470).

3. KGBl. **07** 97 (LG. Berlin). Die Frist für Erhebung der Klage zur Anfechtung von Entscheidungen der Aufsichtsbehörde aus Krankenkassenstreitigkeiten nach § 58 KrankVG. ist keine Notfrist; gegen ihre Versäumung gibt es daher keine Wiedereinsetzung.

§ 234. 1. **RG. 65** 193, JW. **07** 205, R. **07** 1264 Ziff. 3132. Für den Beginn der Wiedereinsetzungsfrist nach § 234 ZPO. ist der Zeitpunkt maßgebend, zu dem das Hindernis tatsächlich gehoben worden ist, und nicht der Zeitpunkt, zu dem es gehoben werden konnte. AA. SächsOLG. **28** 255 (aufgehoben).

2. **RG.** SchlHolstAnz. **07** 184. Die Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist keine Notfrist; die §§ 116, 207 Abs. 2 ZPO. finden daher keine Anwendung.

§ 238. Wegen eines interessanten Falles von Verwerfung einer Revision wegen Nichtvorlegung des zugestellten Berufungsurteils und des Antrags auf Wiedereinsetzung vgl. **RG.** JW. **06** 756.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 239. 1. **RG.** JW. **07** 180, R. **07** 382 Ziff. 781. Ist nach Anzeige des Klägers im Anwaltsprozesse der Beklagte vor Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz gestorben, bestreitet das der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten als unbekannt, wird auch von keiner Seite ein Aussetzungsantrag gestellt, so ist der etwa eingetretene Tod des Beklagten ohne jede Bedeutung für das weitere Verfahren; Ermittelungen von Amts wegen darüber, ob die Behauptung des Klägers wahr sei und im Bejahungsfalle, wer die Rechtsnachfolger des Beklagten seien, liegen dem Gerichte nicht ob.

2. **RG.** R. **07** 1073 Ziff. 2587. Die in einem formell gültigen Testament als Vorerbin eingesetzte Witwe einer Prozeßpartei ist durch die Erbeinsetzung als solche legitimiert, den Prozeß an Stelle ihres verstorbenen Ehemanns aufzunehmen. Die Gegenseite kann dieser Aufnahme nicht mit der Begründung widersprechen, daß sie die Erbeinsetzung wegen Erbunwürdigkeit, wegen Entziehung des Pflichtteils und wegen unzulässiger Verfügung über ein Fideikommiß anfechten werde.

3. OLG. **15** 107 (Breslau). Wenn der Kläger nach der Zustellung des den Beklagten verurteilenden Urteils verstorben ist, so ist der Beklagte nicht berechtigt, bei dem Berufungsgericht auf Aussetzung des Verfahrens mit der Begründung anzutragen, daß dasselbe durch den Tod des Klägers unterbrochen sei.

§ 240. 1. a) **RG.** JW. **07** 108, LeipzZ. **07** 230. Die Klage auf Löschung eines Warenzeichens, das ein Zubehör des (zur Konkursmasse gehörigen) Geschäfts des Beklagten und mit diesem veräußerlich ist, wird durch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Beklagten unterbrochen. b) **RG. 65** 132, R. **07** 895 Ziff. 2113. Verwerfung des Widerspruchs des Konkursverwalters gegen die Aufnahme des Rechtsstreits wegen mangelnder Identität des ursprünglichen Wandelungsbegehrens und der späteren Schadensersatzforderung.

2. BadRpr. **07** 182, LeipzZ. **07** 298 (Karlsruhe). Hatte der spätere Gemeinschuldner zur Abwendung des für den Klaganspruch verfügten Arrestes hinterlegt, so betrifft — nach Eröffnung des Konkurses — das Verfahren über die Klageforderung die Konkursmasse erst dann nicht, wenn der Kläger auf sein Absonderungsrecht (gesetzliches Pfandrecht an dem hinterlegten Betrage) verzichtet. Denn solange dieser Verzicht nicht ausgesprochen ist, wird tatsächlich über den Bestand der Masse prozessiert.

3. OLG. **15** 108 (Hamburg). Ein nach der Konkurseröffnung erlassenes Versäumnisurteil gegen den Beklagten und jetzigen Gemeinschuldner wird durch Einspruch beseitigt.

4. **RG.** LeipzZ. **07** 228. Die trotz der Unterbrechung des Verfahrens infolge der Konkurseröffnung stattfindende mündliche Verhandlung ist ohne rechtliche Wirkung. Diese Unwirksamkeit teilt sich notwendig der auf Grund der Verhandlung ergangenen Entscheidung mit, wenn auch diese als richterliches Urteil nicht schon wie die Prozeßhandlungen der Parteien von Gesetzes wegen wirkungslos ist, sondern erst durch die gegebenen Rechtsmittel beseitigt werden muß (vgl. **RG. 45** 327). Dem persönlich verurteilten Gemeinschuldner muß die Befugnis eingeräumt werden, die Entscheidung mit Hilfe des gesetzlichen Rechtsmittels zu beseitigen. ➵ Der letzte Satz wird von der Red. der LeipzZ. bekämpft; nach ihrer Ansicht konnte nur der Konkursverwalter Revision einlegen. Ein größerer Mangel liegt aber in der Unklarheit des Begriffs „Unwirksamkeit". Ein „unwirksames" Urteil, das nur durch ein Rechtsmittel beseitigt werden kann, unterscheidet sich vor der ordnungsmäßigen Aufhebung nur darin von einem wirksamen Urteile des gleichen Gerichts, daß seine Mangelhaftigkeit von dem zuständigen und angerufenen Rechtsmittelgerichte von Amts wegen berücksichtigt werden muß. Dieser Zustand wird durch das Wort „Unwirksamkeit" jedenfalls sehr mangelhaft bezeichnet. Die Lehre der Unwirksamkeit der Zivilurteile bedarf dringend der Nachprüfung. Red. ⇜

§ 244. a) Dennler, SeuffBl. **07** 723. Nach Erledigung eines Rechtsstreits durch Urteil oder Vergleich wird das Verfahren nur im Verhältnisse der einen Instanz zu der höheren, nicht aber überhaupt beendet, so daß es möglich ist, das Verfahren zum Zwecke der Kostenfestsetzung fortzusetzen. Tritt eine Unterbrechung dieses Kostenfestsetzungsverfahrens nach § 244 ZPO. ein, so bedarf es einer Aufnahme des Verfahrens gemäß § 244 ZPO. b) BayRpflZ. **07** 394 (München). Die Kostenfestsetzung ist ein selbständiges Nachverfahren, das zur ersten Instanz gehört, und kann selbständig unterbrochen werden.

§ 246. OLG. **15** 107, R. **07** 1209 Ziff. 2983 (Breslau). Unter „Vertretung" ist eine für eine bestimmte Instanz bestellte Vertretung zu verstehen.

§ 248. OLG. **15** 107, R. **07** 1264 Ziff. 3133 (Breslau). „Prozeßgericht" ist nach Zustellung des ersten Urteils nicht mehr das Amts-, sondern das Landgericht, wenn auch die Berufung noch nicht eingelegt ist.

§ 249. 1. BadRpr. **07** 182 (Karlsruhe). Ergeht zuwider § 249 eine richterliche Entscheidung, so muß ihre Unwirksamkeit durch den nach der Art der Entscheidung geordneten Rechtsbehelf geltend gemacht werden. Dazu muß derjenige, gegen den sich die Entscheidung richtet, befugt sein. Aus der etwaigen Prozeßunfähigkeit des Gemeinschuldners ist ein Bedenken nicht herzuleiten (vgl. oben zu § 240 Ziff. 4).

2. **RG.** R. **07** 1470 Ziff. 3681. Ist infolge des Todes einer Prozeßpartei das Verfahren unterbrochen oder auf Antrag ausgesetzt, so ist eine Vereinbarung zwischen den Erben der verstorbenen Partei und der Gegenpartei, daß die ersteren ohne weiteres in den Prozeß eintreten sollten, nicht geeignet, eine Aufnahme des Verfahrens und somit die Beendigung der Aussetzung unmittelbar zu bewirken; es bedarf vielmehr immer noch der Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem die Aufnahme erklärt wird (vgl. **RG. 13** 316, **14** 334, **20** 409, **38** 416 u. **41** 405).

§ 250. **RG.** R. **07** 1470 Ziff. 3682. Da seit der Novelle vom 5. Juni 1905 die Einlegung der Revision nach § 553 ZPO. durch Einreichung der Revisionsschrift bei dem Revisionsgericht erfolgt, so besteht, wenn nach Zustellung des Berufungsurteils das Verfahren unterbrochen oder auf Antrag ausgesetzt worden ist, nicht mehr die früher vorhandene Möglichkeit, durch die Einfügung der Aufnahmeerklärung in die Revisionsschrift und durch die auf diese Weise erfolgende gleichzeitige Zustellung der Aufnahme- und der Revisionserklärung zu bewirken, daß die Aufnahme als gleichzeitig mit der Einlegung der Revision und somit rechtzeitig erklärt gelten könnte (vgl. **RG. 30** 410). Eine Verletzung der im § 250 ZPO. für die Aufnahme des Verfahrens gegebenen Formvorschrift ist indes als Verletzung einer die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift gemäß § 295 ZPO. durch Verzicht bzw. Nichtrüge heilbar.

§ 251. KGBl. **07** 18 (LG. Berlin II). Erscheint im Termine zur Leistung des Offenbarungseids weder Gläubiger noch Schuldner, so ruht das Verfahren nicht dergestalt, daß es nur durch neue Ladung wieder in Gang gebracht werden kann; vielmehr kann der Antrag auf Erlaß des Haftbefehls auch nach dem Termine schriftlich gestellt werden.

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteil.

Vorbemerkung: Die Lehre vom Klagerechte wird von Hölder, JheringsJ. **51** 315—412, behandelt; Verweisungen auf den Aufsatz befinden sich bei verschiedenen Paragraphen. Im übrigen ist die Literatur spärlich. Die Rechtsprechung hatte sich viel mit den Bestimmungen dieses Titels zu befassen, Entscheidungen von größerer Tragweite sind jedoch selten. Die Entscheidungen zu §§ 268, 271, 286 bieten manches Interessante.

Vor § 253. OLG. **15** 116, R. **07** 1266 Ziff. 3148 (KG.). Jede Klage setzt ein Rechtsschutzbedürfnis, ein Interesse des Klägers an dem von ihm erstrebten Urteile voraus; der Rechtsschutz ist deshalb zu versagen, wenn nach der bestehenden Sachlage der Kläger kein Interesse hat. Ein solches liegt dann nicht vor, wenn der Kläger einen der im § 794 bezeichneten Vollstreckungstitel bereits erlangt hat (vgl. auch zu § 322 ZPO. Ziff. 4, wo reichlich Zitate).

§ 253. 1. Abs. 2 Ziff. 1 (vgl. oben zu §§ 50, 51). a) Fränkel, Namen-, Personen- und Parteiverwechselung im Prozesse, DJZ. **07** 294, unterscheidet drei

Arten von fehlerhaften Parteibildungen und Verfahren. a) Will A. gegen B. vorgehen, glaubt, B. sei C., bezeichnet ihn daher in der Klageschrift als C., richtet aber die Klageschrift und die weiteren Prozeßhandlungen gegen B., so wird B. Partei aber unter fremder Maske, sein Namen oder andere Kennzeichen seiner Persönlichkeit sind verwechselt. Während des Hauptverfahrens im Prozeß ist hier der Fehler unbedenklich zu verbessern. Ob er auch im Urteile verbessert werden kann, ist zweifelhaft; jedenfalls kann die Vollstreckung gegen die Partei durch Vermittelung der actio iudicati erfolgen. b) Will A. gegen B. vorgehen, bezeichnet B. auch in der Klageschrift als Anspruchsgegner, richtet die Schrift und die weiteren Prozeßhandlungen jedoch gegen C., so wird und bleibt B. Partei, unter seiner Maske tritt jedoch eine andere Person auf. In diesen Fällen geht die Verhandlung und Entscheidung gegen die Partei. Greift sie noch während des Hauptverfahrens ein, so können die Verfahrensmängel geheilt werden; ergeht gegen sie ein Urteil, so kann sie im Zivilprozesse den Mangel, abgesehen von den Rechtsmitteln, mit der Nichtigkeitsklage aus § 579 Ziff. 4 ZPO. geltend machen. c) Beabsichtigt A. gegen B. vorzugehen, hält B. für C. und richtet daher die Klageschrift und die weiteren Prozeßhandlungen gegen C., so wird C. Scheinpartei. Das auf ein falsches Geleise getretene Verfahren bedarf zu seiner Beendigung eines prozessualen Mittels. Die ZPO. kennt hierfür kein eigenartiges Mittel; der Kläger kann vor dem Urteile die Klage zurücknehmen, nach dem Urteile von ihm keinen Gebrauch machen; der Beklagte muß vor dem Urteile seine Passivlegitimation bestreiten, nach dem Urteile hat er bloß die Rechtsmittel oder den Einspruch. **b**) Wachsmann, Die Firma als Bezeichnung der Prozeßpartei, GruchotsBeitr. **51** 313. Die Vorschriften der §§ 124 u. 17 Abs. 2 HGB. sind als prozeßrechtliche anzusehen, da § 124 die Bestimmung des § 50 Abs. 1 ZPO. erweitert und § 17 Abs. 2 in die Bestimmung des § 253 ZPO. eingreift. Während § 124 eine sog. materielle Prozeßvorschrift darstellt, die für den ganzen Rechtsstreit gilt, ergibt sich § 17 Abs. 2 als eine eigentliche Verfahrensvorschrift, die ausschließlich für die Klageschrift gegeben ist. Die Ausdehnung des § 17 Abs. 2 in dem Sinne, daß die Klageschrift nicht zu erkennen zu geben brauche, ob ein Einzelkaufmann oder eine offene Handelsgesellschaft Partei sei, entspricht also nicht dem Willen des Gesetzgebers, der geflissentlich vermieden hat, den Satz aufzustellen, daß eine Firma klagen und verklagt werden könne. Die Frage, ob auch seit 1. Januar 1900 die bloße Angabe der Firma ohne Klarstellung, ob ihr Träger ein Einzelkaufmann oder eine oHG. sei, in der Klage genüge, ist **RG. 54** 15 bejaht worden. Die Praxis zeigt Neigung, dieses Urteil dahin auszulegen, daß das Gericht nicht zu wissen brauche, wer die Person oder die Personen seien, die unter der Firma klagen oder verklagt werden, und ferner den Satz aufzustellen, daß nicht bloß § 253, sondern auch §§ 56 u. 313 ZPO. durch die §§ 17 Abs. 2 u. 124 HGB. modifiziert seien; hingewiesen wird auch auf das Urteil des **RG.** JW. **90** 41 Ziff. 4. Hauptsächlich ist hier Staub zu nennen (Anm. 29 zu § 17 des Kommentars). Diese Ansichten, auch die des RG., sind nicht unbedenklich. Bei der Streitfrage, ob die Firmenbezeichnung die Parteibezeichnung im Sinne des § 253 Abs. 2 Ziff. 1 ist, handelt es sich darum, ob nicht aus der Bezeichnung unmittelbar die Individualität der Partei hervorgehen muß, und daß dies Abs. 2 Ziff. 1 erfordert, wird nicht bestritten werden können, ebensowenig, daß ihrem Wesen nach der Einzelkaufmann und die oHG. verschiedene Parteien sind. Ob eine oder mehrere natürliche Personen, ob eine juristische Person, eine der Handelsgesellschaften, eine GmbH. oder eine Genossenschaft auftritt, ist nicht bloß für materiell-rechtliche Fragen, die zu entscheiden sind, sondern für das Verfahren selbst, in erster Linie das Zustellungsverfahren, von wesentlicher Bedeutung. In jedem dieser Fälle handelt es sich rechtlich und tatsächlich um eine andere Partei, und es muß aus der Parteibezeichnung unmittelbar hervorgehen, welcher der Fälle gegeben ist. Der Name des beklagten Einzel-

kaufmanns braucht freilich in der Klage nicht angegeben zu werden (§ 17 Abs. 2); aber die oHG. muß darin als solche bezeichnet werden. — Es ist nicht anzunehmen, daß das Prozeßgericht zu der Aufklärung, ob eine oHG. oder ein Einzelkaufmann, und welcher Einzelkaufmann Partei ist, nicht oder nur in Ausnahmefällen berufen ist, und, wenn dies den Parteien beliebt, ein Urteil für oder gegen eine Firma schlechthin zu erlassen hat (wird ausgeführt, mit Polemik gegen Staubs Komm.). **c)** **RG.** R. **07** 1539 Ziff. 3842. Wenn neben der unter ihrer Firma verklagten oHG. auch noch ein Gesellschafter mitverklagt wird, so tritt bei diesem Beklagten nicht eine Teilung seiner Rechtspersönlichkeit ein, dergestalt, daß er nur mit demjenigen Teile, an welchem das Gesellschaftsvermögen haftet — was schon an sich ein unmöglicher Gedanke wäre — in den Rechtsstreit hineingezogen würde. Vielmehr ist er Partei in seiner ganzen unteilbaren Persönlichkeit. Die Beziehung auf die Gesellschaft, als deren Mitinhaber er belangt ist, hat nur Bedeutung für die materielle Anspruchsbegründung, indem daraus die Behauptung zu entnehmen ist, daß er aus einem Schuldverhältnis in Anspruch genommen werden soll, welches zunächst in der Rechtssphäre der Gesellschaft entstanden ist. **d)** BraunschwZ. **07** 79 (Braunschweig). Klagt eine Firma, unter unrichtiger Benennung der Inhaber, und wird der wahre Inhaber im Laufe des Rechtsstreits festgestellt, so ist damit keine Änderung in der Person des Klägers eingetreten, sondern es ist nur die unrichtige Parteienbezeichnung richtiggestellt. Dies ist während des ganzen Rechtsstreits zulässig. Ebenso ist auch die Angabe des Wohnorts nur eine Frage der Bezeichnung der Partei. **e)** BuschsZ. **36** 429 (AG. Darmstadt). Wird eine Klage unter unzutreffender Bezeichnung des Klägers erhoben, so ist die Klage nicht deshalb abzuweisen, vielmehr ist eine Berichtigung des Klagrubrums zulässig. **f)** **RG.** R. **07** 1074 Ziff. 2588. Es ist an sich nicht ausgeschlossen, daß im Laufe eines Prozesses andere Parteien, die nicht Gesamtrechtsnachfolger sind, an Stelle des Klägers oder des Beklagten treten. Ein solcher Parteiwechsel ist als Klagänderung zu behandeln und deshalb nur unter den für diese geltenden Beschränkungen zulässig. Auch muß der neu bezeichnete Beklagte zustimmen; denn es ist selbstverständlich, daß ein an dem Verfahren bisher nicht Beteiligter nicht dadurch in den Prozeß hineingezwungen werden kann, daß der Kläger ihn als neuen Beklagten bezeichnet und der bisherige Beklagte dagegen keinen Widerspruch erhebt. **g)** **RG. 64** 400, JW. **07** 81, R. **07** 313 Ziff. 621. Wird von einer städtischen oder anderen Kommunalsparkasse oder gegen eine solche Sparkasse Klage erhoben, so ist die Klage als von der betreffenden Gemeinde erhoben oder gegen sie gerichtet anzusehen; die unrichtige oder ungenaue Parteibezeichnung darf in solchem Falle nicht zur Klagabweisung wegen Mangels der Parteifähigkeit führen. — Es ist nicht zu beanstanden, wenn bei einer die Angelegenheiten einer städtischen Sparkasse betreffenden Klage die Sparkassenverwaltung als gesetzliche Vertreterin der Stadtgemeinde aufgeführt wird. **h)** Wegen der Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters einer nicht prozeßfähigen Partei vgl. JDR. **5** § 253 Ziff. 4, wegen der Erhebung einer Klage gegen einen Verstorbenen OLG. **15** 109 Fußnote (Frankfurt).

2. Abs. 2 Ziff. 2. **a)** *Hölder, JheringsJ. **51** 381. Der bezüglich seiner Verwirklichung gefährdete Anspruch kann auch ein noch nicht bestimmter sein, soweit wegen eines solchen nach § 916 ZPO. Arrest zulässig ist. **b)** **RG.** JW. **06** 143. Der Vorschrift des Abs. 2 Ziff. 2 ist genügt, wenn die Klage auf einen voraufgegangenen Zahlungsbefehl Bezug nimmt. Ebenso OLG. **13** 132 (Naumburg). **c)** **RG.** R. **07** 383 Ziff. 782. Die Angabe des Betrags der geforderten Rente ist unerläßlich. Der Kläger, der Verurteilung des Beklagten zu einer Rente beantragt hat, „deren Höhe vom Gerichte festzustellen sei", ist gemäß § 139 ZPO. auf die Ergänzung des Antrags hinzuweisen. Die Angabe des Betrags muß spätestens bis zur letzten Verhandlung der ersten Instanz nachgeholt werden; anderenfalls fehlt dem Antrage

die durch § 253 geforderte Bestimmtheit. **d)** **RG.** JW. **07** 518, R. **07** 980 Ziff. 2343. Auch für die Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs ist erforderlich, daß der Kläger bestimmt angibt, nach welchen Richtungen er Schadensersatz verlangt. **e)** **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1068. Der Antrag in einer Schadensersatzklage wegen Unfalls, den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger allen, nach richterlichem Ermessen festzusetzenden Schaden zu ersetzen, der ihm aus dem Unfall entstanden sei und noch entstehen werde, ist, weil zu unbestimmt, unzulässig. **f)** BadRpr. **07** 87 (LG. Mosbach). Der Antrag und das ihm entsprechende Urteil: „der Beklagte wird verurteilt, die zwei bei dem Kläger gekauften Schweine gegen Zahlung von 60 Pf. das Pfund Lebendgewicht bei Kläger abzuholen" ermangelt der erforderlichen Bestimmtheit. **g)** OLG. **15** 109 (Hamburg). Bei Erhebung der dinglichen Hypothekenklage bedarf es einer Erörterung des dem Schuldverhältnisse zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses in der Klage nicht, es genügt die Behauptung des Bestehens des dinglichen Rechtes, auf das die Klage allein gestützt wird, und daneben die Bezugnahme auf das Grundbuch, aus dem sich das Schuldverhältnis ergibt. **h)** R. **07** 1078 Ziff. 2619 (Hamburg). Zur Begründung der Klage aus § 771 genügt nicht die einfache Angabe des Rechtes, welches dem Kläger an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zusteht, also z. B. des Eigentums; vielmehr müssen nach der herrschenden sog. Substantiierungstheorie gemäß § 253 Ziff. 2 diejenigen Tatsachen in der Klage angegeben werden, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen, bei dinglichen Klagen also der Erwerbsgrund. Eine Heilung dieses Mangels ist zwar möglich, aber nur, wenn der Beklagte dem nachgeschobenen oder geänderten Klagegrunde nicht widerspricht.

3. Abs. 2 Ziff. 3 (vgl. JDR. **5** § 253 Ziff. 3 u. oben zu § 214 ZPO.). Hess. Rspr. **8** 76 (Darmstadt). Unrichtige Bezeichnung des Verhandlungstermins in der zugestellten Klageschrift bedingt Klagabweisung.

§ 254. *Reichel, BuschsZ. **37** 49 ff. a) Im Falle des § 254 ZPO. kann es kommen, daß die erlangte Rechnungslegung kein Saldo für den Kläger oder gar ein Saldo für Beklagten ergibt. Die Hauptklage ist alsdann für erledigt zu erklären. Die gesamten Streitkosten treffen den Beklagten. Kostenteilung ist nicht beanzeigt, denn Kläger hat, den Hauptanspruch anlangend, ein Blankettpetitum gestellt, das in concreto auf Null ging (61 ff.). b) Unterbleibt im Falle der vorbehaltenen Bezifferung (§ 254 ZPO.) die rechtzeitige Bezifferung des Hauptantrags, so ist die Leistungsklage a limine abzuweisen. Ihrer nochmaligen Einbringung steht der Einwand der Rechtskraft nicht entgegen (60).

§ 256. 1. Allgemeines. Prüfung von Amts wegen. **a)** **RG.** R. **07** 149 Ziff. 3549. Daß das Rechtsverhältnis, dessen Feststellung verlangt wird, im Laufe des Rechtsstreits der Vergangenheit anzugehören begonnen hat, steht der Durchführung der Feststellungsklage nicht entgegen, sofern sich daraus noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder Zukunft ergeben. Eine Feststellungsklage ist auch statthaft, wenn durch die Feststellung einer Mehrheit von Rechtsstreitigkeiten oder einer wiederholten Entscheidung über dasselbe Rechtsverhältnis vorgebeugt werden kann (ähnlich **RG.** R. **07** 1330 Ziff. 3362). **b)** OLG. **15** 112, R. **07** 1265 Ziff. 3136 (Hamburg). Die Zulässigkeit der Feststellungsklage wird dadurch nicht beeinflußt, daß der Beklagte infolge der Klage sein Verhalten ändert und die Feststellungsklage als solche durch Erhebung einer Widerklage überflüssig macht. **c)** OLG. **15** 111, PosMSchr. **07** 112, R. **07** 1265 Ziff. 3137 (Königsberg). Das Feststellungsinteresse muß nicht bloß zur Zeit der Klagerhebung, sondern auch noch zur Zeit der Urteilsfällung vorhanden sein; denn es ist eine materiell-rechtliche Voraussetzung des Klagerechts (ähnlich SeuffA. **62** 289 [Colmar]). Vgl. aber JDR. **5** § 256 Ziff. 1 b. **d)** **RG.** LeipzZ. **07** 291. Die Klage auf Feststellung einer Patentverletzung

ist nur unter den allgemeinen prozessualen Voraussetzungen jeder Feststellungsklage zulässig. **e)** *v. Amelunxen, DNotV. **07** 20. Die Rechtskraft eines Urteils, durch das ein Widerspruch gegen eine Auseinandersetzungsurkunde (§ 93 FGG.) im allgemeinen zurückgewiesen oder die beanstandete Auseinandersetzung „bestätigt“, „ihre Rechtmäßigkeit festgestellt“ oder der Widersprechende zur „Anerkennuug“ verurteilt wird (§ 894 ZPO.), wirkt für und gegen beide Parteien (iudicium duplex). Vgl. u. Ziff. 1 u. 2 zu § 894. **f)** Vgl. wegen des negativen Ehefeststellungsurteils Pagenstecher unten zu § 629 ZPO.

2. Sachlegitimation zur Feststellungsklage. **RG.** R. **08** (Beibl. 2) 18 Ziff. 108. Wenn der Beklagte sich einer persönlichen Forderung gegen den Kläger berühmt hat, so genügt es zur Begründung der Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung, wenn der Kläger die Forderung bestreitet; der Beklagte muß dann das Bestehen der Forderung nachweisen. Wenn der Beklagte dagegen ein dingliches Recht an einer Sache in Anspruch nimmt, muß der die Feststellung des Nichtbestehens dieses Rechtes betreibende Kläger dartun, daß er in einem Rechtsverhältnisse zu der Sache — Besitz, Vorbesitz, besseres Recht zum Besitze — steht, das dem vom Beklagten behaupteten Rechte widerstreitet; denn nur dann ist der Kläger legitimiert, die Freiheit der Sache von dem angeblichen Rechte des Beklagten im Klagewege geltend zu machen.

3. „Rechtsverhältnis“. **a)** KGBl. **07** 112 (LG. Frankfurt). Rechtsfragen — Gegensatz: Rechtsverhältnisse — können nicht im Wege der Feststellungsklage entschieden werden (so ständig **RG.** z. B. JW. **96** 698, **99** 177, **00** 70). **b)** **RG.** R. **07** 980 Ziff. 2344. Ein Klagantrag, festzustellen, daß dem Beklagten eine andere Art der Bekanntmachung eines gegen den Kläger erwirkten Urteils als die im verfügenden Teile des Urteils selbst bestimmte Art nicht zustehe, daß der Beklagte daher nicht berechtigt sei, Abdrücke des Urteils anzufertigen und zu versenden, und daß er ferner nicht berechtigt sei, bei den Veröffentlichungen einen Zusatz des Inhalts abzudrucken, daß die vom Kläger gegen das Urteil eingelegte Berufung zurückgewiesen sei, ist unzulässig, weil der Gegenstand eines solchen Feststellungsantrags nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses bildet, vielmehr lediglich die Feststellung von Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs betrifft. **c)** SächsRpflA. **07** 183, R. **07** 896 Ziff. 2115 (Dresden). Wenn der Kläger eine Feststellung dahin begehrt, daß einem Dritten, dem Ersteher, in einem künftigen Zwangsversteigerungsverfahren über das Grundstück des Schuldners der Anspruch auf die Nutzungen zustehe, die der Beklagte für sich verlangt, so erstrebt er die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, an dem er nicht beteiligt ist; hierfür ist nach § 256 ZPO. kein Raum. **d)** BayRpflZ. **07** 216 (BayObLG.). Rechtsverhältnis im Sinne des § 256 ist jedes vom objektiven Rechte anerkannte Lebensverhältnis. Auch ein der Vergangenheit angehörendes Rechtsverhältnis kann Gegenstand einer Feststellungsklage sein, wenn seine rechtlichen Wirkungen derart in die Gegenwart hineinreichen, daß der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Nichtbestehen alsbald festgestellt wird (**RG.** **27** 204). **e)** **RG.** R. **07** 834 Ziff. 1867. Daß das Rechtsverhältnis, dessen Feststellung mit der Feststellungsklage gefordert wird, ein selbständiges sei, ist nicht erforderlich; auch einzelne Rechtsbeziehungen, die nur Ausflüsse eines weiteren Rechtsverhältnisses sind, können festgestellt werden, wenn sich das Interesse gerade auf sie bezieht, und ebenso kann die festzustellende Berechtigung oder Verpflichtung bedingter Natur sein. **f)** SchlHolstAnz. **07** 344 (Kiel). Eine Feststellungsklage, daß die Kündigung eines Mietvertrags rechtsunwirksam sei, ist zulässig. **g)** BayObLG. **7** 577, SeuffA. **62** 305 (BayObLG.). Eine Klage, die auf Feststellung der Unwirksamkeit der Ausschließung eines freiwillig aus dem Verein ausgetretenen Mitglieds gerichtet ist, betrifft ein Rechtsverhältnis i. S. des § 256. **h)** **RG.** R. **07** 1074 Ziff. 2590. Wird in einem gerichtlichen Teilungsverfahren der Einwand erhoben, der Teilungsanspruch

sei durch Verjährung erloschen oder die Auseinandersetzung habe bereits stattgefunden, ein Teilungsanspruch bestehe also nicht mehr, so ist damit ein Streit über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 256 ZPO. gegeben; die Feststellungsklage ist also zulässig.

4. Feststellungsinteresse. **a)** *Hölder, JheringsJ. **51** 339 ff. Das Interesse an alsbaldiger Feststellung ist ein Erfordernis des Durchdringens der Klage wegen der Existenz, aber nicht ihrer Abweisung wegen der Abwesenheit des festzustellenden Rechtsverhältnisses. **b)** Die Natur des berechtigten und des rechtlichen Interesses, sowie die Art ihrer prozessualen Wahrung legt dar du Chesne, GruchotsBeitr. **51** 509. **c)** R. **07** 576 Ziff. 1177 (Frankfurt). Das „Interesse" muß ein konkretes sein, ein bloß abstraktes genügt nicht. **d)** HansGZ. **07** Beibl. 72 (Hamburg). Auch ein ökonomisches Interesse kann genügen (vgl. **RG. 35** 392; auch JDR. **5** § 256 Ziff. 4 a). **e) RG.** JW. **07** 482. Auch ohne daß der Beklagte sich des betreffenden Rechtes ausdrücklich berühmt, kann das Feststellungsinteresse vorhanden sein, wenn der Kläger gerechten Anlaß zu der Befürchtung hat, daß ihm der Beklagte auf Grund seines vermeintlichen Rechtes ernstliche Hindernisse entgegensetzen werde. Ähnlich KGBl. **07 111** (KG.). **f) RG.** R. **07** 1074 Ziff. 2589. Ist eine Verpflichtung ratenweise zu erfüllen, und schwebt über einzelne fällig gewordene Raten bereits ein Rechtsstreit, so kann, wenn der Schuldner eine fällig werdende Rate nur „unter Vorbehalt" erfüllt, dieser Vorbehalt nur die Bedeutung haben, daß der Schuldner mit Rücksicht auf den zwischen Parteien schwebenden Rechtsstreit sich den in diesem geltend gemachten Rechtsstandpunkt wahren will. In solchem Falle hat der Gläubiger kein berechtigtes Interesse, daß die Zahlung ohne Vorbehalt erfolge. Für eine Feststellungsklage des Gläubigers, daß ihm gegenüber der Vorbehalt unwirksam sei, ist daher kein Raum. **g) RG.** R. **07** 383 Ziff. 783. Wer gegen einen sich im Zustande der Zahlungsunfähigkeit oder Vermögensunzulänglichkeit befindlichen Schuldner eine vollstreckbare Forderung hat, hat ein Recht, aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt zu werden. Dieses Recht genügt, Rechtshandlungen anzugreifen, vermittels welcher der Schuldner ohne die Absicht der Veräußerung Vermögensobjekte an einen Dritten nur scheinbar veräußert hat, um sie dem Angriffe seiner Gläubiger zu entziehen. Damit ist das Feststellungsinteresse gegeben. **h)** Sächs. OLG. **28** 258. Berechtigung des Fiskus, dem ein Nachlaß als erblos vom Nachlaßgericht ausgehändigt worden ist, zur Erhebung der negativen Feststellungsklage gegen Erbschaftsprätendenten. **i)** SächsOLG. **28** 200. Ist zwischen dem Herausgeber und dem Verleger eines Sammelwerks streitig, wem daran das Urheberrecht zustehe, so hat jeder von beiden ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung des Rechtsverhältnisses. **k)** BadRpr. **07** 114 (Karlsruhe). Es mangelt an dem Feststellungsinteresse, wenn der Kläger auf Feststellung seines Eigentums an einem Grundstücke klagt, von dem der Beklagte nur behauptet hat, daß ein öffentlicher Weg hindurchgehe, den er zu benutzen befugt sei, eventuell, daß er daran ein ersessenes Notwegerecht habe. **l)** OLG. **15** 110, R. **07** 1265 Ziff. 3138 (Stuttgart). An dem erforderlichen Feststellungsinteresse fehlt es, wenn der Kläger zwar unter Umständen von dem Beklagten einen Schadensersatzanspruch (wegen Gebrauchsmusterschutzverletzung) zu erwarten haben mag, es aber durchaus ungewiß ist, ob es zur Erhebung eines solchen Anspruchs kommt und der Kläger ohne Nachteil für seine Rechtsverteidigung eine einschlägige Klage des Beklagten abwarten und ihr gegebenenfalls im Wege der Einrede entgegengehalten konnte, was er jetzt zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemacht wissen will. **m)** R. **07** 314 Ziff. 622 (Stettin). Besteht zur Zeit der Klagerhebung der Anspruch auf die gerichtliche Feststellung im Sinne des § 256, so wird er dadurch nicht beseitigt, daß der Beklagte das streitige Rechtsverhältnis durch eine privatschriftliche Erklärung seines Prozeßbevollmächtigten anerkennt. Die Klage ist dadurch nicht „erledigt", noch fehlt das „rechtliche Interesse" an der

Feststellung zur Zeit des Urteils. Sonst würde auch der Erlaß eines Urteils nach gerichtlicher Anerkennung des Anspruchs (§ 307 ZPO.) gehindert sein. **n)** **RG.** PrVerwBl. 28 841. Der Kläger, der auf Feststellung des Bestehens einer Realschankgerechtigkeit gegen den preußischen Staat geklagt hat, ermangelt des Feststellungsinteresses, da die gerichtliche Entscheidung für die Verwaltungsbehörden, die über die Erteilung der vom Kläger gewünschten Konzession zu entscheiden hätten, nicht mehr als den Wert eines Gutachtens haben würde. **o)** HansGZ. **07** Beibl. 121 (Hamburg). Behauptet eine Partei, nach Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs, der Vergleich sei nichtig und von ihr wegen Betrugs mit Recht angefochten worden, so ist eine Feststellungsklage in einem neuen Prozesse, daß jener Vergleich nicht zu Recht bestehe, unzulässig, da die Partei in dem alten Rechtsstreite neu laden und dort eine Entscheidung darüber herbeiführen kann, ob der Vergleich den Prozeß beendet hat oder nicht (vgl. oben zu § 160 ZPO.). **p)** SächsOLG. **28** 446. Das rechtliche Interesse ist zu verneinen, wenn die Feststellungsklage nur deshalb gewählt ist, damit der Rechtsstreit (wegen Unterhaltsansprüche) nicht bei dem Gerichte des Wohnsitzes des Vaters, sondern der Tochter anhängig werde.

5. Möglichkeit der Leistungsklage (vgl. JDR. **5** § 256 Ziff. 5). **a)** **RG.** LeipzZ. **07** 657. Im allgemeinen versagt die Klage nach § 256 da, wo dem Kläger die Leistungsklage zu Gebote steht. Dies trifft nicht zu, wo die Leistungsklage nicht zu einer rechtskräftigen Entscheidung über das ganze Rechtsverhältnis führen würde, z. B. weil ein Teil der auf Grund des einheitlichen Vertragsverhältnisses geschuldeten Leistungen noch nicht festgestellt und gefordert werden kann. **b)** SchlHolstAnz. **07** 310 (Kiel). Trotz der Möglichkeit einer Leistungsklage nach § 259 ZPO. ist doch die Feststellungsklage zulässig, wenn besondere Umstände vorliegen, die ein rechtliches Interesse des Klägers an der Feststellung begründen (vgl. **RG.** JW. **03** 384). **c)** BadRpr. **07** 1 (Karlsruhe). Bei einem Anspruch auf Schadensersatz kann die Feststellungsklage auch hinsichtlich des bereits ermittelten Teiles des Schadens zugelassen werden, wenn dieser Teil verhältnismäßig gering ist und deshalb keine die Prozeßkosten vergrößernde Erhöhung des Streitwerts verursacht. **d)** **RG.** **65** 399. Die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Kaufvertrags kann trotz der Möglichkeit der Leistungsklage zulässig sein. **e)** **RG.** JW. **07** 84. Der Umstand, daß der Kläger den Schaden nur schwer ermitteln kann, rechtfertigt die Feststellungsklage nicht. **f)** **RG.** R. **07** 1409 Ziff. 3548. Feststellungs- statt Leistungsklage ist bei einem Rentenanspruch aus § 843 BGB. nur zulässig, wenn eine Vorausveranschlagung dessen, was dem Verletzten in Zukunft an Nachteilen für sein wirtschaftliches Fortkommen vielleicht entstehen kann, außerhalb des Bereichs der Möglichkeit liegt. Die Möglichkeit dieser Vorausveranschlagung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Nachteile nicht unbedingt genau auf Mark und Pfennig geschätzt werden können. **g)** **RG.** R. **07** 576 Ziff. 1176. War die Klägerin z. Z. der Erhebung der Klage nicht in der Lage, die zur Bemessung des Schadens erforderlichen Angaben zu machen, so war ihr die Erhebung der Leistungsklage damals nicht möglich. Nimmt man nun Rücksicht auf die nach § 39 PatG. bestehende kurze Verjährungsfrist und die erfahrungsmäßig lange Dauer der Patentprozesse, so ist zuzugeben, daß die Klägerin ein Interesse an alsbaldiger Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten hatte. Dies ist um so unbedenklicher, wenn sie ohnehin die Abwehrklage schleunigst erheben mußte, und zweckmäßig handelte, wenn sie mit ihr die Schadensersatzklage verband (ähnlich **RG.** R. **08** (Beibl. 2) 18 Ziff. 107).

6. Feststellungs- oder Leistungsklage? **a)** ElsLothJZ. **07** 361 (Colmar). Der Antrag auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, welcher den gleichzeitig damit verbundenen Antrag auf Erlassung eines gerichtlichen Verbots und auf Verurteilung vorbereitet, ist kein Feststellungsantrag im Sinne des § 256 ZPO. **b)** **RG.** R. **07** 314 Ziff. 623. Der Antrag auf Verurteilung des Beklagten, anzuer-

kennen, daß er verpflichtet ist, den noch entstehenden nicht bezifferten Schaden zu ersetzen, ist ein Feststellungsantrag. Deshalb ist das Vorhandensein des Feststellungsinteresses zu prüfen und ein Zwischenurteil nach § 304 ausgeschlossen. **c)** **RG.** R. **07** 834 Ziff. 1866. Ein Antrag, den Beklagten zum Ersatze des nach einer bestimmten Richtung entstandenen und noch entstehenden Schadens zu verurteilen, ist nicht als Feststellungsklage, sondern als Leistungsklage aufzufassen. Der Beschluß der VerZS. des **RG.** 28. 6. 88 (**21** 382), der Schadensersatzklagen mit Vorbehalt der Feststellung des Betrags in besonderem Verfahren nur beim Vorhandensein der Voraussetzungen einer Feststellungsklage zuläßt, bezieht sich nicht auf lediglich akzessorische Schadensersatzansprüche. Bei letzteren ist es auch ohne den Nachweis der Voraussetzungen der Feststellungsklage zulässig, die Ermittelung des Betrags einem besonderen Verfahren vorzubehalten. Dies gilt insbesondere für Schadensersatzansprüche, die mit dinglichen negatorischen Ansprüchen verbunden sind. **d)** ElsLothJZ. **07** 561 (Colmar). Auf Ersatz eines in Zukunft entstehenden Schadens kann nicht geklagt werden, wenn die Voraussetzungen der §§ 257 ff. ZPO. nicht vorliegen. **e)** Über die Frage, ob Feststellungs- oder Leistungsklage zu erheben ist, wenn der Vorstand einer Aktiengesellschaft sich durch die Verweigerung der Entlastung benachteiligt glaubt, und über die Schwierigkeiten solcher Klage (vgl. Geiling, ZAktWes. **17** 196).

7. Abweisung der negativen Feststellungsklage (vgl. JDR. **5** § 256 Ziff. 7 a). Die dort wiedergegebene wichtige Entscheidung ist auch SeuffBl. **07** 432, SeuffA. **62** 104, GruchotsBeitr. **51** 1049 abgedruckt. Dafür, daß die Abweisung der negativen Feststellungsklage Rechtskraft für den Grund der späteren gegnerischen Leistungsklage macht, vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1074 (vgl. auch unten Ziff. 7 zu § 322 ZPO.).

8. **RG.** JW. **07** 80. Der Revisionskläger ist durch die Erklärung eines Feststellungsurteils für vorläufig vollstreckbar nicht beschwert.

§ 258. 1. Nur einseitige Leistungen. **RG.** R. **07** 702 Ziff. 1464. Auch die Einklagung künftig fällig werdender wiederkehrender Leistungen ist nur unter der im § 257 ZPO. aufgestellten Bedingung zulässig, daß sie nicht von einer Gegenleistung, sondern nur vom Zeitablauf abhängig sind. Bei der Einklagung künftig fällig werdender Zinsen ist daher Voraussetzung, daß für jene Zeit das Kapital noch verschuldet wird, dem Schuldner also das Kapital weiter belassen wird. Hierin kann jedoch eine Gegenleistung des Gläubigers im Sinne der §§ 257, 258 ZPO. nicht gefunden werden, weil in der Einklagung der Zinsen schon jene sog. Gegenleistung gewährt wird, nämlich ein Verzicht auf eine frühere Kündigung.

2. Fälligkeit einer Leistung, (vgl. JDR. **5** § 258 Ziff. 2).

3. Klage auf künftige Rente. **RG.** R. **07** 638 Ziff. 1322. Den Kindern steht bei Tötung der Mutter gegen den Ersatzpflichtigen ein vom Ableben des Vaters bedingter Schadensersatzanspruch aus § 844 Abs. 2 BGB. zu. Sie können bei Lebzeiten ihres Vaters auf Feststellung des Bestehens dieses Anspruchs, sie können aber auch, wenn die Festsetzung eines bestimmten Rentenbetrags möglich ist, sofort auf Verurteilung zu der künftigen Leistung klagen.

§ 259. 1. OLG. **15** 265 (Celle). Der mit einer Klage gemäß § 259 ZPO. Beklagte kann seine Kostenpflicht nicht durch Anerkennung des Klaganspruchs abwenden.

2. SächsRpflA. **07** 162 (Dresden). Der Mieter kann nicht gegen den Vermieter auf Unterlassung künftiger Störungen des Mietbesitzes klagen.

§ 260. 1. PosMSchr. **07** 111 (Posen). Die Klagenverbindung ist unzulässig, wenn für einen der mehreren Ansprüche ein anderes Gericht als das Prozeßgericht ausschließlich zuständig ist.

2. OLG. **15** 112, R. **07** 1265 Ziff. 3140 (Hamburg). Eine objektive Klagenhäufung, nicht eine Klagänderung liegt vor, wenn der Kläger außer dem von ihm

aufrechterhaltenen ursprünglichen, auf Herausgabe beweglicher Gegenstände gerichteten Klaganspruch einen davon gänzlich verschiedenen ferneren Anspruch auf eine Geldleistung erhebt. Dies konnte zwar in derselben Klage erfolgen, andererseits bedurfte es aber auch einer dementsprechenden Klagerhebung.

3. a) OLG. **15** 113, R. **07** 1265 Ziff. 3139 (Hamburg). Es ist zulässig, in der Weise zu klagen, daß zwei selbständige Ansprüche von je 200 M. verfolgt, im ganzen aber nur 200 M. verlangt werden, indem dem Gericht überlassen wird, nach seinem Gutbefinden die erstrebte Verurteilung des Gegners entweder nur auf den einen Anspruch oder nur auf den anderen Anspruch oder teils auf den einen, teils auf den anderen Anspruch zu gründen. **b)** OLG. **15** 114 (KG.). Es bedarf nicht der Entscheidung über jeden einzelnen Klagegrund in der Urteilsformel. **c)** BadRpr. **07** 297 (Karlsruhe). Die sog. eventuelle Klagenhäufung — zu unterscheiden von der objektiven — liegt vor, wenn das gleiche Begehren auf verschiedene tatsächliche und rechtliche Gründe gestützt wird, deren jeder für sich allein zu dessen Rechtfertigung ausreicht. Trotz der Einheitlichkeit des Klagebegehrens liegt, nach **RG. 27** 385, immerhin eine Verbindung verschiedener Ansprüche und Klagen vor. Daraus folgt, daß nur der e i n e n Klage eine prozeßhindernde Einrede entgegengesetzt und sie auf Grund der Einrede sofort (durch Teilurteil) abgewiesen werden kann, während in der anderen ein Sachurteil ergeht. ➵ Die Auffassung des RG. ist bestritten (vgl. G a u p p - S t e i n § 260 II a) und nicht unbedenklich, beherrscht aber die Praxis. Red. ⇷

4. OLG. **14** 305 (Naumburg). Unzulässig ist die Erhebung einer eventuellen Widerklage für den Fall, daß die zunächst geltend gemachte Widerklage nicht durchdringt.

§ 263. 1. a) OLG. **15** 115 (Hamburg). Die Anmeldung der Klageforderung zum ausländischen Konkurse des Schuldners begründet keine Rechtshängigkeit. **b)** R. **07** 314 Ziff. 624 (Cöln). Die Wandelungsklage des Käufers begründet für die später erhobene Kaufpreisklage des Verkäufers nicht die Einrede der Rechtshängigkeit. **c)** R. **07** 188 Ziff. 337 (Stuttgart). Gegenüber der Klage des Pächters auf Rückgabe der zur Sicherung der Pachtzinsforderung geleisteten Kaution kann der Verpächter, der wegen Verletzung der Vertragsverpflichtungen gegen den Pächter bereits geklagt hat, die Einrede der Rechtshängigkeit nicht vorschützen, da eine Identität beider Rechtssachen durch den Umstand nicht begründet wird, daß der Verpächter eventuell an die Kaution sich halten könnte. **d)** **RG.** JW. **07** 391. Wenn eine Ehefrau auf Anfechtung ihrer Ehe geklagt hat, so steht einer vom Ehemanne bei einem anderen Gericht erhobenen Eheanfechtungsklage die Einrede der Rechtshängigkeit entgegen. **e)** SächsRpflA. **07** 186, R. **07** 896 Ziff. 2116 (Dresden). Die Einrede der Rechtshängigkeit ist nicht begründet, wenn der Beklagte aus demselben Wechsel, aus dem er jetzt als Aussteller und erster Girant in Anspruch genommen wird, vorher schon auf Grund eines späteren Giros verklagt worden ist.

2. a) **RG. 07** 771 Ziff. 1684. Zur Begründung der Einrede der Rechtshängigkeit bedarf es lediglich des Nachweises, daß der Rechtsstreit bereits bei einem anderen Gericht anhängig ist. Einer Feststellung der Zuständigkeit dieses Gerichts bedarf es nicht. **b)** OLG. **15** 117, R. **07** 1265 Ziff. 3144 (Celle). Für die Zuständigkeit des Gerichts ist allein der Zeitpunkt der Klagerhebung maßgebend; ist sie begründet, so bleibt sie es trotz späterer veränderter Umstände; ist sie ursprünglich nicht gegeben, so soll sie auch nachträglich durch den Eintritt von Umständen, die sie an sich begründen würden, nicht mehr herbeigeführt werden (vgl. JDR. **5** zu § 263).

3. R. **07** 515 Ziff. 1056 (Cöln). Die Einrede der Rechtshängigkeit setzt voraus, daß in dem anderen Verfahren, in welchem derselbe Rechtsstreit anhängig ist, eine diesen Rechtsstreit betreffende materielle Entscheidung noch erfolgen kann.

4. a) **RG.** R. **07** 314 Ziff. 625. Die formale Rechtshängigkeit wird nicht nur

durch die Zurücknahme der Klage, sondern durch jeden Akt aufgehoben, der wie das Urteil den Rechtsstreit erledigt, auch durch Vergleich. **b)** OLG. **15** 116, R. **07** 1265 Ziff. 3147 (Hamburg). Erachtet eine Partei einen im Prozeß abgeschlossenen Vergleich für hinfällig, so kann sie freilich zur Fortsetzung des Verfahrens laden und das Gericht hat dann durch Urteil zu entscheiden, ob es die Klage durch den Vergleich für erledigt erachtet oder nicht, im letzteren Falle über den Klagantrag erkennend. Gegenstand des Urteils kann aber niemals der Antrag einer Partei sein: den Vergleich aufzuheben (vgl. o. § 160 Ziff. 4).

5. **RG.** BadRpr. **07** 150. Es ist zulässig, einen der Berufungskläger eidlich als Zeuge zu vernehmen, wenn der Rechtsstreit zwischen ihm und dem Gegner durch einen Vergleich über die Hauptsache und die Kosten sachlich beseitigt wurde.

6. OLG. **15** 117 (Celle). Hat der Kläger, der gegenüber einer vollstreckbaren Urkunde eine den Anspruch selbst betreffende Einwendung geltend macht, erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit, jedoch vor dem ersten Verhandlungstermine seinen Wohnsitz im Bezirke des angerufenen Gerichts genommen, so tritt nachträgliche Heilung der Unzuständigkeit nicht ein (aA. **RG. 52** 136).

§ 264. 1. *G r a b n e r, GruchotsBeitr. **51** 522. Das Gericht darf die Klagänderung auf Grund der zweiten Alternative nicht mehr zulassen, wenn der Kläger die Klage erst dann ändert, nachdem nach dem bisherigen Verhandlungsergebnisse bereits feststeht, daß er mit der ursprünglichen Klagebegründung abzuweisen ist (ebenso JDR. **1** § 264 Ziff. 7).

2. **RG.** R. **07** 1470 Ziff. 3683. Eine Klagänderung liegt vor, wenn eine Klage aus eigenem Rechte erhoben ist, demnächst aber auf das abgetretene Recht eines anderen gestützt wird (vgl. **RG. 42** 248, ebenso ElsLothJZ. **07** 338 [Colmar]).

3. R. **07** 255 Ziff. 488 (Frankfurt). Eine wesentliche Erschwerung der Verteidigung des Beklagten liegt dann nicht vor, wenn die geänderte Klage sich auf die vom Beklagten selbst gegebene Sachdarstellung stützt.

4. **RG.** R. **07** 1141 Ziff. 2767. Einer Klagänderung kann der Beklagte nicht widersprechen, wenn die Klagänderung einem vorher zwischen den Parteien getroffenen Abkommen entspricht und damit im voraus von dem Beklagten genehmigt worden ist.

§ 265. 1. **a)** **RG.** 16. 4. 07, LeipzZ. **07** 503, JW. **07** 337, R. **07** 639 Ziff. 1324, 1325. Nach der Rechtsprechung des **RG. 40** 340, **49** 367, **56** 301, 307 ist dem § 265 Abs. 2 ZPO. die Auslegung zu geben, daß die Abtretung einer Forderung während des Prozesses in prozessualer Hinsicht keinen Einfluß hat, daß aber das gleiche nicht der Fall ist bezüglich der materiellen Rechtsfolgen der Abtretung; daß vielmehr mit dem durch die Abtretung eintretenden Verluste des Rechtes der abtretende Kläger jedenfalls dann auch im Prozesse den Anspruch auf Zuerkennung der Forderung an sich verliert, wenn dies vom Beklagten, dem die Abtretung mitgeteilt ist, geltend gemacht wird (vgl. JDR. **5** § 265 Ziff. 1). **b)** SächsRpflA. **07** 163 (Dresden). Wenn Kläger nach Eintritt der Rechtshängigkeit die eingeklagte Forderung an einen Dritten abtritt, so ist der Kläger auf Verlangen des Beklagten verpflichtet, den Klagantrag auf Zahlung an den neuen Gläubiger zu richten; lehnt er dies ab, so ist er mit der Klage abzuweisen. **c)** R. **07** 1266 Ziff. 3149 (Frankfurt). Wenn ein im Streite befangener Anspruch erst nach der Rechtshängigkeit seitens eines Dritten gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen worden ist, so hat dieser Dritte, wenn er im Laufe des Prozesses einer Partei als Nebenintervenient beitritt, nicht die Stellung eines streitgenössischen, sondern die des einfachen Nebenintervenienten. **d)** OLG. **15** 118 (Frankfurt). § 265 Abs. 2 bezieht sich auch auf die Überweisung einer Forderung zur Einziehung.

2. BraunschwZ. **07** 74 (Braunschweig). Wenn der Klaganspruch über seinen Betrag hinaus von Gläubigern gepfändet oder an solche abgetreten ist, so ist es ge-

rechtfertigt, wenn der Beklagte zur Zahlung an den Kläger in der Weise verurteilt wird, daß er den Betrag für die Gläubiger des Klägers unter Ausschluß der Rücknahme hinterlegt.

3. a) **RG.** R. **07** 1409 Ziff. 3550. Die Bestimmung im § 265 verliert ihre Anwendbarkeit nicht, wenn nach Abtretung der im Streite befangenen Forderung über das Vermögen des klagenden Gläubigers das Konkursverfahren eröffnet wird. Erachtet in solchem Falle der Konkursverwalter die Weiterverfolgung des Anspruchs, obwohl das materielle Gläubigerrecht auf andere übergegangen ist, dennoch im Interesse der Konkursmasse für dienlich, so sind die Beklagten der Aufnahme des Verfahrens zu widersprechen nicht berechtigt. **b) RG.** R. **07** 980 Ziff. 2345. Wird eine verklagte offene Handelsgesellschaft während des Prozesses aufgelöst, so treten an die Stelle der Handelsgesellschaft sofern nicht eine Liquidation eintritt, die bisherigen Gesellschafter bzw. wenn die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird, der überlebende Gesellschafter und die Erben des gestorbenen als Einzelpersonen, als Streitgenossen und zwar auch dann, wenn einer der bisherigen Gesellschafter das Geschäft unter der gleichen Firma weiterbetreibt; etwas anderes gilt nur dann, wenn die Parteien mit dem Ausscheiden des anderen bisherigen Gesellschafters bzw. seiner Erben aus dem Prozeß einverstanden sind (vgl. JDR. **5** § 265 Ziff. 2).

4. a) PosMSchr. **07** 6, R. **07** 896 Ziff. 2117 (Königsberg). Der Eigentümer bleibt zur Geltendmachung des Löschungsanspruchs aktiv legitimiert, wenn er nach der Klagerhebung das Grundstück veräußert. **b)** WürttJ. **19** 58 (Stuttgart). Veräußerung im Sinne des § 265 Abs. 2 ZPO. liegt im Falle einer Besitzänderung nur dann vor, wenn der bisherige Besitzer den Besitz auf einen anderen überträgt und zwar in der Weise, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer wird. **c)** LeipzZ. **07** 68, ZAktWes. **07** 128 (Cöln). Ein Aktionär, der während des von ihm auf Grund der §§ 271, 272 HGB. angestrengten Anfechtungsprozesses seine Aktien veräußert, geht dadurch seines Anfechtungsanspruchs dergestalt verlustig, daß er die Kosten des Prozesses selbst dann zu tragen hat, wenn sein Anfechtungsanspruch materiell berechtigt war. § 265 ZPO. ist unanwendbar. Den Kläger treffen, in entsprechender Anwendung des § 271 ZPO., die Kosten.

§ 268. 1. Ziff. 1. a) R. **07** 1326 Ziff. 3339 (Cöln). Eine Änderung des Klagegrundes ist nicht darin zu erblicken, daß die tatsächlichen Behauptungen — ohne Änderung des Klagegrundes — einer neuen rechtlichen Beurteilung, insbesondere durch Heranziehung eines neuen Rechtssatzes unterworfen werden. **b) RG.** R. **07** 314 Ziff. 626. Eine unzulässige Klagänderung liegt nicht vor, wenn in der Klage, deren Wandelungsanspruch auf eine ausdrückliche Zusicherung gegründet war, ferner geltend gemacht war, der Beklagte habe durch arglistige Täuschung den Kläger zum Vertragsabschlusse bestimmt und dadurch geschädigt und wenn dann in der Berufungsinstanz der erstere rechtliche Gesichtspunkt nicht mehr verfolgt, sondern aus der arglistigen Täuschung im Rahmen des aufrechterhaltenen Vertrags der dadurch verursachte positive Schaden auf Grund des § 826 BGB. begehrt wird. **c) RG. 65** 126, JW. **07** 181, WürttRpflZ. **1** 37. Wenn der Kläger, der auf Unzulässigkeitserklärung einer Zwangsvollstreckung, zunächst auf Grund des § 768 ZPO., klagt, später die Klage „auch" auf § 767 ZPO. stützt, so liegt darin keine unzulässige Klagänderung. **d) RG.** HoldheimsMSchr. **06** 256. Ebenso, wenn der Kläger von der konkreten Schadensberechnung zur abstrakten übergeht. **e)** BayRpflZ. **07** 242 (Bamberg). War die Klage ausdrücklich auf § 6 Abs. 2 GebrMustG. gestützt und wird sie später auch auf Abs. 1 gestützt, so liegt darin nur dann keine unzulässige Klagänderung wenn die Klage von vornherein auch auf Abs. 1, wenn schon stillschweigend, gegründet war. **f)** R. **07** 771 Ziff. 2685 (KG.). Wenn ursprünglich als Klägerin eine Gesellschaft angegeben ist, der die Parteifähigkeit mangelt, und nachträglich die

Gesellschafter selbst als Kläger benannt werden, so liegt darin keine Klagänderung (vgl. JDR. 5 § 268 Ziff. 2 c, ferner oben zu § 253 Ziff. 1d).

2. Ziff. 2. a) Blanckmeister, PosMSchr. 07 117. Bei der quantitativen Einschränkung des ursprünglich eingeklagten Anspruchs, insbesondere bei der Herabsetzung des ursprünglich eingeklagten Geldbetrags, kann immer nur von einer „Beschränkung des Klagantrags“ im Sinne des § 268 Ziff. 2 ZPO. gesprochen werden. § 271 ZPO. hat nur die Zurücknahme der Klage überhaupt, d. h. der ganzen Klage, nicht aber die eines Teiles der Klage im Auge. b) BraunschwZ. 07 94 (Braunschweig). Der in erster Instanz übergangene Anspruch scheidet aus dem Prozeß aus; es steht mit ihm nicht anders, als wenn er nie erhoben oder zurückgenommen wäre. Seine wiederholte Geltendmachung in der Berufungsinstanz ist nach § 529 ZPO. zu beurteilen (**RG. 59** 130) und zulässig, wenn eine Erweiterung des Klaganspruchs im Sinne des § 268 Ziff. 2 ZPO. vorliegt. c) WürttJ. **19** 183 (Stuttgart). Wenn von der zuerst erhobenen Feststellungsklage zu der inhaltlich entsprechenden Leistungsklage übergegangen wird, so liegt darin keine unzulässige Klagänderung. Die Frage der Klagänderung läßt sich auch nicht unbedingt danach beantworten, ob der neubegründeten Klage im Falle der rechtskräftigen Erledigung der auf die ursprüngliche Begründung gestützten Klage die Einrede der Rechtskraft entgegenstünde. d) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1019. Eine Erweiterung des Klagantrags in der Hauptsache oder in bezug auf Nebenforderungen (§ 268 Ziff. 2) ist auch nach Erlaß eines Zwischenurteils nach § 304 ZPO. zulässig. e) PuchestsZ. **07** 153 (Colmar). Klagänderung liegt nicht vor, wenn die Klage auf Hinterlegung für die Erben gemeinschaftlich gerichtet war und demnächst auf Hinterlegung an diese und an den Nießbraucher ausgedehnt wird. f) PosMSchr. **07** 111 (Stettin). Erhebt der Kläger, der ursprünglich auf Wiederherstellung eines Zustandes und auf Unterlassung fernerer Störung geklagt hat, auf Grund des gleichen Sachverhalts, worauf dieser Anspruch beruhte, Schadensersatzklage, so liegt hierin nur eine zulässige Erweiterung des ursprünglichen Klagantrags. g) SächsRpflA. **07** 499 (Dresden). Hat der Kläger zunächst auf Vorlegung eines anderweiten, vollständigen Nachlaßverzeichnisses geklagt, später aber nur noch Vervollständigung des bereits vorgelegten Verzeichnisses begehrt, so liegt hierin eine zulässige Einschränkung des Antrags.

3. Ziff. 3. **RG. 65** 132, JW. **07** 182. Der Kläger hatte wegen der Mängel des von ihm gekauften Grundstücks gegen den Verkäufer auf Wandelung geklagt. Der Anspruch wurde in der Berufungsinstanz dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Nachdem der Beklagte gegen dieses Urteil Revision eingelegt hatte, verfiel er in Konkurs. Durch die Konkurseröffnung verwandelte sich gemäß § 69 KO. der Wandelungsanspruch in eine Geldforderung; beide Ansprüche sind jedoch identisch geblieben. Widerspricht der Konkursverwalter dem Geldanspruche ganz oder teilweise, so hat der Kläger die Feststellung nach § 146 Abs. 1 KO. gegen ihn zu betreiben; dies geschieht durch Aufnahme des Rechtsstreites. Der Klagantrag bedarf im vorliegenden Falle einer der Verwandlung rechnungtragenden Umänderung.

4. Fälle der Klagänderung. a) **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 98. Lehnt der Konkursverwalter in zulässiger Weise die Erfüllung eines nicht vollständig erfüllten, mit Eigentumsvorbehalt abgeschlossenen Kaufvertrags ab, so hat der Verkäufer nicht mehr den Anspruch auf den Kaufpreis, sondern einen Anspruch auf Entschädigung wegen Nichterfüllung. Mit der Entschädigungsklage wird nicht lediglich statt des ursprünglich mit der Kaufpreisklage geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung das Surrogat desselben oder das Interesse gefordert. Vielmehr beruht die Schadensersatzklage auf einem anderen rechtlichen Tatbestand als die Kaufpreisklage und verfolgt ein anderes Objekt als diese. § 268 Ziff. 3 ist daher unanwendbar. b) LeipzZ. **07** 686 (LG. Leipzig). Eine Klagänderung liegt

nicht vor, wenn der ursprünglich berechtigtermaßen gegen den Konkursverwalter geltend gemachte Erfüllungsanspruch sich infolge der Rücktrittserklärung des Konkursverwalters gemäß § 17 KO. in eine Konkursforderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verwandelt hat (vgl. **RG.** JW. **03** Beibl. 67 Ziff. 156). **c)** **RG.** R. **07** 638 Ziff. 1323, LeipzZ. **07** 513. Eine unzulässige Klagänderung liegt vor, wenn die Klage ursprünglich lediglich auf § 30 (Ziff. 2 event. 1) KO. gestützt war und erst nachträglich auf § 31 Ziff. 1 KO. gestützt worden ist und der Beklagte dem widersprochen hat. **d)** **RG.** R. **07** 576 Ziff. 1179. Der Anspruch auf Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung eines Vertrags enthält gegenüber dem Anspruch auf Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags und dem eventuell erhobenen Anspruch auf Preisminderung, wenn nicht eine Änderung des Klagegrundes, so doch eine Änderung des Gegenstandes der Klage. **e)** SchlHolstAnz. **07** 288 (Kiel). Klagänderung liegt vor, wenn der ursprünglich auf § 812 Abs. 2 BGB. gestützte Anspruch später auf § 3 Ziff. 1—4 AnfG. gestützt wird. **f)** BadRpr. **07** 165 (Karlsruhe). Ebenso, wenn der auf Bürgschaft gestützte Anspruch später auf unrechte Tat (§ 823 BGB.) gestützt wird. Ebenso beim Übergange von dem Anspruch auf Vertragserfüllung zu einem solchen aus Delikt (§ 826 BGB.; **RG.** R. **07** 188 Ziff. 340). **g)** R. **07** 576 Ziff. 1178 (Colmar). Unzulässig ist es, die Klage zu ändern in eine solche auf Zahlung einer einzelnen in eine laufende Rechnung aufgenommenen Forderung, während ursprünglich die Klage auf Zahlung des Saldo einer die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen der Parteien umfassenden laufenden Rechnung gerichtet war. **h)** OLG. **14** 364 (Colmar). Klagänderung liegt vor bei Übergang von einem Klagantrag auf Anerkennung und Zahlung eines Saldos zu einem solchen auf Übernahme einer Stammeinlage einer GmbH. Ähnlich PosMSchr. **07** 10 (Posen). **i)** PosMSchr. **06** 167 (Posen). Klagänderung, wenn statt Wegreißung des Überbaues später eine Entschädigungsrente beansprucht wird. **k)** HansGZ. **07** Beibl. 249 (Hamburg). Ebenso im umgekehrten Falle. **l)** PosMSchr. **07** 96, R. **07** 1266 Ziff. 3151 (Königsberg). Der Übergang von dem (persönlichen) Anspruch auf Erteilung der Auflassung zu dem (dinglichen) Anspruch auf Zustimmung zur Auflassung enthält eine unzulässige Klagänderung. **m)** R. **07** 63 Ziff. 62 (Rostock). Der Kläger, der auf Grund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses über eine (Eigentümer-) Grundschuld gegen den Besitzer des Grundschuldbriefs Klage auf Herausgabe erhoben hat, muß sich die Einwendung der unzulässigen Klageänderung gefallen lassen, wenn er erst im Laufe des Prozesses den Pfändungs- und Überweisungsbeschluß über den Herausgabeanspruch des Schuldners gegen den besitzenden Beklagten erwirkt hat.

§ 269. **RG.** JW. **07** 391, R. **07** 771 Ziff. 1686. Hat der Beklagte sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen, ohne der Änderung zu widersprechen, so ist seine Einwilligung in die Änderung der Klage anzunehmen, auch wenn die Verhandlung nicht erschöpfend war und zum Zwecke weiterer Vorbereitung vertagt worden ist.

§ 270. **RG.** JW. **07** 518, R. **07** 1141 Ziff. 2768. Durch die neue Fassung des § 270 ist nicht nur die Entscheidung, daß eine Änderung der Klage nicht vorliege, sondern auch der Ausspruch, daß die Änderung zuzulassen sei, der Anfechtung entzogen.

§ 271. 1. a) **RG.** R. **07** 314 Ziff. 627. Abgesehen von dem im § 271 ZPO. vorgesehenen Falle der Zurücknahme der Klage durch Zustellung eines Schriftsatzes ist zwar auch ein Verzicht auf die weitere Verfolgung des Klaganspruchs denkbar, aber nicht durch eine an sich unverbindlich einseitige Erklärung des klägerischen Anwalts, sondern nur durch eine Annahme derselben seitens des gegnerischen Anwalts, also durch eine vertragliche Bindung, von der nach der Feststellung des Berufungsgerichts keine Rede sein kann. **b)** R. **07** 516 Ziff. 1056 (Stuttgart). Wird die Klagezurücknahme nicht im Sinne des Verzichts auf Entscheidung unter Vorbehalt der Wiedererhebung der Klage (vgl. Abs. 4 des § 271), sondern infolge Befriedigung

des Anspruchs erklärt, so findet, abgesehen vom Versäumnisverfahren, nicht die Bestimmung des § 271 Abs. 3 ZPO., sondern es finden die allgemeinen Vorschriften über Kostenlast Anwendung. **c)** OLG. **15** 121 (Naumburg) über einen Fall, wo die Erklärung, „die Widerklage sei erledigt", nicht als Fallenlassen des Anspruchs betrachtet werden konnte.

2. **a)** OLG. **15** 120, R. **07** 1206 Ziff. 3152 (Frankfurt). Vollzogen ist die Zurücknahme der Klage bereits mit ihrer Erklärung in der mündlichen Verhandlung, und zwar auch dann, wenn es der Einwilligung des Beklagten bedarf. **b)** R. **07** 576 Ziff. 1180 (Düsseldorf). Ein für das Prozeßgericht bestimmter und an dasselbe adressierter Schriftsatz, in welchem der Anwalt des Klägers erklärt, die Klage „hiermit" zurückzunehmen, der Anwalt des Beklagten an einem späteren Tage das Wort „Einverstanden" hinzufügt, den Schriftsatz gleichfalls unterschreibt und ihn so dem Gericht einreicht, ist gleichwohl nicht als gültige Zurücknahme der Klage anzusehen, da der Anwalt des Klägers, indem er dem Anwalt des Beklagten dieses Schriftstück „mit der Bitte um Mitunterschrift und Weitergabe ans Gericht" übersandte, die Klagezurücknahme dem Gegenanwalte gar nicht zustellen, sondern nur eine Parteivereinbarung über die gemeinsame Einreichung dieses Schriftsatzes ans Gericht herbeiführen wollte, und da somit überhaupt keine „Zustellung" des Schriftsatzes vorliegt, jedenfalls die Zustellung den Formerfordernissen des § 198 Abs. 2 ZPO. nicht genügt, zumal bei dem unterschriebenen Worte „Einverstanden" das Datum fehlt. **c)** JustdBl. **2** 154 (KG.). Der Beklagte kann auf die Wahrung der Formvorschrift des Abs. 2 nicht wirksam verzichten.

3. **a)** BadRpr. **07** 19 (Karlsruhe). Die Klagezurücknahme in der Berufungsinstanz ist — entgegen **RG. 5** 351, JW. **05** 537 Ziff. 24 — für zulässig zu halten. **b) RG.** R. **07** 1539 Ziff. 3843. Auch wenn davon auszugehen ist, daß die Zurücknahme der Klage mit Einwilligung des Beklagten noch in den höheren Instanzen gültigerweise erfolgen kann, so ist doch ein Kostenurteil aus § 271 Abs. 3 ZPO. nicht mehr zulässig, wenn der Beklagte (nach der Zurücknahme der Klage) seinerseits das eingelegte Rechtsmittel zurückgenommen hat. Der Antrag auf Erlassung des Kostenurteils ist durch Beschluß zurückzuweisen.

4. *Walsmann, ACivPr. **102** 165 ff. Die Zurücknahme der Klage kann wegen Irrtums angefochten werden. Die Anfechtung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes oder Erklärung in der mündlichen Verhandlung. Nach erfolgter Anfechtung kann erforderlichenfalls zu neuem Termine geladen werden.

5. **a)** BayRpflZ. **07** 25 (LG. München I). Von seinem Rechte, zu verlangen, daß der Kläger, der die Klage zurückgenommen hat, zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits verurteilt werde, kann der Beklagte beliebig spät Gebrauch machen. Vgl. OLG. **15** 122 (KG.), SeuffBl. **07** 845 (BayObLG.).

6. WürttJ. **19** 298 (Stuttgart). Im Prozesse kann nicht der Einwand erhoben werden, die ein Urteil im Kostenpunkte begehrende Partei sei in betreff der Kosten schon befriedigt.

7. Wegen eines Falles entsprechender Anwendung des § 271 vgl. zu § 265 Ziff. 4c.

8. von Dassel, R. **07** 1191, führt unter Anführung der einschlagenden Literatur aus, daß das Urteil, durch welches der Kläger nach schriftlicher Zurücknahme der Klage bei seinem Ausbleiben auf Antrag des Beklagten zur Tragung der Kosten verurteilt wird, ein Versäumnisurteil, kein kontradiktorisches Urteil sei.

§ 274. (Vgl. oben zu § 13 GVG., wo die Entscheidungen über Unzulässigkeit des Rechtswegs zusammengestellt sind. Wegen der Unzulässigkeit des Rechtswegs bei der Klage eines bayerischen Beamten gegen den Fiskus wegen Gesundheitsbeschädigung durch Amtsräume sei auf Piloty, SeuffBl. **07** 803, verwiesen.)

I. **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 45, JW. **06** 810. Bei einem Zusammentreffen der

prozeßhindernden Einreden aus § 274 Ziff. 1 und 5 ZPO. muß der Richter über die letztere zunächst entscheiden, ehe er zu einer Prüfung der ersteren gelangen kann.

II. Abs 2. Ziff. 1. R. **07** 383 Ziff. 784 (Düsseldorf). Die im ordentlichen Verfahren vorgebrachte Einrede der Zuständigkeit des Gewerbegerichts ist die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts, nicht diejenige der Unzulässigkeit des Rechtswegs. Sie gehört nicht zu den Einreden, auf welche die Partei wirksam verzichten kann, und kann daher noch in der Berufungsinstanz ohne Glaubhaftmachung der subjektiven Unmöglichkeit der Geltendmachung in der Vorinstanz ohne weiteres vorgebracht werden. Die Begründung eines ausschließlichen „Gerichtsstandes" für die Klage bei vermögensrechtlichen Ansprüchen im Sinne des § 528 Abs. 1 Satz 2 ZPO. umfaßt nicht die ausschließliche Zuständigkeit der Gewerbegerichte.

III. Abs. 2 Ziff. 2. 1. **RG.** R. **07** 1540 Ziff. 3844. Auch die Vorschriften über die zeitliche Unzulässigkeit des Rechtswegs (wegen Mangels des Vorbescheids aus § 150 RVG.) unterliegen weder der Parteivereinbarung noch dem Parteiverzichte. Die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs ist auch in einem solchen Falle in allen Instanzen von Amts wegen zu prüfen. Die Zulässigkeit des Rechtswegs kann in der Revisionsinstanz nur auf Grund des Sachverhalts geprüft und entschieden werden, der dem angefochtenen Urteile zugrunde lag. Spätere Behauptungen (der nach § 150 RVG. erforderliche Vorbescheid sei schon vor Klagerhebung erlassen und nur aus Versehen dem Berufungsgerichte nicht vorgelegt worden) können nicht berücksichtigt werden.

2. ElsLothJZ. **07** 571 (Colmar). Die Unzulässigkeit des Rechtswegs ist von Amts wegen zu beachten; daher kann die hierauf gerichtete Einrede noch in der Berufungsinstanz nachgeholt werden (vgl. JDR. **5** § 274 II 1).

3. HansGZ. **07** Beibl. 188 (Hamburg). Die Statutsbestimmung einer eingetragenen Genossenschaft, daß ein Mitglied wegen Schädigung der gemeinsamen Interessen durch Beschluß des Aufsichtsrats und Vorstandes ausgeschlossen werden könne, wogegen ihm Berufung an die Generalversammlung zustehe, hat nicht die Tragweite, daß die Generalversammlung unter Ausschluß des Rechtswegs über einen zwischen der Genossenschaft und einem ausgeschlossenen Mitglied über die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses entstandenen Rechtsstreit zu entscheiden habe. Der Rechtsweg hiergegen ist vielmehr zulässig und das Gericht hat nicht nur die Formalien, sondern auch die Frage zu prüfen, ob das Verhalten des Ausgeschlossenen die Genossenschaft schädigen konnte.

IV. Abs. 2 Ziff. 3. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 403. Die Einrede des Schiedsvertrags ist so lange zulässig, bis ein gültiger Schiedsspruch gefällt ist und der Vertrag damit seine Erledigung gefunden hat. Sie wird auch nicht dadurch beseitigt, daß ein formell ungültiger Spruch durch rechtskräftiges Urteil aufgehoben ist.

2. OLG. **15** 123 (Hamburg). Es genügt nicht zur Verneinung der Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts, wenn möglicherweise die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gegeben ist.

3. BadRpr. **07** 98 (Karlsruhe). Das Statut einer GmbH. darf nicht den Aufsichtsrat zum Schiedsrichter für Streitigkeiten bestimmter Art zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern bestellen, namentlich nicht, wenn die Mitglieder des Aufsichtsrats Gesellschafter sind.

V. Abs. 2 Ziff. 6. OLG. **15** 124, SächsOLG. **28** 451 (Dresden). Gegenüber einer wiederholten Eheherstellungsklage schlägt die Einrede aus Ziff. 6 nicht durch.

VI. Abs. 2 Ziff. 7. ThürBl. **54** 18, R. **07** 896 Ziff. 2121 (Jena). Haben Einzelpersonen unter einer abstrakten Bezeichnung („Siebenerkommission") Klage für die Arbeiterschaft eines Stiftungsbetriebs erhoben, indem sie ihre Vollmacht hierzu lediglich von einem Arbeiterausschusse herleiten, der sich seinerseits als Ver-

treter aller zu den Stiftungsbetrieben gehörigen Arbeiter auf Grund des Stiftungsstatuts ansieht, es aber nicht sein kann, weil die Arbeiterschaft als solche keine selbständige juristische Persönlichkeit ist, als deren Organ der Ausschuß erscheinen könnte, so ist die Klage angebrachtermaßen abzuweisen.

§ 275. 1. R. **07** 134 Ziff. 234 (Colmar). Wenn der Beklagte auf Grund einer prozeßhindernden Einrede die Einlassung zur Hauptsache verweigert, bedarf es, damit über diese Einrede besonders verhandelt und entschieden werde, keines die besondere Verhandlung anordnenden Gerichtsbeschlusses.

2. **RG.** R. **07** 383 Ziff. 785. Durch den inzwischen erfolgten Erlaß eines rechtskräftigen Urteils in der Hauptsache ist das anhängige Revisionsverfahren nicht erledigt. Denn jenes Urteil konnte nicht anders als unter der Voraussetzung, daß das die prozeßhindernde Einrede betreffende Zwischenurteil rechtskräftig werden würde, ergehen. Würde daher das Zwischenurteil auf die Revision aufgehoben und die Klage abgewiesen werden, so fiele damit das nur als eventuelle Entscheidung ergangene rechtskräftige Sachurteil ohne weiteres in sich zusammen.

3. **RG.** R. **07** 639 Ziff. 1326. Bei dem Einwande der verspäteten Klagerhebung handelt es sich nicht um die prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs, sondern um die nicht prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Prozeßwegs. Hat gleichwohl der erste Richter prozeßordnungswidrig ein Zwischenurteil nach § 275 ZPO. erlassen, so ist, da es für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels nicht darauf ankommt, was hätte geschehen sollen, sondern was tatsächlich geschehen ist, gegen das Urteil die Berufung zulässig.

§ 278. BayRpflZ. **07** 178 (München). Die prozessuale Aufrechnungserklärung kann, wie jede andere Einrede, zurückgenommen werden.

§ 280. Blanckmeister, R. **07** 1180. Gegen Teilklagen kann sich der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage auf Grund der §§ 280, 256 ZPO. verteidigen.

§ 281. **RG.** R. **07** 1397 Ziff. 3460. Die Zustellung eines die Erhebung eines neuen Anspruchs ankündigenden Schriftsatzes ist keine zivilrechtliche Mahnung.

§ 282. (Wegen der dem materiellen Rechte angehörenden Fragen der Beweislast vgl. bei den einschlagenden Bestimmungen.) 1. **RG.** BayRpflZ. **07** 130. Für ganz innerliche Vorgänge, z. B. die Gründe, aus denen die Mitglieder einer Behörde so oder so gestimmt haben, ist Beweisantretung nicht zulässig.

2. **RG.** R. **07** 639 Ziff. 1327. Ein Beweisantritt lediglich über die Behauptung, daß ein Verstorbener geisteskrank gewesen, an paranoia senilis gelitten habe, ist unzulässig, wenn diese Behauptung nicht durch tatsächliche Anführungen näher begründet wird.

3. Wegen Umkehrung der Beweislast infolge von Verstößen gegen Treu und Glauben vgl. **RG. 60** 147, SächsRpflA. **07** 104.

§ 285. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 192, ElsLothJZ. **07** 39. Zwar kann nach **RG. 27** 425 das Gericht den Eindruck, den der Zeuge bei seiner Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter auf diesen gemacht hat, bei dem Urteile berücksichtigen, wenn die Wahrnehmungen des letzteren in das Protokoll über die Beweisaufnahme aufgenommen und nach § 285 ZPO. zum Gegenstande der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte gemacht worden sind. Fehlt es aber im Protokoll an einer Notiz über jenen Eindruck auf den beauftragten Richter, so entfällt die Möglichkeit, den Eindruck bei Würdigung der Zeugenaussage zu berücksichtigen (vgl. JDR. **5** § 286 Ziff. 5).

§ 286. I. 1. *Sebba, Die richterliche Überzeugung, BuschsZ. **37** 86. Es gibt nur zwei Arten des Beweises, nämlich Beweis durch unmittelbare Wahrnehmung (Beweis durch Augenschein im Sinne des Gesetzes) und Indizienbeweis. Indiz ist jede Tatsache, aus welcher der Richter auf die Wahrheit einer anderen Tatsache durch Vermittelung von Erfahrungssätzen schließen kann. Dem Indizienbeweise durch

Zeugen, Sachverständige und Urkunden ist ferner die bewußte Beziehung zu der indizierten Tatsache und die unmittelbare Wahrnehmung des Indizes durch den Richter begriffswesentlich.

2. Beachtlich ist auch du Chesne, Richterliches Ermessen und Willkür, BadRpr. **07** 174.

3. **RG.** BadRpr. **07** 193. Welches Maß von Wahrscheinlichkeit zur Bildung der richterlichen Überzeugung gehört, ist Sache der Individualität (vgl. **RG.** JW. **02** 446 Ziff. 14).

II. 1. Mangelhafte Grundlagen der richterlichen Überzeugung. **a)** **RG.** BadRpr. **07** 150. Der Inhalt der Akten kann nur insoweit dem Urteile zur Grundlage dienen, als er Gegenstand der mündlichen Verhandlung war. **b)** **RG.** R. **07** 516 Ziff. 1058. Wenn das Gericht erster Instanz Tatsachen berücksichtigt hat, die es ohne Zuziehung eines Gerichtsschreibers und der Parteien (freilich mit deren Bewilligung) und ohne Protokollerrichtung in Augenschein genommen hat, so braucht das Berufungsgericht darauf kein entscheidendes Gewicht zu legen, vielmehr kann es nach dem Rechte freier Beweiswürdigung statt dieser Wahrnehmungen des ersten Gerichts den von diesem unter Teilnahme der Richter formgerecht aufgenommenen Augenschein und das damit im wesentlichen übereinstimmende Sachverständigengutachten unter Berücksichtigung aller weiteren Verhältnisse seinem Urteile zugrunde legen. **c)** **RG.** R. **07** 383 Ziff. 788. Die Sachverständigen sind Gehilfen des Richters; ob dieser sich ihrer bedienen will, ist lediglich seiner Entschließung anheimgegeben. Mißt der Berufungsrichter sich so viel sachverständige Kenntnis bei, daß er ihrer Hilfe entraten zu können glaubt, so bleibt er damit in den Grenzen seiner Befugnisse. Es bedeutet daher in solchem Falle die Nichtheranziehung eines Sachverständigen keinen prozessualen Mangel und es kann mithin auch kein Revisionsgrund hieraus abgeleitet werden (ähnlich **RG.** R. **07** 256 Ziff. 491). **d)** **RG.** R. **07** 896 Ziff. 2125. Ein zur Aufhebung des Urteils führender sog. Mangel in der Begründung kann grundsätzlich nicht schon daraus abgeleitet werden, daß irgendein Teil einer Zeugenaussage nicht ausdrücklich in den Urteilsgründen gewürdigt ist; vielmehr ist eine solche Verletzung des § 286 nur dann anzunehmen, wenn die Urteilsgründe aus ihrem Zusammenhange nach Art und Inhalt der die bezeugte Tatsache betreffenden Ausführungen ergeben, daß der von der Revision bezeichnete Teil einer Zeugenaussage in Wirklichkeit übersehen ist.
e) **RG.** R. **07** 703 Ziff. 1465. Der Grundsatz, daß ein Rechtssatz zuungunsten einer Partei auch dann anzuwenden sei, wenn sie ihn nicht gekannt hat, hat nicht die Bedeutung, daß bei der Würdigung eines Beweises von der Annahme auszugehen sei, daß die Partei das Gesetz gekannt habe. **f)** **RG.** R. **07** 1409 Ziff. 3551. Da es ein Recht des Beklagten im Prozeß ist, tatsächliche Behauptungen des Klägers zu bestreiten und deren Beweis zu erfordern, so erscheint es zweifelhaft, ob der Richter kraft der durch § 286 ZPO. ihm gewährleisteten freien Beweiswürdigung ermächtigt ist, daraus allein, daß eine Partei von jenem Rechte Gebrauch macht, tatsächliche Feststellungen zu ihren Ungunsten abzuleiten. **g)** **RG.** R. **08** (Beibl. 2) 19 Ziff. 113. Im Prozesse bedarf es zum Nachweis einer Erbfolge nicht stets der Vorlegung eines Erbscheins.

2. Beweiswürdigung. **a)** **RG.** JW. **07** 180. Soweit es sich um die Erörterung eines Beweisergebnisses in den Urteilsgründen handelt, kann höchstens in Frage kommen, ob § 286 Abs. 1 ZPO., nicht ob § 551 Ziff. 7 ZPO. verletzt ist. **b)** **RG.** R. **07** 454 Ziff. 910, JW. **07** 263. Wenn eine als Zeuge vernommene Person später als Partei in den Prozeß eintritt, so bildet dieser Wechsel in ihrer Stellung kein gesetzliches Hindernis für die Benutzung ihrer vor Eintritt des Wechsels in gesetzmäßiger Weise erhobenen Zeugenaussage als Beweismoment. **c)** **RG.** R. **07** 314 Ziff. 628. Allerdings kann die Frage, ob die Aussage eines Zeugen für wahr zu

halten sei oder nicht, insofern nicht der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliegen, als es sich hierbei um die lediglich dem Berufungsrichter zustehende Würdigung der Persönlichkeit des Zeugen handelt. Anders, wenn der Aussage des Zeugen deshalb kein Glauben geschenkt ist, weil der Berufungsrichter sich von dem Gegenteile der Aussage für überzeugt hält und die Grundlage, auf der diese Überzeugung ruht, in prozeßrechtlicher Beziehung nicht einwandfrei ist. **d)** **RG.** R. **07** 455 Ziff. 911. Die einschränkenden Bemerkungen in den Aussagen von Zeugen und Sachverständigen „meiner Erinnerung nach" oder „soviel ich weiß" sind an sich selbstverständliche Vorbehalte jeder Bekundung eines Zeugen oder Sachverständigen. Ob sie in einem einzelnen Falle mehr bedeuten und die Glaubwürdigkeit der Aussagen abzuschwächen geeignet sind, ist Sache der freien richterlichen Überzeugung. **e)** KGBl. **07** 31, JustdBl. **1** 364 (LG. Berlin I). Den Angaben des Zedenten ist, selbst wenn sie beeidet sind, grundsätzlich keine größere Beachtung zu schenken als den Behauptungen der Partei. Dies folgt daraus, daß durch die Abtretung der Forderung die Rechtsstellung des Schuldners nicht verschlechtert werden darf (vgl. zu § 393 Ziff. 2).

3. Parteivorbringen und Urkundenauslegung. (Vgl. JDR. **5** § 286 Ziff. 1.) **a)** **RG.** LeipzZ. **07** 827. Sind die Urkunden, die die schließliche Vereinbarung enthalten, an sich klar und widersprechen sie der vom Beklagten vorgebrachten Einrede, so ist Zeugenbeweis für die abweichende Vereinbarung nur zulässig, wenn zugleich Beweis dafür angetreten wird, daß die mündliche Vereinbarung neben der Urkunde gelten sollte und weiter ein hinreichender Grund dafür angeführt wird, warum sie nicht in die Urkunde aufgenommen worden ist. **b)** **RG.** R. **07** 1074 Ziff. 2591. Um die nicht streng gesetzliche, sondern allgemeine und vielfache Ausnahmen zulassende Vermutung, daß eine Vertragsurkunde den vollen Vertragswillen beider Teile in sich schließe, anwenden zu können, muß zunächst — im Falle einer Zweifelhaftigkeit des Wortlauts — im Wege der Auslegung der wirkliche Urkundeninhalt festgestellt werden. **c)** **RG.** R. **07** 638 Ziff. 1320. Bei der Auslegung eines Schriftstücks ist die gesamte Sachlage, wie sie sich aus dem Parteivorbringen ergibt, in Betracht zu ziehen; die dem Gerichte dabei auftauchenden Gesichtspunkte und Schlußfolgerungen können jedoch gleichfalls verwertet werden, auch wenn die Parteien darauf nicht besonders hingewiesen haben. **d)** **RG.** R. **07** 702 Ziff. 1462. Wenn eine Prozeßpartei die Existenz eines vom Gegner behaupteten Vertrags bestreitet, so ist, auch wenn nicht eventuell die Wiederaufhebung des Vertrags behauptet wird, das Gericht nicht gehindert, aus dem übrigen Vorbringen der Parteien den Schluß zu ziehen, daß, wenn der Vertrag geschlossen sein sollte, er durch spätere Willenseinigung der Parteien wieder aufgehoben worden sei.

4. Ablehnung angebotener Beweise (vgl. JDR. **5** § 286 Ziff. 4). **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 629. Die allgemeine Erwägung, eine Behauptung sei bereits widerlegt, ist keinesfalls zur Ablehnung eines angetretenen Zeugenbeweises ausreichend. Die Beweiserhebung darf vielmehr nur dann abgelehnt werden, wenn das Gericht die Überzeugung erlangt hat, daß selbst dann, wenn die unter Beweis gestellten Behauptungen bewiesen würden, seine Auffassung nicht erschüttert werden würde (ebenso **RG.** HansGZ. **07** Beibl. 209; R. **07** 980 Ziff. 2347; R. **07** 255 Ziff. 490; JW. **07** 109). **b)** **RG.** R. **07** 256 Ziff. 494. Wenn das Gericht einen vollkommen qualifizierten und zuverlässigen Sachverständigen über die Beschaffenheit einer Arbeit vernommen hat und dessen Gutachten dem Gerichte die Überzeugung von der Güte der gesamten Arbeit verschafft hat, so ist es berechtigt, das bloße Zeugnis eines ausführenden Handwerkers über die Untauglichkeit der hergestellten Gegenstände als minderwertig und für die Bildung seiner Überzeugung einflußlos abzuweisen. **c)** **RG.** R. **07** 256 Ziff. 493. Mit der Begründung, daß der angerufene Zeuge als Angestellter des Konkurrenten einer Partei nicht glaubwürdig erscheine, darf ein Beweisantrag nicht abgelehnt werden; das wäre eine prozessualisch unzu-

lässige Vorausnahme der Beweiswürdigung: die Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit eines Zeugen ist erst zu prüfen, nachdem er vernommen ist (ähnlich **RG.** LeipzZ. **07** 827; R. **07** 771 Ziff. 1688). **d)** **RG.** R. **07** 1411 Ziff. 3564. Der Antrag auf Beiziehung von Ermittelungsakten kann nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, daß ohne Zustimmung des Prozeßgegners die darin enthaltenen Zeugenaussagen im Prozesse nicht als Beweismittel verwertet werden dürften. **e)** **RG.** R. **07** 256 Ziff. 492. Ein Beweis, dessen Nichterbringlichkeit auf der Hand liegt (Beweisthema: es sei unmöglich, daß ein ordnungsmäßig vor einen leichten Wagen gespanntes Pferd stürzen könne, wenn es mit festen Zügeln gefahren werde), braucht nicht erhoben zu werden.

5. Benutzung der Ergebnisse eines anderen Prozesses (vgl. JDR. **5** § 286 Ziff. 4). **a)** **RG.** R. **07** 383 Ziff. 786. Einem in einem früheren Rechtsstreit abgegebenen Geständnisse des Beklagten kann eine so weitgehende Bedeutung für die Feststellung des Parteivorbringens im neuen Rechtsstreite beigemessen werden, daß ein lediglich auf das Gegenteil, nicht etwa zugleich auf einen Irrtum bei Abgabe jener Erklärung gerichteter Beweisantrag des Beklagten als ungeeignet, die darauf gegründete Überzeugung des Gerichts zu erschüttern, abgelehnt werden kann. **b)** **RG.** R. **07** 896 Ziff. 2126. Die Klagebeantwortung aus einem früheren Prozeß und die in ihm enthaltene Korrespondenz, die in einem neuen Prozesse Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, können in ihm berücksichtigt werden, einerlei, ob sie in dem früheren Prozesse Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren oder nicht. **c)** **RG.** SeuffBl. **07** 387. Das Zivilurteil kann auf ein voraufgegangenes Strafurteil gegründet werden. Der Zivilrichter darf jedoch die Feststellungen des Strafrichters nicht als für ihn bindend angesehen haben. **d)** **RG.** R. **07** 1141 Ziff. 2769. Erklären sich beide Parteien mit der Verwertung der von den Zeugen und Sachverständigen in einem Strafverfahren abgegebenen Aussagen einverstanden, so besteht für das Gericht keine Verpflichtung zur nochmaligen Anhörung von Sachverständigen. **e)** **RG.** R. **07** 896 Ziff. 2124. Im Enteignungsprozesse steht nichts entgegen, auch die Gutachten der im Verwaltungsverfahren vernommenen Sachverständigen, wenn diese Gutachten in der mündlichen Verhandlung von einer Partei ohne Widerspruch der Gegenseite vorgetragen worden sind, nach Maßgabe der Grundsätze zu verwerten, die für die Benutzung der in einem anderen Prozeß erfolgten Zeugenaussagen gelten.

III. Über die Erheblichkeit der Norm des § 286 für die Geltendmachung sog. innerer materieller Tatsachen, wie z. B. eines Willensinhalts, vgl. *Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft 487 ff.

§ 287. 1. **a)** **RG.** ElsLothJZ. **07** 65, R. **07** 314 Ziff. 630. Die Entscheidung der Frage, ob ein Schaden entstanden sei, hängt allein von der freien richterlichen Überzeugung ab. **b)** **RG.** ElsLothJZ. **07** 164, R. **07** 314 Ziff. 629. Das freie richterliche Ermessen hat allerdings darüber zu befinden, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist; dieses Recht freier Beweiswürdigung setzt aber voraus, daß die Partei, die den Schaden behauptet, dem Richter durch Darlegung der ihr bekannten Tatsachen die Möglichkeit gewährt, sich eine Überzeugung von dem Vorhandensein eines Schadens und dessen Zurückführung auf ein Verschulden der Gegenpartei zu verschaffen. Deshalb ist die Ansicht nicht zu billigen, daß im Falle mangelhafter tatsächlicher Begründung freie Schätzung des Schadens einzutreten habe. **c)** **RG.** R. **07** 383 Ziff. 789. Soweit für die Festsetzung des durch die Strafvollstreckung entstandenen Vermögensschadens nach § 2 G. vom 20. Mai 1898 der § 287 ZPO. Platz greift, sind durch dessen Vorschriften die sonst über die Behauptungs- und Beweispflicht geltenden Grundsätze wesentlich modifiziert. Das Gericht hat sich, erforderlichenfalls durch Ausübung des Fragerechts nach § 139 ZPO., die für seine Entscheidung erforderlichen Grundlagen zu verschaffen und darf wegen mangeln-

der Substantiierung für die Regel einen Ersatzanspruch nicht zurückweisen, es sei denn, daß es an allen Anhaltspunkten mangelt, um bei Würdigung der gesamten Umstände die erforderliche Grundlage für das Urteil zu gewinnen.

2. a) **RG.** JW. **07** 310, Puchel tsZ. **07** 409, SeuffA. **62** 372, SächsRpflA. **07** 250. Das durch § 287 dem Richter übertragene Ermessen berechtigt ihn nicht, bestimmte, die Schätzung bedingende Tatsachen ohne Beweisaufnahme beiseite zu schieben; er hat etwaige Beweisanträge zu würdigen und ihre Ablehnung zu begründen. **b) RG.** R. **07** 1074 Ziff. 2592. Bei der Bemessung eines zu ersetzenden Schadens ist dem richterlichen Ermessen der weitgehendste Spielraum gewährt. Sache des Gerichts ist es insbesondere, zu entscheiden, inwieweit der Schadensberechnung die Gutachten der Sachverständigen zugrunde zu legen sind. Ähnlich **RG.** R. **07** 455 Ziff. 912. **c) RG.** R. **07** 383 Ziff. 787. Sache des Gerichts ist es, den richtigen Maßstab für die Berechnung der Entschädigung zu finden, welche der Kläger für die dem Beklagten überlassene Benutzung seiner patentierten Maschine als angemessene Vergütung verlangt, wenn derjenige Maßstab, welchen der Kläger selbst angewendet hat, um eine ziffermäßig bestimmte Forderung erheben zu können, sich als nicht zutreffend, nicht zuverlässig oder nicht ausreichend erweist. **d)** KGBl. **07** 81 (KG.). Der durch den vorzeitigen Weggang eines Beamten (Technikers) dem Geschäftsherrn erwachsene Schaden ist frei zu schätzen. **e) RG.** R. **07** 1470 Ziff. 3684. Der Satz, daß das Gericht über einen zu ersetzenden Schaden unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden habe, bezieht sich auch auf die Frage, ob der Schadensersatzberechtigte die Vornahme eines Deckungskaufs schuldhaft verzögert hat.

§ 288. 1. *Walsmann, AcivPr. **102** 133 ff. Das Geständnis ist nicht bloß Wissenserklärung, sondern Willenserklärung; denn das Erfordernis des Nachweises eines Irrtums (§ 290) läßt sich logisch nur bei einer solchen Rechtsgestaltung rechtfertigen, welche einem Willen irgendwelcher Art Bedeutung beimißt. Wenn das Geständnis auf einem Irrtume beruht, kann es angefochten werden, und zwar kann dieser Irrtum in einer Divergenz zwischen der Geständniserklärung und dem ihr zugrunde liegenden Erklärungswillen bestehen, z. B. beim Versprechen, oder in einer falschen Vorstellung über die mit den an sich gewollten Geständnisworten verbundenen Folgen (Irrtum im Erfolgswillen), z. B. der Gestehende sagt: „ich gebe die behauptete Tatsache zu", er hat diese aber falsch verstanden. Diese Irrtumsanfechtung folgt nicht aus § 290, der den Widerruf des Geständnisses wegen eines Irrtums im Motive zuläßt, sondern aus allgemeinen 45 ff. entwickelten Gründen. Daher ist Nachweis der Unwahrheit nicht erforderlich (139 f.). Anfechtung und Widerruf können nur in der mündlichen Verhandlung dem erkennenden Gerichte gegenüber abgegeben werden (144). Sie können noch in zweiter, nicht aber in dritter Instanz erfolgen (145). Maßgeblich für die Irrtumsfrage ist die Person dessen, welche das Geständnis abgelegt hat. Nur dann, wenn der Vertreter nach den Weisungen der Partei ➵ Druckfehler in der Abh. ⇠ das Geständnis abgegeben hat, so daß deren Erfolgswille maßgeblich war, ist der Irrtum in der Person der Partei ausschlaggebend.

2. HansGZ. **07** Beibl. 12 (Hamburg). Das Gericht ist durch das Zugeständnis einer Tatsache, die unmöglich richtig sein kann, nicht genötigt, sie für richtig zu halten.

3. a) ElsLothJZ. **07** 519 (Colmar). In einer Behauptung der Klageschrift ist an sich kein Geständnis im Sinne des § 288 ZPO. zu erblicken. Ein solches besteht nur dann, wenn der Kläger bei seiner Behauptung verbleibt, nachdem der Gegner sich übereinstimmend erklärt hat. **b) RG.** R. **07** 1540 Ziff. 3845. Die Wirksamkeit eines Geständnisses, das vor dem zur Entscheidung berufenen Gerichtshof abgegeben wird, ist weder davon abhängig, daß der Gerichtshof in derselben Zusammensetzung das Urteil erläßt, noch auch davon, daß sein Inhalt zu Protokoll festgestellt wird oder daß auf Antrag eine Feststellung in der Form des § 298 Abs. 2 ZPO. stattfindet.

Das Zugeständnis hat jedoch zur Voraussetzung, daß ihm eine übereinstimmende Behauptung des Gegners gegenübersteht. Solange dies nicht der Fall ist, sind Behauptungen einer Partei nicht als Zugeständnis einer erst später von der Gegenseite aufgestellten Behauptung anzusehen, vielmehr ist jene Partei nicht gehindert, ihre früheren Behauptungen ohne weiteres richtig zu stellen (vgl. GruchotsBeitr. **35** 1192 ff., **37** 1238 ff., JW. **95** 182 Ziff. 6). **c) RG.** R. **07** 834 Ziff. 1868. Ein von einer Partei vor dem Richter abgegebenes Zugeständnis darf als solches verwertet werden, wenn die es enthaltende Erklärung in der ersten mündlichen Verhandlung abgegeben worden und ihre Zurücknahme erst in einer späteren mündlichen Verhandlung erfolgt ist. **d) RG.** JW. **06** 746. Der Umstand, daß die bestrittene Behauptung einer Partei dieser ungünstig ist, genügt nicht, sie als festgestellt anzunehmen.

4. **a) RG.** R. **07** 1409 Ziff. 3552. In der Rechtsprechung wird anerkannt, daß eine Erklärung, den Klaganspruch als solchen nicht zu bestreiten, unter Umständen als ein Zugeständnis der dem Anspruche zugrunde liegenden tatsächlichen Behauptungen aufgefaßt werden kann. Sie braucht aber nicht als solches aufgefaßt zu werden. Es kommt auf den Einzelfall an. Für die Auslegung der Erklärung kann die dem Anwalte von der Partei erteilte Information von Bedeutung sein. **b) RG.** LeipzZ. **07** 827. Bestreitet der Beklagte die Klageforderung nicht, rechnet er mit einer Gegenforderung auf, so ist im einzelnen Falle zu prüfen, ob in dem Nichtbestreiten ein Zugeständnis der Klagetatsachen gemäß § 532 ZPO. liegt. Das OLG. muß daher eine Feststellung treffen, ob ein Anerkenntnis und nicht etwa nur eine Erklärung des Nichtbestreitens in der negativen Bedeutung des § 138 ZPO. abgegeben werden sollte.

5. **a) RG.** R. **07** 1409 Ziff. 3553. Das Gericht darf nicht entgegen der übereinstimmenden Erklärung der Parteien, daß ein Weg kein öffentlicher sei, von dem Gegenteil ausgehen. Diese Erklärung ist zwar kein reines Geständnis von Tatsachen und kein Anerkenntnis im prozeßrechtlichen Sinne dieses Wortes, aber doch mehr als eine bloße rechtliche Beurteilung eines feststehenden Sachverhalts. Sie enthält zugleich eine Verfügung über das tatsächliche Vorbringen, einen prozeßrechtlichen Dispositionsakt, zu dem die Parteien berechtigt sind und dessen Folge die ist, daß die beweispflichtige Partei ihrer Darlegungs- und Beweispflicht überhoben wird. **b)** ElsLothJZ. **07** 561 (Colmar). Wenngleich in dem Zugeständnisse des Eigentums als eines Rechtsverhältnisses in der Regel kein reines Geständnis im Sinne des § 288 ZPO. liegt, kann dennoch unter Umständen ein solches bezüglich des tatsächlichen Erwerbes des Eigentums darin gefunden werden. Jedenfalls kehrt sich die Beweislast zur Widerlegung des zugestandenen Eigentums um. **c) RG.** JW. **07** 264. Zu den Tatsachen im Sinne des § 288 gehören auch Tatsachenurteile, z. B. Geständnis der Üblichkeit einer Provision von 1 pCt.

§ 290. (Vgl. JDR. **5** § 290 Ziff. 1.) SchlHolstAnz. **07** 300 (Kiel). Der Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses kann nicht darauf gestützt werden, daß der Prozeßbevollmächtigte bei Abgabe desselben sich im Irrtum über den Inhalt der von der Partei erteilten Instruktion befunden habe.

§ 291. 1. **a)** *S e b b a , BuschsZ. **37** 89. Notorietät ist eine Massenüberzeugung von der Wahrheit einer Tatsache. **b)** *W i e d e m a n n , Ideale Vereine 716. Die Eintragungen ins Handels- und ins Vereinsregister begründen keine Offenkundigkeit für die eingetragenen Tatsachen. Sie sind deshalb von der Partei zu beweisen, die sich darauf beruft. Ausnahme: Wo es sich um Eintragungen handelt, welche vom erkennenden Amtsgerichte selbst vorgenommen worden sind und an die sich der erkennende Amtsrichter noch mit volle Überzeugung begründender Sicherheit zu erinnern vermag (so auch **RG. 14** 371).

2. **a) RG.** R. **07** 1074 Ziff. 2593. Das Gericht darf eine Tatsache als gerichts-

kundig bezeichnen, wenn sie nicht zu den besonderen Geschehnissen oder Zuständen des vorliegenden Einzelfalls, sondern zu den allgemeinkundigen, wissenschaftlich feststehenden Tatsachen gehört. Allgemeinkundig sind nicht nur diejenigen Tatsachen, die jedermann kennt, sondern auch die Tatsachen, die auf einem bestimmten Wissensgebiete den darin Heimischen bekannt sind. Aus dem Begriffe der Allgemeinkundigkeit folgt, daß das Gericht nicht anzugeben braucht, woher es die Kenntnis der Tatsache geschöpft hat. **b)** **RG.** R. **07** 1540 Ziff. 3846. Die Bezugnahme auf einen Ortsgebrauch, der von den Parteien nicht behauptet ist, als gerichtskundig, ist nicht ausgeschlossen. **c)** **RG.** LeipzZ. **07** 504. Indem das Berufungsgericht als gerichtskundig festgestellt hat, daß die Zigarettenhändler ebenso wie die übrigen Käufer bei echten Kyriazi-Frères-Zigaretten ausschließlich an die der Kairoer Firma denken, selbst wenn ihnen das Bestehen der Firma des Beklagten und ihre Konkurrenzstreitigkeiten mit der Kairoer Firma bekannt seien, konnte es von Erhebung des vom Beklagten angebotenen Sachverständigenbeweises absehen, da dann doch nur die Kenntnis einzelner Händler dargetan werden könnte.

§ 294. 1. Böhner, Die Versicherung an Eidesstatt als Mittel der Glaubhaftmachung, DJZ. **07** 1247. Die „Versicherung an Eidesstatt" im Sinne des § 294 ZPO. muß vor dem zuständigen Gerichte seitens des Erklärenden persönlich abgegeben werden.

2. Über den Beweiswert der eidesstattlichen Versicherung einer Partei vgl. HansGZ. **06** Beibl. 96 (Hamburg) und PosMSchr. **07** 33 (Königsberg).

§ 295. 1. **RG.** R. **07** 771 Ziff. 1689. Ist eine Partei auf einen Mangel hingewiesen und stellt sie trotz Befragens nach dieser Richtung keine weiteren Anträge, so ist ein Verzicht anzunehmen, falls nicht aus besonderen Umständen auf eine gegenteilige Meinung der Partei zu schließen ist.

2. **RG.** PucheltsZ. **07** 198. Das Rügerecht einer Partei geht verloren — und zwar nach § 530 ZPO. auch für die Berufungsinstanz — wenn sie der Vereidigung eines Zeugen, der nach dem Gesetze hätte vereidigt werden müssen, selbst widersprochen hat. Dieser Widerspruch ist dem Verzicht auf die Befolgung der Vereidigungsvorschrift gleich zu achten (vgl. **RG.** JW. **00** 310 Ziff. 2).

3. **RG.** R. **07** 1540 Ziff. 3851. Ist in unzulässiger Weise ein Eid durch Beweisbeschluß statt durch Urteil auferlegt und der Eid geleistet, so liegt ein Mangel im Verfahren vor, der aber durch Verzicht bzw. Nichtrüge gemäß § 295 ZPO. heilbar ist. Ist die Eidesleistung in der mündlichen Verhandlung erfolgt und ist diese nach der Eidesleistung zu Ende geführt, so ist eine etwaige Rüge bei Vermeidung des Ausschlusses des Rügerechts noch in dieser Verhandlung anzubringen.

§ 299. 1. Böckel, JW. **07** 41, berichtet über einen Beschluß des RG. folgenden Inhalts: Die Partei darf das ihr durch § 299 ZPO. gegebene Recht nicht in der Art mißbrauchen, daß sie unnötigerweise die Hilfe der Gerichtsschreiberei in Anspruch nimmt. Braucht aber der Armenanwalt nach seiner glaubhaften Erklärung Abschriften von Zeugenaussagen und des Armenrechtsgesuchs zur ordnungsmäßigen Führung des Rechtsstreits, so sind ihm diese Abschriften zu erteilen. Selbst sich die Abschriften anzufertigen oder sie durch sein Bureaupersonal anfertigen zu lassen, ist dem Prozeßbevollmächtigten nicht zuzumuten (vgl. **RG.** JW. **99** 92 Ziff. 16).

2. **a)** R. **07** 576 Ziff. 1183 (KG.). Wird dem Antrag auf Abkürzung der Ladungsfrist stattgegeben, so ist dem Antragsgegner auf seinen Antrag eine Abschrift des Schriftsatzes zu erteilen, in dem die Abkürzung beantragt ist. Die Zurückweisung des Antrags auf solche Abschriftserteilung unterliegt dem Rechtsmittel der Beschwerde. **b)** Wegen der Geheimhaltung der dienstlichen Äußerung des abgelehnten Richters vgl. oben § 44. **c)** BreslauAK. **07** 7, JustdBl. **2** 11 (LG. Glatz). Derjenige, gegen den ein abgewiesener Arrestantrag gestellt worden war, hat keinen Anspruch auf Erteilung einer Abschrift des Arrestantrags nebst Anlage. **d)** **RG.** JW. **07** 41, Rhein.

ARB. 25 26. Der Anwalt der im Entmündigungsverfahren zum Armenrechte zugelassenen Partei hat Anspruch auf kostenfreie Abschriften des Armenrechtsgesuchs und der Protokolle über die Vernehmungen der Zeugen.

Zweiter Titel. Urteil.

Vorbemerkung: Aus der Literatur ist hauptsächlich Pagenstechers Abhandlung (§ 322) hervorzuheben. Überaus reichlich war wieder die Judikatur zu § 304. Die — sich widersprechenden — Entscheidungen des RG. darüber, ob die zeitliche Begrenzung der nach §§ 843, 844 BGB. zuzubilligenden Rente dem Nachverfahren überlassen werden darf, sind absichtlich mit möglichster Vollständigkeit wiedergegeben. Der Streit über **RG. 61** 359 ist noch nicht beendet.

§ 300. 1. **RG.** R. **07** 771 Ziff. 1690. Über einen Anspruch, der für prozessual unstatthaft befunden wird, darf nicht zugleich materiell entschieden werden.

2. HansGZ. **07** Beibl. 144 (Hamburg). Es verstößt gegen § 300 Abs. 1 ZPO., die Klage auf Grund der liquiden Gegenforderung, mit der gegen den bestrittenen Klageanspruch eventuell aufgerechnet worden war, ohne weiteres abzuweisen (glA. RG. in vielen Entscheidungen; vgl. JDR. **5** § 302 Ziff. 1).

3. *Riehl, Über Immissionsprozesse, GruchotsBeitr. **51** 142 ff. Die judikatmäßige Feststellung, daß Beklagter zum Ersatze des künftigen Schadens verpflichtet sei, ist gegenstandslos. Ein solches Urteil subsumiert nicht einen konkreten Tatbestand unter die Rechtsnorm, sondern wiederholt lediglich die Rechtsnorm, indem es ausspricht, daß der Beklagte schadensersatzpflichtig sei, wenn er sich einer Verletzung fremden Eigentums schuldig machen sollte; ob er sich tatsächlich gegen den § 823 BGB. vergangen hat, muß erst in einem neuen Verfahren festgestellt werden. Derartige inhaltsleere Judikate sind nicht geeignet, die Ersatzpflicht des Beklagten bezüglich der künftigen neuen Schäden in quali festzustellen und dürften daher auch ohne Einfluß auf den Lauf der Verjährungsfrist sein; man sollte sie also als unnützen Ballast getrost über Bord werfen (149, 150). Von dem künftigen Schaden ist wohl zu scheiden der bereits gestiftete, nur in seiner Entwickelung noch nicht abgeschlossene, im vollen Umfange noch nicht erkenn- und bezifferbare (unentwickelte) Schaden (150).

§ 301. 1. **RG.** R. **07** 1410 Ziff. 3555. Ob ein Teilurteil zu erlassen ist oder nicht, ist eine Frage des in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfenden richterlichen Ermessens des Prozeßrichters.

2. **a) RG.** R. **08** (Beibl. 2) 20 Ziff. 115. Ein Teilurteil ist nur dann zulässig, wenn den Gegenstand des Urteils ein bestimmt abgegrenzter Teil des Klageanspruchs bildet und es zweifellos ist, daß für das Schlußurteil noch ein Teil des Klageanspruchs übrig bleibt (vgl. SeuffA. **55** Nr. 115). Daß nur über einen von mehreren Klagegründen erkannt ist, schließt die Zulässigkeit eines Teilurteils nicht aus, wenn durch die Bezugnahme auf einen bestimmten Klagegrund — Schadensersatz im Rahmen des § 3a HaftpflG. — zugleich die Aussonderung eines bestimmten Teiles des Klageanspruchs erfolgt ist. **b) RG.** R **08** (Beibl. 2) 19 Ziff. 114. Ein Teilurteil setzt voraus, daß genau feststeht, über welchen Teil des Anspruchs entschieden wird; deshalb kann ein Teilurteil nicht in der Weise erlassen werden, daß bei einer Forderung, die sich aus einer Reihe von Einzelforderungen oder einzelnen Posten zusammensetzt, lediglich festgestellt wird, der Beklagte schulde auf die Gesamtheit der Einzelforderungen einen bestimmten Betrag. Es muß vielmehr erkennbar gemacht werden, über welchen Posten entschieden wird, und es gehört zur Spruchreife, daß eine Entscheidung über einen Teil erlassen werden kann, für die die zukünftige Entscheidung über den anderen Teil ohne Belang ist. Dasselbe gilt von dem Teilurteile bezüglich der Widerklage, wenn der Kläger seine Forderung vorsorglich zur Aufrechnung benutzt hat. **c) RG.** R. **07** 1470 Ziff. 3685. Wird ein Klaganspruch auf

zwei kumulativ nebeneinander geltend gemachte Rechtsgründe gestützt, von denen der eine nur einen Teil der geforderten Summe deckt, und wird der Anspruch aus diesem letzteren Rechtsgrund in einer bestimmten Höhe für gerechtfertigt, im übrigen aber eine weitere Aufklärung für geboten erachtet, so ist es, auch wenn in erster Instanz die Klage gänzlich abgewiesen worden ist, nicht zu beanstanden, daß über jenen Betrag Teilurteil erlassen wird; denn es liegt keine Veranlassung vor, insoweit nur über den Grund vorabzuerkennen und die Sache zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs in die erste Instanz zurückzuverweisen. **d)** SächsOLG. **28** 263. Ein Fall der Unzulässigkeit der Erlassung eines Teilurteils im Unterhaltsprozesse der geschiedenen Frau gegen den allein schuldigen Mann; der Mann war zur Zahlung einer bestimmten Monatsrente verurteilt worden, obwohl er mit Rücksicht auf seine Einkünfte seine Unterhaltspflicht bestritten hatte und über diese Einkünfte nichts festgestellt war.

3. **RG.** R. **07** 1074 Ziff. 2595. Ob ein mit dem Rechtsmittel anfechtbares Urteil oder ein Zwischenurteil im Sinne des § 303 ZPO. vorliegt, dafür ist nicht die Absicht und Ansicht des Richters, der das Urteil erlassen hat, maßgebend; auch kommt es nicht darauf an, ob nach Lage der Sache ein Teilurteil hätte erlassen werden können und deshalb hätte erlassen werden sollen. Entscheidend für jene Frage ist vielmehr allein der sachliche Inhalt des Urteils.

§ 302. 1. Über die Unterschiede der Voraussetzungen der §§ 302, 600, 717 Abs. 2 u. 945 ZPO. vgl. **RG.** JW. **07** 519.

2. **a)** R. **07** 1410 Ziff. 3556 (Breslau). Der Beklagte darf nicht unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung verurteilt werden, wenn der Beklagte eine Vereinbarung behauptet, er solle seine Ansprüche auf eine Gegenforderung verrechnen. Ist dies der Fall, so ist ein rechtlicher Zusammenhang im Sinne des § 302 ZPO. vorhanden. Die Verurteilung des Beklagten ist ein wesentlicher Mangel des Verfahrens, der zur Aufhebung des Urteils nach § 539 ZPO. berechtigt. **b)** **RG.** R. **07** 1074 Ziff. 2594. Wird der Darlehnsklage des Zessionars des Darlehnsgläubigers entgegen gehalten, daß dem Beklagten eine Schadensforderung aus Veruntreuungen des Zedenten gegen diesen zustehe und daß der Zedent sich durch diese Veruntreuungen die Mittel verschafft habe, aus denen die Darlehnssumme entnommen sei, so ist ein rechtlicher Zusammenhang zwischen der Klageforderung und dem zur Aufrechnung gestellten Schadensanspruche des Beklagten nicht gegeben, es sei denn, daß weiter behauptet würde, der Zedent des Klägers habe die veruntreuten Gelder unmittelbar zur Hingabe des Darlehens verwendet, also dem Beklagten lediglich dessen eigenes Geld als vorgebliches Darlehen ausgefolgt.

§ 303. 1. **RG.** R. **07** 639 Ziff. 1328. Ein nach § 303 ZPO. erlassenes, für sich allein anfechtbares Zwischenurteil wird durch die Anfechtung des Endurteils, von dem es ein Teil ist, der Beurteilung des Revisionsgerichts unterworfen; eines besonderen Antrags auf Aufhebung des Zwischenurteils bedarf es nicht.

2. **RG.** BayRpflZ. **07** 276, JW. **07** 337. Über den Grund einer aufrechnungsweise geltend gemachten Gegenforderung kann weder nach § 303 noch nach § 304 ZPO. ein Zwischenurteil erlassen werden. Ist trotzdem ein solches Zwischenurteil erlassen, so ist in den Fällen des § 304 ZPO. das Rechtsmittel zulässig, wenn das Gericht ein solches Urteil erlassen wollte, in den Fällen des § 303 ist das Rechtsmittel dann zulässig, wenn das Gericht ein Urteil gemäß § 303 ZPO. erlassen wollte, in Wirklichkeit aber ein solches gemäß § 304 ZPO. erlassen hat (vgl. **RG. 39** 391 u. GruchotsBeitr. **38** 1224; ferner JDR. **5** § 303 Ziff. 1).

3. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 194, ElsLothJZ. **07** 35. Ist durch ein Zwischenurteil nicht über sämtliche, den Grund des Anspruchs betreffende Klagegründe entschieden worden (ist z. B. bei Geltendmachung der Nichtigkeit eines Vertrags und nur eventueller Anfechtung desselben nach dem Anfechtungsgesetze allein über die Begründet-

heit der Anfechtung entschieden worden), so liegt ein Zwischenurteil nach § 303, nicht nach § 304 ZPO. vor.

4. **RG.** BayRpflZ. **07** 277. Ein Zwischenurteil nach § 303 ZPO. kann auch in die Form einer Feststellung gekleidet sein.

§ 304. I. *Eickhoff, GruchotsBeitr. **51** 110 ff., erörtert die Entstehungsgeschichte des § 304 ZPO. und weist darauf hin, daß die Gerichte in der Art der Anwendung des Gesetzes sich von der ratio legis (Ersparung langwieriger und teuerer Beweisaufnahmen in Fällen, in denen es besonders zweifelhaft ist, ob die Entscheidung über den Grund des Anspruchs in letzter Instanz gebilligt werden wird) weit entfernt haben. Der Verf. erörtert die Erscheinung, daß in zahlreichen Fällen Vorabentscheidungen der Instanzgerichte von dem RG. als unzulässig aufgehoben werden, und empfiehlt eine Beschränkung in dem Erlasse solcher Zwischenurteile insbesondere auch in der Weise, daß nach § 146 ZPO. zunächst die Verhandlung auf den Grund des Anspruchs beschränkt und demnächst — falls das Gericht den Grund für gegeben erachtet — durch Beschluß Weiterverhandlung über den Betrag angeordnet wird. Auch der Feststellungsklage nach § 256 ZPO. müsse in geeigneten Fällen mehr Raum gelassen werden.

II. 1. (Vgl. JDR. **5** § 304 Ziff. 1.) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 380. Ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. entspricht nur dann dem Gesetze, wenn der mit dem Klagantrage geltend gemachte Anspruch für begründet erklärt wird (vgl. auch zu Ziff. 7).

2. **RG.** R. **07** 703 Ziff. 1468. Wird bei einem Schadensanspruche Zahlung eines bestimmten Betrags als des bis zu einem näher bezeichneten Zeitpunkt aufgelaufenen Schadens und außerdem Ersatz alles weiteren noch nicht ziffermäßig festzustellenden Schadens begehrt, so ist eine Vorabentscheidung über den Grund und in der Berufungsinstanz eine Zurückweisung an das Gericht erster Instanz nur hinsichtlich des ersteren Klagebegehrens denkbar; dagegen ist über den weiteren Feststellungsantrag durch Endurteil zu erkennen, und ist insoweit für eine weitere Verhandlung vor dem Gericht erster Instanz kein Raum, was indessen nicht ausschließt, daß der Kläger auf Grund der rechtskräftigen Feststellung die Einforderung von Schäden, die inzwischen weiter liquide geworden sind, mit der Weiterverfolgung des noch nicht erledigten Leistungsanspruchs verbindet. **b)** **RG.** JW. **06** 469. Eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs setzt einen Leistungs-, keinen Feststellungsanspruch voraus (vgl. JDR. **5** § 304 Ziff. 2 a).

3. Voraussetzungen der Vorabentscheidung. **a)** BadRpr. **07** 286 (Karlsruhe). Ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. kann nur erlassen werden, wenn von dem Kläger ein bestimmter Betrag gefordert oder wenigstens behauptet ist. Nur im Rahmen dieses bestimmten Anspruchs kann es Rechtskraft schaffen (**RG.** JW. **05** 27 Ziff. 36, 395 Ziff. 21, 399 Ziff. 26, **06** 313 Ziff. 21). Mit dem Feststellungsurteile findet der Prozeß seinen Abschluß, so daß über den geforderten Betrag nicht wie auf die Vorabentscheidung in der Fortsetzung des Verfahrens, sondern in einem besonderen Prozesse zu verhandeln ist (**RG. 56** 31, 35, JW. **03** 313 Ziff. 6, **04** 119 Ziff. 20). **b)** **RG.** III R. **07** 1326 Ziff. 3341. Mag man bei nicht bezifferten Schadensersatzklagen mit dem 2. Zivilsenat (JW. **89** 19 Ziff. 8) ein Zwischenurteil über den Grund aus § 304 ZPO. für zulässig, oder mit dem 6. (**RG. 60** 314, JW. **06** 204 Ziff. 26 u. 313 Ziff. 21, **07** 80 Ziff. 8) und 5. ZS. (JW. **07** 17 Ziff. 20) für unzulässig erachten, so ist § 304 doch dann anwendbar, wenn der Kläger eine so eingehende Beschreibung der Klagansprüche gegeben hat, daß der formell einer Bezifferung entbehrende Klagantrag einem bezifferten gleichgestellt werden muß. **c)** Für Unzulässigkeit des Zwischenurteils nach § 304 ZPO. bei Unbeziffertheit des Klaganspruchs: **RG.** R. **07** 315 Ziff. 631, PuceltsZ. **07** 517 (Zweibrücken). **d)** **RG.** VI R. **07** 1142 Ziff. 2770. Für ein Zwischenurteil nach § 304 ist nur Raum, wenn ein Anspruch auf Leistung eines quantitativ bestimmten Betrags in Geld oder

anderen vertretbaren Sachen den Gegenstand des Rechtsstreits bildet. Dies ist nicht der Fall, wenn bei einem Rentenanspruche die Höhe der zuzuerkennenden Rente in das richterliche Ermessen gestellt wird (ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1084, EisenbE. **23** 40, **RG.** GruchotsBeitr. **51** 990, 996). **RG.** JW. **07** 17. Dasselbe gilt, wenn die Vergütung eines nach Sachverständigengutachten festzusetzenden Betrags verlangt wird. **e)** SächsOLG. **28** 77, SächsRpflA. **07** 62. Voraussetzungen für den Erlaß eines Zwischenurteils gemäß § 304 Ziff. 1 ZPO. im Falle einer Klage auf Schadensersatz wegen Körperverletzung ist die Feststellung α. daß eine Handlung des Beklagten vorliegt, die die Verpflichtung zum Schadensersatze zu begründen geeignet ist. β. daß durch sie dem Kläger irgend ein Schaden verursacht worden ist (ebenso **RG.** R. **07** 449 Ziff. 879, **RG. 64** 344). **f)** **RG.** SächsRpflA. **07** 377. Die Vorschrift des § 304 ZPO. setzt voraus, daß der Kläger nach der Sachlage jedenfalls irgendeinen Betrag zu fordern hat, so daß, nachdem der Grund des Anspruchs festgestellt ist, nur noch sein Betrag festzustellen bleibt (ebenso **RG. 65** 49). **g)** **RG.** R. **07** 772 Ziff. 1693. Ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs kann nicht erlassen werden, wenn der dem Kläger an sich zukommende Betrag für den Fall ganz aufgebraucht wird, er also nichts mehr zu fordern hat, daß er sich einen gewissen Abzug gefallen lassen muß. **h)** **RG.** R. **07** 188 Ziff. 343. Eine Entscheidung dahin, daß die von der Witwe und den Kindern des Getöteten erhobenen Rentenansprüche dem Grunde nach gerechtfertigt seien, darf schon dann erlassen werden, wenn sich nach dem bisher vorliegenden Streitmateriale mindestens mit großer Wahrscheinlichkeit annehmen läßt, daß durch den Tod überhaupt ein Vermögensschaden infolge des Verlustes ihres Unterhaltsanspruchs erwachsen ist, daß also die ihnen durch diesen Tod bezüglich ihres Unterhalts erwachsenen Nachteile größer sind, als die dadurch veranlaßten Vorteile. **i)** **RG.** R. **07** 449 Ziff. 879. In der Regel wird zwar die Ehefrau durch die Tötung ihres unterhaltspflichtigen Ehemanns Nachteile erleiden. Immerhin ist dies nicht von vornherein als unzweifelhaft zu unterstellen, sondern wird wesentlich davon abhängen, wie die persönlichen Verhältnisse des Getöteten und sein Vermögensbesitz beschaffen waren, und was die Ehefrau tatsächlich aus seinem Nachlaß übernommen hat.

4. Vorabentscheidung über einen Einwand (vgl. JDR. **5** § 304 Ziff. 4). **a)** **RG.** R. **07** 981 Ziff. 2349. Wie das RG. wiederholt ausgesprochen hat, gehört die Entscheidung über eine Aufrechnungseinrede in das Urteil über den Grund des Klaganspruchs und darf grundsätzlich nicht dem Urteil über den Betrag vorbehalten werden. Dasselbe gilt aber auch bezüglich jeder anderen Einrede, welche die Aufhebung des Klaganspruchs, sei es ganz, sei es zum Teil, zum Gegenstande hat, also auch bezüglich der Einrede der Anrechnung aus § 615 BGB.; dabei kann der Umstand, daß die Klageforderung um einen unbestimmten Teil höher ist, als die eventuell in Anrechnung gebrachte Summe, eine Änderung des Verfahrens nicht bewirken. Unzulässig ist daher ein Zwischenurteil über den Grund eines Lohnanspruchs mit der Begründung, daß ein etwaiger anderweitiger Erwerb des Dienstverpflichteten in der in Betracht kommenden Zeit die volle Höhe der ihm von dem Dienstherrn zu zahlenden Bezüge nicht erreiche. **b)** **RG.** R. **07** 1075 Ziff. 2599. Macht der Beklagte gegenüber der Klage eine Schadensersatzforderung geltend, welche er teils gegen die Klageforderung, teils gegen eine andere Forderung aufrechnet und in Höhe des verbleibenden Restes mit einer Widerklage geltend macht, so darf die Widerklage nur dann dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und (nach Abweisung der Widerklage in erster Instanz) die Sache von dem Berufungsgerichte nur dann zurückverwiesen werden, wenn festgestellt wird, daß die Schadensersatzforderung den zusammengerechneten Betrag der Klageforderung und der anderen in Abzug gebrachten Forderung des Klägers übersteigt, wenn auch nur zu einem noch so geringen Betrage. Die vom Berufungsrichter angeführte Entscheidung

RG. 47 416 spricht nicht dagegen. c) **RG.** ElsLothJZ. **07** 51. Für einen Gegenanspruch, der lediglich als Aufrechnungsanspruch in Frage kommt, ist eine Vorabentscheidung unzulässig. Zulässig ist sie dagegen, wenn der Gegenanspruch zugleich als selbständige Widerklage erhoben wurde und für diese die erforderliche Grundlage bei Erlaß der Vorabentscheidung gegeben ist; es darf kein Bedenken bestehen, daß der Gegenanspruch die Klageforderung übersteigt.

5. **RG.** R. **07** 455 Ziff. 913. Bewahrheitet sich die Behauptung des als Tierhalter in Anspruch genommenen Beklagten, daß Kläger von den eigentlichen Folgen des Hundebisses schon nach kurzer Zeit geheilt gewesen und daß die ihm jetzt noch anhaftende Krankheit auf ganz andere Ursachen zurückzuführen sei, so steht nichts im Wege, den Anspruch auch dem Grunde nach entsprechend einzuschränken.

6. Inhalt des Zwischenurteils (vgl. JDR. **5** § 304 Ziff. 6). a) **RG.** BayRpflZ. **07** 84. Dem Nachverfahren darf nichts überlassen bleiben als die Festsetzung des Betrags. Ein Urteil über den Grund des Anspruchs ist daher nur dann statthaft, wenn nichts streitig bleibt als der Betrag.

b) Mitwirkendes Verschulden. α. **RG.** R. **07** 256 Ziff. 496. Eine Trennung der Entscheidung über die Frage eines mitwirkenden Verschuldens von der Entscheidung über den Grund des Anspruchs ist in der Regel unzweckmäßig; die Frage nach dem Mitverschulden des Beschädigten gehört in das Verfahren über den Grund des Anspruchs und ist grundsätzlich einer einheitlichen Beurteilung zu unterziehen. β. HessRspr. **8** 91, R. **07** 1266 Ziff. 3153 (Darmstadt). Eine Entscheidung nach § 304 ZPO. darf nicht erlassen werden, wenn das Gericht das Verhältnis noch nicht feststellen kann, in welchem den Getöteten und den wegen der Tötung in Anspruch Genommenen ein Verschulden trifft.

c) Rentenansprüche. α. **RG.** VI R. **07** 766 Ziff. 1650. Es ist nicht rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht bei einem Urteil über den Grund des Anspruchs die zeitliche Begrenzung der nach § 843 BGB. zuzubilligenden Rente dem Nachverfahren über den Betrag überläßt. β. **RG.** VI BayRpflZ. **07** 388. Wenn ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. über den Grund eines Rentenanspruchs entscheidet, der auf § 844 Abs. 2 BGB. gestützt ist, so muß es nicht unbedingt auch über die zeitliche Begrenzung der Renten entscheiden. γ. **RG.** VI R. **07** 1470 Ziff. 3686. Das RG. läßt es dahingestellt, ob bei Erlaß eines Urteils über den Grund eines Rentenanspruchs das Gericht die zeitliche Beschränkung der Rente auf Grund einer Vereinbarung der Parteien dem Nachverfahren zuweisen darf. Jedenfalls ist es zulässig, die zeitliche Begrenzung der Rente dem Verfahren über den Betrag zu überlassen, wenn die Rente auf unbestimmte Zeit gefordert ist und der Klagantrag dahin verstanden werden darf, daß Kläger nur auf solange eine Rente begehrt, als er ohne den Unfall seinem Erwerbe hätte nachgehen können. δ. **RG.** PucheltsZ. **07** 122. Nicht die Bestimmung des Anfangspunkts einer Rente wegen Körperverletzung, wohl aber die Bestimmung ihres Endpunkts kann dem Nachverfahren überlassen werden. ε. **RG.** VI R. **07** 771 Ziff. 1692. Bei einem Entschädigungsanspruche wegen Körperverletzung kann die Frage, ob in absehbarer Zeit eine Besserung oder Wiederherstellung des Beschädigten zu erwarten ist, dem Verfahren über die Höhe des Schadensersatzanspruchs überlassen werden. ζ. **RG.** VI R. **07** 981 Ziff. 2350. Bei Schadensansprüchen darf die Bestimmung der Zeitdauer, für die eine Verminderung der Erwerbsfähigkeit des Klägers anzunehmen sein wird, und auf die dementsprechend die Zubilligung einer zum Ausgleiche dieser Verminderung bestimmten Rente zu beschränken ist, dem Verfahren über die Höhe des Anspruchs vorbehalten werden, wenn die zur Entscheidung hierüber nötigen Ermittelungen und Feststellungen zweckmäßig mit denen über das Maß der Erwerbsverminderung verbunden werden können (ähnlich **RG.** R. **07** 831 Ziff. 1838). η. **RG.** VI R. **07** 1075 Ziff. 2598. Bei einem Rentenanspruch ist es nicht unzulässig, in dem Zwischen-

urteil über den Grund auf Grund allgemeiner Erfahrung und ohne daß darüber besonders verhandelt wäre, ein bestimmtes Lebensjahr als Höchstgrenze anzunehmen, über die hinaus ein Anspruch keinenfalls anzuerkennen sei, dagegen der Verhandlung über den Betrag die Erörterung und demzufolge die Entscheidung zu überlassen, ob und in welchem Umfange nach Lage der konkreten Verhältnisse ein Ende oder eine Minderung der Erwerbsfähigkeit des Beschädigten ohne den Unfall etwa auch schon vor jenem Zeitpunkt eingetreten sein würde. ϑ. **RG.** VI R. **07** 771 Ziff. 1691. Es ist nicht unzulässig, in dem einen Rentenanspruche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärenden Urteile die Rente nicht nur zeitlich bis zur Vollendung eines bestimmten Lebensjahrs, sondern auch sonst auf bestimmte Maximalprozentsätze zu beschränken. ι. **RG.** VI R. **07** 1466 Ziff. 3653. Wird ein Rentenanspruch unter der Annahme, daß der Kläger ohne den Unfall bis zu einem bestimmten Lebensjahre ganz oder doch zum Teil erwerbsfähig gewesen wäre, bis zur Vollendung des gedachten Lebensjahrs dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, so ist diese Entscheidung offenbar dahin zu verstehen, daß innerhalb der angenommenen Zeitgrenze über das Maß der mit dem Alter zunehmenden Minderung der Erwerbsfähigkeit in dem Verfahren über den Betrag des Schadens eine entsprechende Festsetzung zu treffen ist. ϰ. **RG.** VI R. **07** 1142 Ziff. 2771. Bei einem auf das HaftpflG. gestützten Rentenanspruche der Witwe und der Kinder eines Getöteten bedarf es im Urteilstenore des gemäß § 304 ZPO. ergehenden Zwischenurteils einer zeitlichen Begrenzung der Renten — hinsichtlich der Witwe für die mutmaßliche Lebensdauer des Getöteten und hinsichtlich der Kinder in diesem Rahmen für die Zeit ihrer Unterhaltsbedürftigkeit — nicht, wenn sich, wenn auch nicht aus dem Klagantrage selbst, so doch aus der Klagebegründung ergibt, daß die Renten nur mit der aus dem Gesetze sich ergebenden zeitlichen Einschränkung beansprucht werden. λ. **RG.** VI R. **07** 1410 Ziff. 3557. Ist in der Klage der Witwe und der Kinder des Getöteten nicht ausdrücklich eine lebenslängliche Rente gefordert, vielmehr über die Dauer der beanspruchten Rente nichts erwähnt, so ist es nicht schlechthin unzulässig, daß bei Erlaß eines Urteils über den Grund des Anspruchs es dem künftigen über die Höhe der Rente ergehenden Urteile vorbehalten wird, die Rente dahin zu bestimmen, daß sie beschränkt wird bei der Witwe auf die mutmaßliche Dauer der Erwerbsfähigkeit und auf die mutmaßliche Lebenszeit des Getöteten, und bei den Kindern außerdem auf die Dauer ihrer Unterhaltsbedürftigkeit. In Abweichung von α—λ: μ. **RG.** VI **64** 33. Bei der Klage auf Gewährung einer Rente an die Witwe des Verunglückten (§ 844 BGB.) ist die Frage, ob der Getötete mutmaßlich ebensolange gelebt haben würde als die Klägerin, in dem Verfahren über den Grund zu entscheiden. ν. **RG.** VI R. **07** 835 Ziff. 1869. Bei dem Rentenanspruche der Witwe und der Kinder eines Getöteten aus § 844 BGB. wie aus § 3 HaftpflG. ist schon in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs die Frage der zeitlichen Begrenzung der Rente zu prüfen und zu diesem Zwecke zu erörtern, wie lange der Verunglückte mutmaßlich am Leben geblieben wäre, und wie lange eine Unterhaltspflicht des Verunglückten, insbesondere den Kindern gegenüber — vgl. §§ 1601 ff. — voraussichtlich bestanden haben würde. ξ. BadRpr. **07** 97 (Karlsruhe). Die Frage, ob statt der Rente eine Abfindungssumme in Kapital verlangt werden kann (im Falle der §§ 844, 845 BGB.), ist schon im Verfahren über den Grund des Anspruchs zu erörtern, nicht der Verhandlung und Entscheidung über die Höhe des Anspruchs vorzubehalten. ο. **RG.** R. **07** 772 Ziff. 1694. Die Entscheidung der Frage, ob dem Beschädigten statt einer Rente eine Kapitalabfindung zu gewähren sei, gehört, da die letztere nur verlangt werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, in das Verfahren über den Grund des Anspruchs. Auch die zeitliche Begrenzung der Rente hat soweit tunlich im Verfahren über den Grund des Anspruchs zu erfolgen (ebenso **RG.** III PucheltsZ. **07** 257).

d) **RG.** DJZ. **07** 65, EisenbE. **23** 285. Ob und inwieweit sich infolge der natür-

lichen Weiterentwickelung einer krankhaften Veranlagung auch ohne den erlittenen Unfall teilweise oder vollständige Arbeitsunfähigkeit des Klägers entwickelt haben würde, ist lediglich in dem Verfahren über die Höhe des Anspruchs zu entscheiden.

e) **RG.** R. **07** 383 Ziff. 790. Ist angenommen, daß dem Kläger durch die Handlungsweise des Beklagten überhaupt ein Schaden entstanden ist, so ist die Entscheidung über den Grund des einheitlichen Schadensersatzanspruchs, gegründet auf die schadenstiftende Handlung des Beklagten, zu treffen. Wieweit der hierdurch verursachte Schaden sich erstreckt und ob er insbesondere auch entgangenen Gewinn mit umfaßt, ist nach der dem § 304 zugrunde liegenden Scheidung recht eigentlich eine Frage, die bei der Entscheidung über den Betrag des Anspruchs zu beantworten ist.

f) **RG.** R. **07** 315 Ziff. 632. Die zunächst in der Person des Beschädigten zur Entstehung gelangte Ersatzforderung ist durch dessen Person hindurch auf die Berufsgenossenschaft in dem Umfang ihrer durch das UVG. begründeten Entschädigungspflicht übergegangen. Insoweit stehen Anspruch und Klageberechtigung dem Verletzten selbst nicht mehr zu. Diese Frage der Aktivlegitimation ist in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs zu erledigen.

7. Rechtskraft. a) **RG.** R. **07** 256 Ziff. 495. Unter dem „streitigen" Anspruch ist der Klaganspruch zu verstehen. b) **RG.** BayRpflZ. **07** 65. Ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. darf nur über den vom Kläger erhobenen Anspruch in seiner durch den Klageantrag gegebenen Begrenzung entscheiden (vgl. **RG. 60** 314). c) Hans. GZ. **07** Beibl. 121 (Hamburg). Ein durch einen Eid bedingtes Urteil kann für den Fall der Eidesleistung ein Endurteil, für den Fall der Eidesverweigerung ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. darstellen. d) PrVerwBl. **28** 630 (PrOVG.). Die Erhebung des Konflikts ist nicht deshalb unzulässig, weil bereits ein rechtskräftiges Zwischenurteil gemäß § 304 Abs. 2 ZPO. ergangen ist; durch dieses Zwischenurteil ist die Sache (im Sinne des § 2 PrG. vom 8. April 1847) noch nicht rechtskräftig entschieden.

8. Unzulässiges Zwischenurteil. Berufung. a) **RG.** Sächs. RpflA. **07** 379. Für den immateriellen Schaden bedarf es, wenn die nötigen Voraussetzungen vorliegen, nach der Natur der Sache niemals einer besonderen Feststellung. b) **RG.** R. **07** 1075 Ziff. 2597. Eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs ist ausgeschlossen, wenn die Klage nicht auf Zahlung einer Geldsumme oder Leistung vertretbarer Sachen gerichtet ist. c) **RG.** JW. **07** 7. Die Urteilsformel darf nur den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklären, nicht bereits eine Verurteilung des Beklagten aussprechen, auch nicht in der allgemeinen Fassung, daß der Beklagte dem Kläger den aus dem schädigenden Ereignis erwachsenen Schaden zu ersetzen habe. d) **RG.** R. **07** 835 Ziff. 1873. Dem Kläger ist es, wenn in erster Instanz völlig nach seinen Anträgen erkannt ist, unbenommen, mittels Anschließung an die vom Beklagten eingelegte Berufung in zweiter Instanz den Klagantrag im Rahmen von § 268 Ziff. 2, 3 u. § 529 zu erweitern. Dasselbe gilt, wenn vom ersten Richter nur über den Grund des Anspruchs entschieden ist. Auch in diesem Falle ist bei Zurückweisung der Berufung des Beklagten über den erweiterten Klagantrag allerdings mit der durch § 538 Ziff. 3 ZPO. gegebenen Einschränkung besonders zu erkennen. Denn auch ein Zwischenurteil nach § 304 schafft Rechtskraft nur in den Grenzen des zur Ziffer gebrachten Klaganspruchs. e) **RG.** R. **07** 1075 Ziff. 2596. Ist bei einem Anspruch aus einem Vertragsverhältnisse der Inhalt des Vertrags streitig, so gehört die Feststellung des ganzen Vertragsinhalts, auch der Preisverabredung zur Entscheidung über den Grund des Anspruchs. Ergibt sich hierbei, daß ein fester Preis vereinbart war, so ist damit die Höhe des streitigen Anspruchs ohne weiteres gegeben, also für eine Teilung der Entscheidung nach Grund und Betrag kein Raum. Vielmehr kann eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs nur dann erfolgen, wenn festgestellt wird, daß eine Einigung der Parteien über die Höhe des Preises nicht stattgefunden, Kläger also den — im Nachverfahren zu er-

mittelnden — angemessenen Preis zu beanspruchen habe. **f)** **RG.** PucheltsZ. **07** 257. Auch im Falle des § 304 sind Teilurteile zulässig (vgl. **RG.** JW. **97** 563 Ziff. 9). **g)** HansGZ. **07** Beibl. 308 (Hamburg). Wenn der bezifferte Schadensersatzklaganspruch nur zur Hälfte begründet ist, so kann durch Teilurteil die Klage zur Hälfte der eingeklagten Summe abgewiesen und durch Zwischenurteil der Klaganspruch zur Hälfte dem Grunde nach für berechtigt erklärt werden. Der Umstand, daß lediglich über den Grund des Anspruchs verhandelt worden ist, steht der teilweisen Klagabweisung nicht entgegen. Setzt sich der Klaganspruch aus verschiedenen Schadensersatzansprüchen zusammen, so genügt es, wenn sich aus den Gründen ergibt, welche dieser Ansprüche haben abgewiesen werden sollen, und nach welcher Höhe.

9. **RG.** R. **07** 576 Ziff. 1184. Die §§ 304, 538 Ziff. 3 ZPO. ermächtigen den Berufungsrichter nicht, dem ersten Richter Vorschriften über Vorbehalte, die er bei künftiger Verurteilung des Beklagten zu machen hat, zu geben. Dagegen ist es zulässig, im Berufungsurteile den Klaganspruch auf Wert oder Schadensersatz nur mit der Einschränkung als gerechtfertigt festzustellen, daß sich der Beklagte davon durch nachträgliche Verschaffung der Sache selbst befreien kann.

§ 306. Blanckmeister, PosMSchr. **07** 117. Erklärt der Kläger vor dem Prozeßgericht — ausdrücklich oder in sonst nicht mißzuverstehender Weise — daß er auf einen Teil seines Anspruchs verzichte, ohne doch zugleich seinen Klagantrag zu ändern, so ist diese Erklärung an sich ohne Bedeutung; der Beklagte kann aber auf Grund dieser Erklärung insoweit die Abweisung der Klage beantragen, und durch das hierauf ergehende Urteil wird dem Kläger derjenige Teil des Anspruchs, auf den er verzichtet hat, endgültig abgesprochen. Ermäßigt aber der Kläger neben seiner Verzichtserklärung zugleich seinen Antrag, so wird durch diesen Antrag ohne Zutun des Beklagten der Prozeßstoff eingeschränkt. Der Beklagte hat dann zwar nach § 306 ZPO. auch noch das Recht, Abweisung hinsichtlich des ursprünglich eingeklagten Mehrbetrags zu verlangen; er ist aber nicht gehindert, sich nunmehr lediglich auf den ermäßigten Antrag einzulassen. Tut er dies, so wird über den Mehranspruch in diesem Rechtsstreit überhaupt nicht entschieden, wenigstens darf der Kläger mit ihm nicht abgewiesen werden. Alsdann ist der Kläger aber nicht gehindert, den Anspruch von neuem einzuklagen und der Beklagte kann in diesem neuen Prozesse nicht geltend machen, daß der Kläger auf ihn verzichtet habe; denn die einseitige Erklärung des Klägers gab dem Beklagten nur das Recht, nach § 306 ZPO. Abweisung zu beantragen, und dieses Recht gilt nur für den betreffenden Prozeß selbst, nicht auch für spätere Prozesse. Macht der Kläger den Mehranspruch, hinsichtlich dessen er eine einseitige Verzichtserklärung abgegeben hatte, in demselben Prozesse wiederum geltend, dann wird der Beklagte diesem Vorgehen immer noch mit dem Antrag auf Abweisung nach § 306 ZPO. begegnen können, denn zur alsbaldigen Stellung dieses Antrags nach der Erklärung des Verzichts dürfte er nicht verpflichtet sein.

§ 307. 1. a) *Walsmann, ACivPr. **102** 186 ff., schließt sich der Ansicht an, daß das Anerkenntnis lediglich Prozeßhandlung ist. Das Anerkenntnis ist sofort mit der Abgabe der Erklärung bindend (200 f.), doch kann es wegen Irrtums im Erklärungs- bzw. Erfolgswillen angefochten werden (201 ff., vgl. auch 45 ff.). Die Anfechtung kann nur in der mündlichen Verhandlung erfolgen (203 f.). Anwendung des § 290 auf das Anerkenntnis ist unzulässig (195). Gleiches wie für Anerkenntnis gilt für den Verzicht des § 306 ZPO. **b)** *v. Amelunxen, ZBlFG. **7** 555 ff. Gesetzliche Vertreter, deren prozessuale Vertretungsmacht in Vermögensangelegenheiten nicht durch das BGB. eingeschränkt ist (Vormünder, Pfleger, Inhaber der elterlichen Gewalt), unterliegen auch zur Abgabe des prozessualen Anerkenntnisses keiner Beschränkung. Es ist aber Pflicht des Prozeßrichters, die mißbräuchliche Benutzung der Prozeßform (des Scheinprozesses) zu rechts-

geschäftlichen Zwecken und zur Umgehung der Formvorschriften des bürgerlichen Rechtes durch amtliche Prüfung der allgemeinen Prozeßvoraussetzungen (Ausübung des Fragerechts) zu verhindern (vgl. Wach, Zivilprozeßr. I 51, Prot. z. BGB. II 497, Note zu § 51 Ziff. 1 b).

2. PosMSchr. **07** 4, R. **07** 703 Ziff. 1466 (Posen). Ein auf Grund eines Anerkenntnisses ergangenes Teilurteil, d. h. ein Endurteil über einen quantitativen Bestandteil des Streitgegenstandes, kann mit der Berufung angefochten werden. Die Berufung ist aber unbegründet, wenn die Voraussetzung der Unverzüglichkeit (§ 119 BGB.) bei Anfechtung des Anerkenntnisses nicht erfüllt und keine beachtliche Verschiedenheit zwischen Willen und Erklärung vorhanden ist.

§ 308. 1. Abs. 1. **a)** **RG.** R. **08** (Beibl. 2) 20 Ziff. 117. Darin, daß das Gericht die Beklagten zur Zahlung des mit der Klage geforderten Betrags als Gesamtschuldner verurteilt hat, obgleich ein dahingehender Antrag vom Kläger nicht förmlich gestellt ist, ist nicht notwendig ein Verstoß gegen § 308 ZPO. zu erblicken. **b)** R. **07** 64 Ziff. 65 (BayObLG.). Ist der Anspruch des Klägers nur mit einer gewissen Einschränkung begründet, so kann der Klage nur in dieser Einschränkung stattgegeben werden.

2. Abs. 2. **a)** R. **07** 1471 Ziff. 3687 (Cassel). Über die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, ist auch dann zu entscheiden, wenn der unterliegende Teil die dem Gegner zu erstattenden Kosten sämtlich erstattet hat. Denn diese Entscheidung ist von Amts wegen zu erlassen, weil es sich außer um den Ersatzanspruch der Partei an den Gegner um die öffentlich-rechtliche Frage, auf wessen Kosten der staatliche Rechtsschutz zu gewähren sei, und um das fiskalische Interesse handelt (§ 86 GKG.). Die Frage, ob der unterliegende Teil die dem Gegner erwachsenen Kosten bereits sämtlich erstattet hat, ist im Kostenfestsetzungsverfahren zu entscheiden. **b)** RheinA. **103** I 207 (Cöln). Die Entscheidung nach Abs. 2 muß über sämtliche Prozeßkosten ergehen, trotz etwaiger abweichender Parteianträge. **c)** **RG.** R. **08** (Beibl. 2) 20 Ziff. 116. Die gegen ein Teilurteil eingelegte Revision umfaßt auch die in einem späteren (vor Einlegung der Revision erlassenen) Endurteil über die Kosten des Rechtsstreits getroffene Entscheidung.

§ 313. 1. **a)** Werner, DJZ. **07** 232 ff., befürwortet eine Abänderung des § 313 ZPO. dahin: Die Entscheidung über Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit bedarf einer Begründung nur, wenn die Parteien hierüber widersprechende Anträge gestellt haben. **b)** Jacobsohn, JW. **07** 321 ff., empfiehlt als Abs. 3 einzuschalten: Der Tatbestand kann durch Bezugnahme auf den Inhalt der Akten ersetzt werden.

2. Ziff. 1 (vgl. oben zu §§ 50, 51 ZPO.). **a)** v. Seuffert, SeuffBl. **07** 637 ff., beantwortet eingehend die folgenden drei Fragen: α. Welche Bedeutung hat die Vorschrift des § 313 Abs. 1 Ziff. 1, wonach für das Urteil die Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort erforderlich ist? β. Welche Folgen hat eine im Urteil untergelaufene Unrichtigkeit einer auf die Parteibezeichnung bezüglichen Angabe? γ. Wie verhält es sich mit den Wirkungen des Urteils, wenn die in dem Urteil enthaltene Parteibezeichnung nachträglich unstimmig wird? **b)** **RG.** R. **07** 384 Ziff. 791. Ist eine Aktiengesellschaft Partei, so muß im Urteilsrubrum angegeben werden, welche einzelnen Personen — ausweislich der vorzulegenden beglaubigten Abschrift des Handelsregisters — den Vorstand der Aktiengesellschaft bilden; die Angabe „vertreten durch ihren Vorstand" genügt nicht. **c)** WürttJ. **19** 288 (Stuttgart). Auch ein im Laufe eines Rechtsstreits Verstorbener kann als Prozeßpartei im Urteile bezeichnet werden, wenn ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist und eine Aussetzung des Verfahrens von keiner Seite beantragt worden ist.

3. Ziff. 3. a) Kunkel, BayRpflZ. **07** 53 ff., rügt die ungenügende Befolgung dieser Gesetzesvorschrift durch die Gerichte. Der Tatbestand dürfe einzig und allein das Parteivorbringen enthalten, das Gegenstand einer mündlichen Verhandlung geworden sei. Die Prozeßgeschichte sei nur soweit zu erwähnen, als es das Verständnis des Streitstandes unumgänglich erforderlich erscheinen lasse. Rechtsausführungen der Parteivertreter seien wegzulassen. Das wesentliche Ergebnis der Beweisaufnahme gehöre meist nicht in den Tatbestand. Bündige Kürze sei überall anzustreben. **b) RG.** R. **07** 1142 Ziff. 2772. Die Bezugnahme auf 17 vorbereitende Schriftsätze, die im ganzen 165 Seiten umfassen, kann die vom Gesetze geforderte gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes nicht ersetzen (vgl. **RG. 2** 406, 423, **4** 188, 432, **6** 350, **10** 75, 317, **17** 362; ähnlich **RG.** JW. **07** 81, GruchotsBeitr. **51** 1062, **RG.** JW. **07** 205, 483). **c) RG.** R. **07** 384 Ziff. 795. Es verstößt gegen das Gesetz, wenn der Tatbestand des Berufungsurteils in kurzen Zügen eine Wiedergabe des in erster Instanz Vorgebrachten aber nichts von dem enthält, was in der Berufungsinstanz verhandelt worden war, sondern insoweit nur auf die Schriftsätze Bezug genommen ist. Denn das Berufungsurteil hat, abgesehen von der durch § 543 zugelassenen Bezugnahme auf den Tatbestand des ersten Urteils, ebenfalls der Bestimmung des § 313 zu entsprechen. **d) RG.** JW. **07** 311. Die Darstellung des Verlaufs des Prozesses in erster Instanz gehört nicht in den Tatbestand des Berufungsurteils. **e) RG.** R. **07** 772 Ziff. 1696. Im Tatbestand auf einen erst nach der letzten mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz Bezug zu nehmen, ist auch dann gesetzwidrig, wenn der Inhalt des Schriftsatzes Gegenstand des Vortrags in der mündlichen Verhandlung gewesen ist, es sich also lediglich um ein nachträgliches zu den Akten bringen handelt. Unzulässig ist es weiter, an Stelle einer selbständigen Darstellung des Sach- und Streitstandes ganz allgemein auf die vorbereitenden Schriftsätze der Parteien zu verweisen. Prozeßordnungswidrig ist ebenso eine allgemeine Bezugnahme auf Akten, die zum Zwecke der Beweisaufnahme vorgelegt worden sind, ohne Bezeichnung derjenigen Aktenstücke und Urkunden, die aus ihnen zum Vortrage gelangt sind. **f) RG.** R. **07** 835 Ziff. 1870. Ungenügend ist die Bemerkung im Tatbestande, daß Akten über einen anderen Prozeß zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht worden seien. Es ist vielmehr anzugeben, welche Behauptungen über den Inhalt der Akten aufgestellt, und welche Aktenteile als Beweisstücke vorgelegt worden sind. **g) RG.** JW. **07** 392 Ziff. 11. Die Bemerkung im Tatbestand: „Aus der Personal- und Disziplinarakte des Klägers wurde das Wesentliche referiert", ist zwar an sich unbestimmt, wird aber dadurch, daß in den Entscheidungsgründen alle einzelnen Urkunden, die das Gericht für wesentlich erachtet und auf die es seine Entscheidung gegründet hat, genau bezeichnet sind, genügend erläutert und begrenzt. **h) RG.** Sächs. RpflA. **07** 205. Ein Verstoß gegen die formelle Vorschrift über die Gestaltung des Tatbestandes begründet nicht ohne weiteres die Revision, sondern nur, wenn der Tatbestand sachlich unbrauchbar wird, indem er die sichere Ermittelung des Sach- und Streitstandes ausschließt oder wenigstens wesentlich erschwert.

4. Ziff. 4. **a) RG.** R. **07** 772 Ziff. 1695. Wenn es auch — zumal bei großer Stofffülle — nicht nötig ist, daß in den Entscheidungsgründen jede vorgebrachte Tatsache für sich ausdrücklich gewürdigt und jede einzelne Zeugenaussage für sich besonders besprochen wird, so muß doch aus dem Gesamtinhalte des Urteils ersichtbar sein, aus welchen Gründen die nicht besonders gewürdigten Tatsachen für unerheblich erachtet werden, oder inwieweit sie von einer Würdigung allgemeiner Art mitumfaßt werden. **b) RG.** R. **07** 1075 Ziff. 2600. Kommen für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses — Bestehen eines Vollmachtsverhältnisses — Vorgänge in Betracht, die zum Teil vor, zum Teil nach dem 1. Januar 1900 liegen, und die sich ferner an verschiedenen Orten, an denen ein verschiedenes materielles Recht

gegolten hat, abgespielt haben, so hat das Gericht die Rechtsnormen näher zu bezeichnen, auf die es seine Entscheidung in materiell-rechtlicher Beziehung stützt. **c) RG.** JW. **07** 146 Ziff. 29. Schon die Möglichkeit, daß ein Urteil auf einer nicht zweifelsfreien Grundlage beruht, erfordert seine Aufhebung.

5. Ziff. 5. **a) RG.** R. **07** 639 Ziff. 1329. Die Urteilsformel kann aus den Urteilsgründen zwar nicht erweitert oder eingeschränkt, es kann nicht etwas als zu- oder abgesprochen erachtet werden, was nur nach den Gründen, nicht aber in der Formel zu- oder abgesprochen worden ist; aber der Sinn und die Bedeutung der Formel kann erforderlichenfalls aus den Urteilsgründen mit ermittelt werden. **b)** BuschsZ. **36** 345 (LG. Leipzig). In die Urteilsformel eines Leistungsurteils gehört nur das, was auf Grund des Urteils geleistet oder nicht geleistet werden soll; nicht gehört hinein, in welcher Eigenschaft jemand etwas zu leisten oder nicht zu leisten habe. Hiervon ist nur eine Ausnahme anzuerkennen, der Fall nämlich, daß die Eigenschaft oder ein Verhältnis jemandes den Inhalt oder Umfang seiner Leistung modifiziert. Die Wortfassung der Urteilsformel ist ausschließlich Sache des Gerichts. **c) RG.** R. **08** (Beibl. 2) 20 Ziff. 118. Urteile, welche (auf Grund des § 1 UnlWG.) die Führung nicht nur tatsächlich gebrauchter, sondern auch „gleichbedeutender" Titel ohne nähere Bezeichnung untersagen, sind unzulässig. **d) RG.** R. **07** 1142 Ziff. 2773. Ist eine Vertragsleistung nach Art und Umfang im Vertrage selbst nicht bestimmt bezeichnet, aber aus dem Zwecke des Vertrags und nötigenfalls unter Anwendung der §§ 315, 316 BGB. näher bestimmbar, und hat der Beklagte nicht eingewandt, daß der dem Wortlaute des Vertrags entsprechende Klageantrag die ihm obliegende Leistung nicht bestimmt genug bezeichne, so liegt für den Richter eine Veranlassung, im Urteile den Gegenstand der Verurteilung näher zu bezeichnen, nicht vor und zwar auch dann nicht, wenn die Möglichkeit besteht, daß bei der Vollstreckung des Urteils Meinungsverschiedenheiten der Parteien über Maß und Umfang der dem Beklagten auferlegten Handlungen entstehen.

6. Abs. 2. **a) RG.** R. **07** 772 Ziff. 1697. Es genügt, daß im Tatbestande die bei der mündlichen Verhandlung verlesenen Schriftstücke so bezeichnet werden, daß unter Hinzuziehung der Entscheidungsgründe bei den Parteien kein Zweifel darüber bestehen kann, welche Schriftstücke gemeint sind. Hinsichtlich der vorgetragenen Beweisverhandlungen genügt überhaupt die Bemerkung, daß die Beweisaufnahme vorgetragen sei, da den Parteien bekannt sein muß, welche Beweisverhandlungen stattgefunden haben. **b) RG.** BadRpr. **07** 151. Wenn die Urkunden, auf deren Inhalt das Berufungsgericht Bezug genommen hat, in dem Sitzungsprotokoll einzeln bezeichnet sind, fehlt es nicht wie im Falle des **RG.** JW. **06** 474 Ziff. 34 an einer geeigneten Grundlage für die Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 314. 1. **RG.** R. **07** 1471 Ziff. 3688. Bezüglich des mündlichen Vorbringens der Parteien erbringt der Inhalt des Sitzungsprotokolls Gegenbeweis gegen den Tatbestand des Urteils nur durch solche Angaben, die im Gesetze vorgeschrieben und den Parteien vorgelesen und von ihnen genehmigt sind. Eine im Sitzungsprotokoll enthaltene, ganz allgemein gehaltene und nicht unter Kontrolle der Parteien gestellte Bemerkung, daß der Kläger das gegnerische Vorbringen bestritten habe, kann daher einen Gegenbeweis gegen die Sachdarstellung im Urteile, wonach der Kläger einzelne Behauptungen des Beklagten nicht bestritten hat, nicht erbringen.

2. **RG.** R. **07** 1209 Ziff. 2985. Wenn eine Bemerkung in den Entscheidungsgründen als eine tatbestandliche Feststellung gemeint ist, so kommt es auf die Stelle, wo sich die Bemerkung befindet, nicht an.

3. Heuer, R. **07** 1048, schlägt eine Umgestaltung des § 314 dahin vor, daß dem Tatbestand ausschließlich positiv gerichtete Beweiskraft beigelegt, die beweisende Funktion nach der negativen Seite hin aber genommen werde

§ 315. R. **07** 516 Ziff. 1059 (Oldenburg). Wenn ein Urteil nur von zwei Richtern unterschrieben ist und ein Grund für die Verhinderung des dritten Richters an der Leistung der Unterschrift in der durch § 315 ZPO. vorgeschriebenen Weise nicht festgestellt ist, so liegt kein der gesetzlichen Vorschrift — § 315 ZPO. — entsprechendes Urteil vor. Von der erstinstanzlichen Entscheidung durfte deshalb eine Ausfertigung nicht erteilt werden (§ 317 Abs. 2 ZPO.). Die gleichwohl erfolgte Zustellung des dem zuwider ausgefertigten Urteils ist keine rechtsgültige Zustellung und infolgedessen wirkungslos. Insbesondere kann also die Zustellung den Lauf der Berufungsschrift nicht eröffnen. Zwar wird im Komm. zur ZPO. von Seuffert (9) Anm. 4 zu § 317 die Ansicht vertreten, daß der Mangel nach § 295 ZPO. geheilt werden könne; dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden, da eine Vorschrift verletzt ist, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann (vgl. auch **RG.** GruchotsBeitr. **46** 1078). Die Berufung ist mithin unzulässig (vgl. dagegen zu § 317).

§ 317. Abs. 2. *Brugier, BuschsZ. **36** 299—307. Die Erteilung von Ausfertigungen, Auszügen und Abschriften und die Zustellung eines unter Beobachtung der Vorschriften des § 311 ZPO. verkündeten Urteils, an dessen Unterzeichnung die sämtlichen Richter, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, verhindert sind, ist in gleichem Umfang und zu gleichen Zwecken wie bei ordnungsmäßig unterschriebenen Urteilen zulässig, insbesondere auch zum Zwecke der Eröffnung der Rechtsmittelfristen. Diese Auslegung beruht auf der Erwägung, daß der im § 315 Abs. 1 Satz 1 ZPO. ausgesprochene Grundsatz schon im Satz 2 eine Durchbrechung erfahren hat, und daß eine grundsätzlich verschiedene Behandlung des dort vorgesehenen und des hier behandelten Falles nicht gerechtfertigt erscheint (vgl. auch § 163 Abs. 2 ZPO.). AM. Biermann, BuschsZ. **35** 201 ff. und das Urteil des II. Sen. des RG. vom 6. Mai 1904 (**RG. 58** 118 ff.), dessen Begründung freilich mit den Urteilen des III. ZS. vom 5. Februar 1892 (**RG. 29** 366 ff.) und des V. ZS. vom 30. September 1903 (JW. **03** 383 Ziff. 6) nicht vereinbar ist. — Der in dem Fehlen sämtlicher Unterschriften liegende prozessuale Mangel begründet die Berufung oder die Revision.

§ 318. Wegen der Frage, ob es nichtige Zivilurteile gibt, vgl. **RG.** JDR. **5** § 318, GruchotsBeitr. **50** 1086.

§ 319. 1. **a)** EisenbE. **23** 132 (Dresden). Von einem Rechnungsfehler pflegt man im täglichen Leben nur dann zu reden, wenn das Rechnen, die Rechnungsoperation selbst nicht stimmt, wenn der Rechnende selbst bei der Lösung der Aufgabe und nicht der, der die Aufgabe stellt, bei deren Stellung unrichtig verfährt. **b)** R. **07** 1410 Ziff. 3558 (Stuttgart). Besteht zwischen der Urteilssumme und dem in den Entscheidungsgründen genannten Betrag ein bei Berücksichtigung des Gesamtinhalts des Urteils unlöslicher Widerspruch, so ist das Verfahren nach § 319 ZPO. unstatthaft.

2. **a)** Sprenger, Zur Auslegung des § 319 ZPO., JustdBl. **2** 103, teilt einen Fall mit, wo das Amtsgericht die Berichtigung eines Zahlungsbefehls nach § 319 ZPO. abgelehnt hat. Der Gläubiger hatte zunächst seinen Schuldner als Ziegeleibesitzer X. Y. in Z. bezeichnet, erklärte aber im Berichtigungsantrage, seine Schuldnerin sei die Firma X. Y., Inhaber A. Y. in U. Das Amtsgericht führt aus, ein Irrtum des Gerichts sei nirgends erfindlich. **b)** KGBl. **07** 67 (LG. Berlin III). Die Berichtigung eines Zahlungsbefehls ist unzulässig, wenn der Gläubiger den Schuldner in dem Antrag auf Erlaß des Zahlungsbefehls unrichtig bezeichnet, das Gericht aber den Zahlungsbefehl dem Antrage gemäß erlassen hat.

3. NaumburgAK. **07** 87 (Naumburg). Das versehentliche Unterlassen einer Entscheidung über die von dem Beklagten beantragte Nachlassung der Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung ist keine Unrichtigkeit im Sinne des § 319.

Ob § 716 ZPO. auf diesen Fall analog anzuwenden ist, wird dahingestellt gelassen (dagegen z. B. Gaupp-Stein § 716 Ziff. 2).

4. a) PrOVG. **49** 436. Die Vorschrift ist auch im Verwaltungsstreitverfahren anwendbar. b) **RG.** EisenbE. **24** 53. Hat ein Entschädigungsfeststellungsbeschluß nach § 30 PrEntG. wegen einer unrichtigen tatsächlichen Grundlage durch einen zweiten Beschluß eine Verbesserung oder Berichtigung, nicht eine bloße Beseitigung von Fehlern, erfahren, so beginnt die sechsmonatige Frist mit der Zustellung des zweiten Beschlusses.

§ 320. OLG. **15** 131 (Hamburg). Wird der Berichtigungsantrag zwar nicht binnen einer einwöchigen Frist nach dem Aushange des Urteils, wohl aber vor Zustellung des Urteils in einem Zeitpunkte zugestellt, in dem die Wahrung der im § 320 Abs. 2 erwähnten zweimonatigen, mit dem Aushange des Urteils beginnenden Frist deshalb noch möglich war, weil diese Frist keine Notfrist ist, und somit ihr Lauf durch die Gerichtsferien gehemmt wurde, so ist die Frist als gewahrt anzusehen. Gleichgültig ist, ob das Urteil nachträglich innerhalb zweier Monate nach dem Aushange zugestellt werden wird.

§ 321. 1. BraunschwZ. **07** 93 (Braunschweig). Das Verfahren nach § 321 ist in dem Maße ausschließlich, daß es unzulässig ist, lediglich zum Zwecke der Ergänzung eines in der im § 321 angegebenen Weise unvollständigen Urteils Berufung einzulegen (so **RG.** JW. **02** 93, **03** 23).

2. SchlHolstAnz. **07** 366 (Kiel). Die Rechtsprechung des RG. (GruchotsBeitr. **37** 125), wonach die Nachholung der in gerichtlichen Beschlüssen übergangenen Entscheidung über den Kostenpunkt nicht im Wege des Ergänzungsverfahrens erzielt werden kann, wird gebilligt.

§ 322. 1. *Pagenstecher, Praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft, BuschsZ. **37** 1 ff. Die Streitfrage, ob die Wirkungen der Rechtskraft auf materiell-rechtlichem Gebiete liegen (herrschende Ansicht) oder rein prozeßrechtlich sind (Stein-Hellwigsche Theorie), entbehrt nicht der praktischen Bedeutung. Verf., der die herrschende Lehre für zutreffend hält, weist an Beispielen nach, daß sich bei Zugrundelegung seiner Auffassung einerseits und der Stein-Hellwigschen Theorie andererseits verschiedene praktische Resultate ergeben in Fällen, wo es sich darum handelt, ob und wie das (unrichtige) Urteil die Rechtslage solcher Personen beeinflußt, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt (15 ff.). Eine kurze Übersicht über die Stellungnahme des RG., das sich in der überwiegenden Mehrzahl seiner Entscheidungen zu der herrschenden Lehre bekennt (5), findet sich in Anm. 20 f. (Zusammenstellung von Anhängern beider Auffassungen s. 2 ff.). — Über die Bedeutung eines rechtskräftigen Zivilurteils für den Strafprozeß aaO. 25 ff. In Zivilurteilen wird rechtskräftig nur über Rechtsverhältnisse, nicht über Tatsachen entschieden. Schon daraus ergibt sich, daß der Strafrichter an die tatsächliche Beurteilung des Zivilrechts nicht „gebunden" sein kann. Was die Beurteilung von Rechtsverhältnissen betrifft, so wäre es hier an sich denkbar, daß der Strafrichter an die Entscheidung des Zivilrichters gebunden wäre, daß er also davon auszugehen hätte, daß zur Zeit der letzten Tatsachenverhandlung im fraglichen Zivilprozesse die Rechtslage wirklich so war, wie es im Zivilurteile deklariert ist. De lege lata ist jedoch eine solche Bindung des Strafrichters durch §§ 260 f. StPO. ausgeschlossen. ➸ Ist das Nichtbestehen der Ehe zwischen A. und B. rechtskräftig festgestellt und ist A. angeklagt, weil er in der Nacht vor der letzten Tatsachenverhandlung (im Eheprozesse) die B. genotzüchtigt habe (§ 177 StGB.), so kann der Strafrichter davon ausgehen, daß der Zivilrichter das Bestehen der Ehe zu Unrecht verneint habe, daß somit der Beischlaf ein ehelicher gewesen sei. ⇜ Davon ist aber scharf folgendes zu scheiden: Hat ein Zivilurteil eine Rechtsänderung herbeigeführt, z. B. eine Ehe geschieden, so

muß der Strafrichter die Tatsache, daß die Ehe nunmehr nicht mehr besteht, auch dann anerkennen, wenn das Urteil zu Unrecht erging. Da nach Eintritt der Rechtskraft eines negativen Ehefeststellungsurteils die Ehe jedenfalls nicht mehr besteht (vgl. unten zu § 629 ZPO.), so kann ein Ehegatte, der wieder heiratet, wegen Bigamie selbst dann nicht bestraft werden, wenn es sonnenklar ist, daß das Ehefeststellungsurteil zu Unrecht erging (anders Hellwig; vgl. 32). Weiter ergibt sich aus dem Gesagten noch folgendes: Wird die Klage des Ehemanns, mit der er die Ehelichkeit eines während der Ehe von seiner Ehefrau geborenen Mädchens anficht (§ 1596 BGB.), rechtskräftig abgewiesen, so hat das Kind nunmehr jedenfalls die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes. Wird z. B. jemand nach § 169 StGB. angeklagt, weil er (nach Eintritt der Rechtskraft des Zivilurteils) die Eintragung des Kindes in das Standesamtsregister als eines unehelichen bewirkt habe, so muß der Strafrichter davon ausgehen, daß diese Eintragung objektiv unrichtig ist (im Resultat ebenso Glaser, HB. II 90 Anm. 5). Wird aber später gegen den Ehemann, weil er mit dem Mädchen den Beischlaf vollzog, Anklage aus § 173 StGB. erhoben, so hat der Strafrichter bei Entscheidung der Frage, ob § 173 Abs. 1 oder § 173 Abs. 2 anwendbar sei, selbständig zu prüfen, ob der Ehemann wirklich der Vater des Kindes ist. Denn hier handelt es sich nicht um die rechtliche Stellung des Kindes, sondern um die Tatsache, ob der Ehemann das Kind erzeugt hat (Anm. 95). — Vgl. auch oben Ziff. I 1 zu § 556 BGB., vor §§ 1279 ff. BGB., vor § 1 ZPO. und unten zu §§ 629 u. Ziff. 1 zu § 805 ZPO. — Über die Theorie Pagenstechers im allgemeinen vgl. noch JDR. **4** zu § 322 ZPO. und Stier-Somlo, Jahrbuch des Verwaltungsrechts **1** 355 ff.

2. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 19. Werden gerichtliche Entscheidungen als ungerechtfertigt aufgehoben, so ist dies Vernichtung, prinzipiell mit Rückwirkung. Diese wird durchgeführt bei Aufhebung eines Feststellungsurteils (20). Ist auf Grund eines solchen inzwischen ein anderes Urteil ergangen, so hilft gegen dieses nur die Restitutionsklage. Die Aufhebung von konstitutiven Urteilen stellt die frühere Rechtslage wieder her (23 f.), aber hier mit Wahrung der Rechte, die Dritte in der Zwischenzeit erworben haben (44 f.). In der streitigen Gerichtsbarkeit gilt ein dem § 32 FGG. entsprechender Grundsatz. Anwendungen desselben s. zu §§ 578, 836, 1018, KO. § 116, BGB. §§ 115, 1309, 1348.

3. Die wichtige Entscheidung **RG. 61** 359 (JDR. **5** § 322 Ziff. 3 a) wird von Bitter, PrVerwBl. **28** 312, billigend besprochen. Dagegen teilt den Standpunkt Kleinfellers (JDR. **5** § 322 Ziff. 3 c) Hüssener, KGBl. **06** 45. Weiter vgl. Wendt, AcivPr. **100** 1 ff.

4. OLG. **15** 131, HansGZ. **07** Beibl. 16 (Hamburg). Wiederholte Geltendmachung eines bereits rechtskräftig zugesprochenen Anspruchs an Stelle des Vorgehens im Wege der Zwangsvollstreckung ist nur bei Nachweis eines besonderen Interesses zulässig (vgl. **RG. 16** 435, JW. **91** 310, OLG. **5** 62, **9** 136, **10** 375, Hans. GZ. **00** Beibl. 300 (Hamburg); dagegen **RG.** GruchotsBeitr. **42** 1129; ferner **RG. 39** 5, **46** 304, JW. **97** 110).

5. **RG.** R. **07** 1410 Ziff. 3559. Die Rechtshängigkeit hat an sich mit dem Umfange der Rechtskraft nichts zu tun; für diesen ist nur der Inhalt der getroffenen Entscheidung maßgebend. Ist aber mit einer im Januar erhobenen Klage beantragt, den Beklagten zu verurteilen, eine Geschäftsanzeige des Klägers „auch fernerhin" in einer vom Beklagten herausgegebenen monatlich erscheinenden Fachzeitschrift zu veröffentlichen, und ist genau entsprechend dem Klagantrag im April Verurteilung des Beklagten erfolgt, so darf dieses Urteil unbedenklich dahin verstanden werden, daß unter den Worten „auch fernerhin" die Zeit von der Klagerhebung an gemeint ist, mit der aus der Sachlage sich ergebenden Einschränkung, daß die Urteilsformel

für die Zeit von der Klagerhebung bis zur Erlassung des Urteils nur die Bedeutung eines Feststellungsurteils hat und haben soll. Die durch das Urteil begründete Rechtskraft umfaßt somit auch die Verpflichtung des Beklagten zur Veröffentlichung in den Monatsnummern für Februar, März und April. Dagegen erstreckt sich die Rechtskraft nicht auch auf die vor der Klagerhebung liegende Zeit, selbst wenn in den Urteilsgründen das Bestehen der beklagtischen Verpflichtung auch für die Zeit vor der Klagerhebung ausdrücklich festgestellt ist. Denn der Rechtskraft fähig ist nur die durch die Urteilsformel getroffene Entscheidung über den durch die Klage erhobenen Anspruch.

6. a) **RG.** SeuffA. **62** 245, R. **07** 188 Ziff. 344. Zwar ist es anerkannten Rechtens, daß die Urteilsformel aus den Entscheidungsgründen im Zweifel erläutert werden darf. Allein in Rechtskraft geht nur die Entscheidung über, die in der Urteilsformel enthalten ist; eine nur in den Gründen erlassene Entscheidung ist keine Entscheidung im Sinne des § 322. **b)** **RG.** R. **08** (Beibl. 2) 20 Ziff. 119. Ist auf eine Schadensklage, mit welcher Ersatz des bis zu einem bestimmten Zeitpunkt aus einem Unfall entstandenen Schadens verlangt wird, der Beklagte schlechthin verurteilt worden, dem Kläger allen ihm aus dem Unfall erwachsenen Schaden zu ersetzen, so ist aus dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen — die, wenn sie auch nicht selbst in Rechtskraft übergehen können, doch zur Auslegung und Feststellung des Inhalts der Urteilsformel herangezogen werden dürfen, — zu entnehmen, ob nicht trotz der allgemeinen Fassung der Urteilsformel doch lediglich über den Grund des im Klagantrage ziffermäßig bezeichneten Schadensanspruchs hat entschieden werden sollen. Legt der Beklagte gegen das — in dem beschränkteren Sinne zu verstehende — Urteil Berufung ein, so ist der Antrag des Klägers auf Zurückweisung der Berufung gleichfalls nicht als eine Erweiterung des Klagantrags dahin, daß jetzt aller Schaden aus dem Unfall eingeklagt werde, anzusehen. Wird auf die Berufung dann demnächst die Klage abgewiesen, so wird mit der Rechtskraft dieses Urteils daher Rechtskraft für den klägerischen Schadensanspruch nur geschaffen, soweit Schaden in Betracht kommt, der bis zu dem in der Klage bestimmten Zeitpunkt entstanden ist.

7. **RG.** SächsRpflA. **07** 379. Ist jemand mit einer negativen Feststellungsklage, daß eine Hypothekenforderung nicht bestehe, weil sie sich als eine zu Recht widerrufene Schenkung darstelle und die Hypothekenbestellung nur unter einer nicht eingetretenen Bedingung erfolgt sei, rechtskräftig abgewiesen worden, so steht zwischen den Parteien fest, daß die Hypothekenforderung aus diesen Gründen nicht entkräftet ist (vgl. **RG. 50** 416).

8. **RG.** R. **07** 1076 Ziff. 2610. Beruft sich der Kläger zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs darauf, daß das durch den Beklagten angeblich verletzte Recht bereits in Vorprozessen rechtskräftig festgestellt sei, so steht dem Revisionsgerichte die freie Beurteilung der Frage zu, ob eine solche rechtskräftige Entscheidung über das streitige Recht zugunsten des Klägers bereits vorliegt.

9. Einzelne Fälle (vgl. JDR. **5** § 322 Ziff. 5). **a)** **RG.** R. **07** 1463 Ziff. 3633. Nach dem Rechte des BGB. sind Wandelungs- und Minderungsanspruch so voneinander unabhängig, daß die Abweisung des einen die Erhebung des anderen nicht auszuschließen vermag. **b)** **RG.** R. **07** 1410 Ziff. 3560. Die Verurteilung zur Zahlung von Zinsen begründet keine Rechtskraft hinsichtlich der Hauptforderung, mag diese auch in den Gründen des Urteils festgestellt sein. **c)** **RG.** R. **07** 897 Ziff. 2129. Wenn der Beklagte verurteilt ist, darein zu willigen, daß eine näher bezeichnete Hinterlegungsmasse statt an ihn an den Kläger gezahlt werde, so erschöpft sich die Bedeutung dieser Entscheidung nicht darin, daß dem Beklagten die Abgabe der Einwilligungserklärung aufgegeben ist; mit der Verurteilung ist vielmehr weiter ausgesprochen, daß die hinterlegte Masse nicht dem Beklagten, sondern dem Kläger gebührt. Auch insoweit tritt Rechtskraft ein. **d)** BraunschwZ. **07** 122 (Braunschweig).

Der Sieg mit der negatorischen Klage auf Unterlassung von Störungen bewirkt nicht Rechtskraft hinsichtlich des in einem späteren Prozesse geltend gemachten Anspruchs auf Vornahme der Störung.

§ 323. 1. a) **RG.** JW. **07** 520, R. **07** 981 Ziff. 2351. Die Abänderung eines Urteils gemäß § 323 ZPO. kann nur im Wege der förmlichen Klage verlangt werden. **b)** OLG. **15** 267 (Kiel). Es ist nicht vorgeschrieben, daß sämtliche Tatsachen, auf welche die nach § 323 erhobene Klage gestützt wird, zugleich geltend gemacht werden müssen.

2. **RG.** R. **07** 455 Ziff. 915. Die Veränderung des ursächlichen Zusammenhanges oder, wie § 323 ZPO. es ausdrückt, die Änderung der (in ihm bezeichneten) Verhältnisse, muß immer eine nachträglich eingetretene sein, und der Beweis hierfür liegt dem klagenden Teile ob.

3. a) **RG.** R. **07** 640 Ziff. 1330. Wird gegenüber einem Rentenanspruche wegen aufgehobener oder verminderter Erwerbsfähigkeit geltend gemacht, daß die Mittel einer Heilung noch nicht erschöpft seien, daß aber der Beschädigte weitere Heilungsversuche schuldhafterweise unterlasse, so ist die Entscheidung hierüber im Hauptverfahren zu treffen; sie darf nicht einem Nachverfahren im Sinne des § 323 ZPO. vorbehalten werden. **b) RG.** R. **07** 1142 Ziff. 2774. Das Gericht, das zu prüfen hat, wieweit ein Rentenanspruch begründet ist, hat hierzu insbesondere auch zu erörtern, ob die Zuerkennung einer Rente auf Lebenszeit gefordert werden kann. Eine Verweisung auf die im § 323 gegebene Abhilfe ist unzulässig, soweit die künftige Gestaltung der für die Dauer der Rente maßgebenden Verhältnisse sich bereits voraussehen läßt.

4. **a)** BreslauAK. **07** 37 (Breslau). Eine „wesentliche Änderung" kann sowohl in dem vorgeschrittenen Alter der jugendlichen Klägerin und in den damit vermehrten Kosten ihrer Lebensführung, als auch in der Befreiung des Beklagten von einer anderen Unterhaltsrente gefunden werden. **b) RG.** GruchotsBeitr. **51** 178. Bei der Festsetzung einer Rente nach § 843 BGB. oder nach §§ 3, 3 a, 7 Abs. 2 HaftpflG. ist auch die nach dem normalen Laufe der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung als wahrscheinlich anzusehende künftige Gestaltung der Erwerbsverhältnisse des Beschädigten, soweit sie sich übersehen läßt, zu berücksichtigen. In Rechnung zu ziehen ist für die Regel der Einfluß, den das zunehmende Lebensalter auf die Arbeits- und Erwerbsfähigkeit ausübt. Die Vorschrift des § 323 ZPO. ändert hieran nichts.

§ 325. 1. a) Hellwig, Erbrechtsfeststellung und Reszission des Erbschaftserwerbes 107, vgl. o. zu § 2344 BGB. **b)** Der Eintragung fähiges und bedürftiges Veräußerungsverbot, vgl. Weber, DNotVZ. **07** 241 ff., 264, oben zu § 892 BGB. Ziff. IV 1.

2. **RG.** R. **08** (Beibl. 2) 21 Ziff. 120. Durch die im Wechselprozesse (gegen eine offene Handelsgesellschaft) unter Vorbehalt der Rechte der Gesellschaft ergangenen Urteile werden die später auf Grund dieser Urteile im ordentlichen Prozesse (nach Auflösung der Gesellschaft) belangten Gesellschafter nicht gehindert, die vorbehaltenen Rechte geltend zu machen.

3. HessRspr. **8** 19 (Darmstadt). Nach § 325 wirkt das Urteil nicht gegen den Übernehmer einer persönlichen Verbindlichkeit, wegen deren Klage erhoben wurde. Der Übernehmer ist nicht Rechts-, sondern Schuldnachfolger. Im Falle der Schuldübernahme ist die Einrede der mangelnden Passivlegitimation begründet.

4. R. **07** 256 Ziff. 497 (Stettin). Wenn ein nachstehender Pfändungsgläubiger das Recht des vorhergehenden beseitigen will, so kann er gegen dessen vollstreckbaren Urteilstitel nur vorbringen, daß die Streitteile, —der vorhergehende Pfändungsgläubiger und der gemeinsame Schuldner — ihn zum Schein hätten entstehen lassen; oder daß der Titel nachträglich, nach Erlaß des Urteils, durch Leistung des Schuldners

oder in anderer Weise erloschen sei. Zu einem Nachweise, daß das Urteil zu Unrecht gegen den (gemeinsamen) Schuldner ergangen sei, ist der nachstehende Pfandgläubiger nur dann zuzulassen, wenn er zugleich Gläubigerverkürzungsabsicht behauptet.

5. a) BayRpflZ. **07** 134 (München). Im Falle des § 1179 BGB. wirkt sowohl nach Abs. 1 wie nach Abs. 3 des § 325 ZPO. das rechtskräftige Urteil auf Löschung der Hypothek, das der Hypothekengläubiger gegen den Grundstückseigentümer erstritten hat, gegen denjenigen, an den der Eigentümer das Grundstück veräußert hat. b) OLG. **15** 268 (KG.). Das Urteil wirkt nicht gegen den Erwerber des mit einer Vormerkung (zwecks Erhaltung des Rechtes auf Auflassung) belasteten Grundstücks; denn auch die Vormerkung des heutigen Rechtes macht das vorgemerkte Recht nicht zu einem dinglichen. c) **RG.** R. **07** 1147 Ziff. 2807. Der Ersteher in der Zwangsversteigerung ist kein Rechtsnachfolger des Zwangsversteigerungsschuldners im Sinne des § 325 ZPO.

§ 328. 1. Ziff. 1. a) **RG. 65** 329. Das österreichische Gericht wird nicht dadurch stillschweigend vereinbarter Gerichtsstand, daß der im Deutschen Reiche wohnende Käufer nach Abschluß des Kaufvertrags die mit dem Vermerke „zahl- und klagbar in X." versehene Rechnung des Verkäufers ohne Beanstandung entgegennimmt. b) PucheltsZ. **07** 430 (Colmar). Durch Einlassung auf die Widerklage unterwirft sich ein inländischer Widerbeklagter stillschweigend der Zuständigkeit des vom Widerkläger, wenn auch unzuständigerweise, angerufenen französischen Gerichts.

2. Ziff. 4. a) RheinA. **104** I 132 (Cöln). Eine nach italienischem Rechte wirksame gerichtlich bestätigte Vereinbarung der Trennung der Ehe von Tisch und Bett ist weder nach § 328 ZPO., noch nach dem Haager EheschlAbk. vom 12. Juni 1902, noch überhaupt nach allgemeinen Vorschriften des internationalen Privatrechts als rechtswirksam anzuerkennen. b) Wegen des Unverbotenseins der Ehe eines im Inlande rechtskräftig Geschiedenen mit einem österreichischen Staatsangehörigen katholischer Konfession vgl. FischersZ. **32** 305.

3. Ziff. 5. a) Kißkalt, Die Vollstreckbarkeit kalifornischer Urteile in Deutschland, LeipzZ. **07** 688, führt aus, daß trotz Erlasses des kalifornischen Gesetzes vom 27. Februar 1907 die Anerkennung kalifornischer Urteile im Deutschen Reiche ausgeschlossen sei, da die Gegenseitigkeit nicht verbürgt sei. Dies wird gefolgert: α. aus den Besonderheiten der amerikanischen Gerichtsorganisation; β. aus dem Charakter des kalifornischen Gesetzes als Gelegenheitsgesetz (vgl. Laband, DJZ. **07** 871); γ. aus dem Umstande, daß ausländischen Versicherungsgesellschaften in Kalifornien die Gleichheit vor dem Gesetze nicht gewährt sei. b) R. **07** 1540 Ziff. 3847 (Hamburg). Zwischen Dänemark und Deutschland ist die Gegenseitigkeit für Vollstreckung von Urteilen, allerdings nicht auf Grund besonderer Rechtsquellen, sondern auf Grund der ständigen, vom dänischen Justizminister bestätigten Praxis der dänischen Gerichte verbürgt (vgl. BöhmsZ. **1** 58 u. 106). c) SeuffBl. **07** 123 (LG. München). Der Kanton St. Gallen gehört zu denjenigen Staaten, hinsichtlich deren die Gegenseitigkeit verbürgt ist. d) Ebenso bezüglich Waadtlands Delius, R. **06** 1307. e) Wegen Bern vgl. Stooß, ZBernJV. **42** 169, wegen Zürich JDR. **5** § 328 Ziff. 5 a.

4. a) **RG.** LeipzZ. **07** 657, R. **07** 897 Ziff. 2130. Der auf Zahlung belangte inländische Schuldner kann diesem Anspruche gegenüber mit Erfolg darauf sich berufen, daß die eingeklagte Forderung auf Betreiben eines ausländischen Gläubigers des Klägers durch eine hierzu zuständige ausländische Vollstreckungsbehörde mit Arrest belegt sei. b) R. **07** 576 Ziff. 1185 (Frankfurt). Der im Inland auf Zahlung einer im Inlande zu erfüllenden Forderung belangte ausländische Schuldner kann sich darauf berufen, daß die Forderung des inländischen Gläubigers durch das ausländische Gericht, dem Schuldner unterworfen ist, mit Arrest belegt sei.

§ 329. a) OLG. **15** 132, BayRpflZ. **07** 281, SeuffBl. **07** 790, BayObLG. **8** 179, JustdBl. **2** 10 (BayObLG.). Beschlüsse, die in einem zweiseitigen, beide Par-

teien berührenden Verfahren ergehen, müssen, sofern sie nicht verkündet werden, beiden Teilen zugestellt werden. b) **RG.** R. **07** 1471 Ziff. 3689. Nicht verkündete Gerichtsbeschlüsse erlangen nach außen erst durch ihre Zustellung Rechtsbestand und Geltung. Ist daher im Zwangsvollstreckungsverfahren ein durch den Gerichtsvollzieher angesetzter Versteigerungstermin durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts aufgehoben, so hat die im Beschwerdeweg erfolgende Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses dem Schuldner gegenüber erst Bedeutung mit der Zustellung des Beschlusses des Beschwerdegerichts an ihn; bis dahin besteht der den Versteigerungstermin aufhebende Beschluß des Amtsgerichts zu Recht.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

Vorbemerkung: Von allgemeinerem Interesse dürfte der wieder heftig entbrannte Streit über den Satz: „Die ladende Partei lädt sich selbst" sein (§ 335 Ziff. 1).

§ 330. a) Jacobsohn, JW. **07** 321, schlägt folgende Änderung vor: Erscheint der Kläger im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht und hat er auch nicht vorher schriftlich Versäumnisurteil beantragt, so ist auf Antrag dahin Versäumnisurteil zu erlassen, daß Kläger mit der Klage abzuweisen sei. b) Vgl. oben zu § 265 ZPO. Ziff. 8. c) Mülfarth, R. **07** 507. Der Fall der Versäumung liegt auch dann vor, wenn der Ausgebliebene den Termin nicht erfahren hat.

§ 331. Jacobsohn, JW. **07** 321, schlägt folgende Änderungen vor. Abs. 1: Beantragt der Kläger im Termin oder durch einen vor dem Termin eingereichten schriftlichen Antrag gegen den im Termine nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil, so ist das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. Neuer Abs. 3: Hat Kläger zum Termin einen schriftlichen Antrag auf Versäumnisurteil gegen den Beklagten eingereicht und erscheint der Beklagte und anerkennt den Anspruch, so ist Anerkenntnisurteil zu erlassen. Stellt Beklagter andere Anträge, so ist in diesem Termine nicht zu entscheiden, sondern dem Kläger Mitteilung zu machen.

§ 333. **RG.** R. **07** 577 Ziff. 1186. Erklärt ein Prozeßbevollmächtigter, erst nachdem er zur Sache verhandelt hat, daß er die Vertretung niederlege, so ist diese Erklärung für die Prozeßlage ohne Einfluß.

§ 335. 1. a) Meyer, R. **07** 366 ff., 625 f., führt im Anschluß an seine in seiner Prozeßpraxis (5) 217 Anm. 7 vertretene Ansicht aus, daß eine entsprechende Anwendung des § 335 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO. dahin führen müsse, daß ein Versäumnisurteil dann abzulehnen sei, wenn dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach die ausgebliebene Partei (also auch die ladende) den Termin offiziell nicht erfahren haben konnte. b) Die abweichende herrschende Meinung vertritt Jaritz, GruchotsBeitr. **52** 96 ff., in ausführlicher Darlegung und mit reichlichen Literaturangaben. c) GA. Mülfarth, R. **07** 504 (vgl. JDR. **5** § 335 Ziff. 2 a).

2. PosMSchr. **07** 33, R. **07** 981 Ziff. 2352 (Königsberg). Vor Erlassung des Versäumnisurteils hat das Gericht in eine Prüfung darüber, ob die vom zustellenden Beamten in der Klagezustellungsurkunde als Inhaber der beklagten Firma bezeichnete Person in Wahrheit der Inhaber ist, nur dann einzutreten, wenn Grund zu Zweifeln besteht.

3. OLG. **15** 134, SeuffA. **62** 335, HansGZ. **07** Beibl. 27 (Hamburg). In dem gemäß § 370 Abs. 2 Satz 2 von Amts wegen bestimmten und den Parteien bekannt gegebenen Termine kann auch ohne Ladung seitens des nichtsäumigen Teiles Versäumnisurteil ergehen. Ebenso Meyer, BuschsZ. **36** 139.

4. Ziff. 2. Jaritz, GruchotsBeitr. **52** 96—115. Das Versäumnisurteil gegen die ausgebliebene ladende Partei ist auch dann zu erlassen, wenn diese nicht so zeitig, daß sie erscheinen konnte, oder überhaupt nicht von dem Termine Kenntnis

erlangt hat; der Ladende hat keinen Anspruch darauf, gerade aus der Ladungsurschrift den Termin zu erfahren, er muß sich vielmehr nach dem Termin erkundigen. Die gegenteilige Meinung von H. Meyer in Breslau widerspricht der Natur der Sache, weil in der Ladung das unbedingte und vorbehaltlose Versprechen des Ladenden enthalten ist: er selbst werde ohne weiteres erscheinen. Auch die systematischen allgemeinen Leitsätze der ZPO. weisen auf die Erkundigungspflicht hin. Das Versäumnisverfahren der §§ 300 ff. ZPO. wird von dem Grundsatze beherrscht, daß die Versäumnisfolgen einzutreten haben ohne Rücksicht darauf, ob die Versäumnis verschuldet war oder nicht. Die der Parteiladung als solcher vom Gesetze verliehene, schonungslos durchgreifende Zwangsgewalt gegenüber dem Gegner verlangt als notwendiges Äquivalent die straffste Anspannung der sich dieses Zwangsmittels bedienenden Partei im Sinne der Erkundigungspflicht. Die Erkundigungspflicht ist auch Ausfluß des Parteibetriebs, wonach (§§ 221 Abs. 2, 253, 263 ff. ZPO.) im Augenblicke der Zustellung der Zustellende die Wirkungen des Zustellungsakts auch gegen sich selbst gelten lassen muß. Die Aushändigung der Zustellungsurkunde seitens des Zustellungsbeauftragten an seinen Auftraggeber vollzieht sich nicht in den besonderen Formen des öffentlichen Prozeßrechts, sondern formlos ohne Herstellung eines urkundlichen Beweismittels wie jede bürgerlichrechtliche Besitzübergabe. Sie verfolgt (§ 194 Abs. 4 ZPO.) lediglich den Zweck, der betreibenden Partei den Nachweis der Zustellung an den Gegner zu ermöglichen, nicht aber, den Ladenden selbst von der Terminsstunde zu benachrichtigen. — Zu einer „entsprechenden" Anwendung des § 335 Abs. 2 auf den Ladenden fehlt es zudem an der dazu unerläßlichen Wesensgleichheit der — prozessualen Verfahrens- — Tatbestände. ➠ aaO. 100 war vom Verf. gesagt: Die Entscheidung BuschsZ. **11** 110 sei die einzige, welche sich der Ansicht von Meyer angeschlossen hat; infolge eines sinnentstellenden Druckfehlers ist fälschlich abgedruckt: Meyer stütze sich auf die Ansicht jenes Gerichts. — Übereinstimmend mit dem Aufsatze von Jaritz vertreten außer den dort zitierten ferner die Ansicht: a) daß es für das Versäumnisverfahren auf das Vorliegen eines Verschuldens der ausgebliebenen Partei nicht ankommt, b) daß es insbesondere gleichgültig ist, ob der ausgebliebene Ladende von der Terminsstunde Kenntnis erlangt hat. Zu a und b: Die Lehrbücher des ZPR. von Schmidt (1906) 562 f., von Weismann (1903) I 343, 402 bzw. 338 f., 401 und von Loewenwald (1903) 156 bzw. 328; zu a ferner: Förster, ZPO. (1902) I 308 und, wie seine Ausführungen im Lehrbuche des ZPR. (1907) II 32 f. andeuten, auch Hellwig; zu b ferner Planck, Lehrbuch des ZPR. (1896) II 350 (vgl. 357). ⇚

§ 336. **RG. 63** 364. § 336 ist auch dann anwendbar, wenn der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurteils aus anderen Gründen als denen des § 335 ZPO. zurückgewiesen worden ist.

§ 337. 1. BadRpr. **07** 250 (Karlsruhe). Selbst eine unberechtigte Nichtanwendung der Vertagungsbefugnis des Gerichts gemäß § 337 ZPO. läßt das Versäumnisurteil keineswegs als nicht in gesetzlicher Weise ergangen erscheinen. § 344 ZPO. erfordert durchaus kein Verschulden des Säumigen.

2. OLG. **15** 268 (Königsberg). Der Umstand, daß der Rechtsanwalt der Gegenpartei durch andere Termine am rechtzeitigen Erscheinen behindert ist, ist kein genügender Vertagungsgrund.

§ 338. 1. OLG. **15** 133 (Dresden). Wechseln die Firmeninhaber, so steht demjenigen der Einspruch zu, welcher im Versäumnisurteil als Partei aufgeführt ist. Ebenso SeuffA. **62** 292 (Dresden).

2. SeuffA. **62** 209 (Hamburg). Einspruch, nicht Berufung, gegen ein zu Unrecht erlassenes Versäumnisurteil.

§ 340. 1. OLG. **15** 134, HansGZ. **07** Beibl. 108 (Hamburg). Eine Einspruchsschrift, in der einfach zur Verhandlung, nicht zur Verhandlung „über die Hauptsache", geladen ist, genügt den gesetzlichen Erfordernissen.

2. PosMSchr. **07** 113, R. **08** (Beibl. 2) 21 Ziff. 121 (Posen). Es genügt, wenn in der Einspruchsschrift eine Ladung „zu dem anzuberaumenden Termine", nicht, wie freilich korrekt wäre, „zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache" enthalten ist, da der Gegner nicht darüber im Zweifel sein kann, daß dies der Zweck der Ladung ist.

§ 341. *Jaritz, GruchotsBeitr. **52** 115. Erscheinen im Einspruchstermine beide Teile und hat die ladende Partei die Urkunden zum Nachweise der Form- und Fristgerechtigkeit nicht mitgebracht, so ist dem Antrage des Gegners auf Erlaß des Versäumnisurteils nicht stattzugeben, sondern — gemäß § 335 Ziff. 1 ZPO. — von Amts wegen zu vertagen, um die Herbeischaffung der Urkunden zu ermöglichen.

§ 343. RG. R. **07** 1540 Ziff. 3848. Ergibt sich auf Grund der neuen Verhandlung, daß das gegen die Beklagten auf Räumung ergangene Urteil zu Recht erlassen ist, so steht die Tatsache, daß die Beklagten inzwischen des Besitzes entsetzt sind, der Aufrechterhaltung des auf Räumung lautenden Versäumnisurteils nicht entgegen.

§ 344. WürttJ. **19** 299 (Stuttgart). Die Kosten eines in ungesetzlicher Weise ergangenen Versäumnisurteils hat die säumige Partei nur dann nicht zu tragen, wenn sie auf Grund des Einspruchs ein obsiegendes Urteil erstreitet (vgl. auch oben zu § 337 Ziff. 1).

Vierter Titel. Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen.

§ 348. v. Zahn, R. **07** 565, empfiehlt, statt des vorbereitenden Verfahrens in Rechnungssachen ein Vergleichsurteilsverfahren einzuführen. Die Voraussetzungen dazu würden sein: a) Ein Prozeß, in welchem eine erhebliche Anzahl gleichartiger streitiger Ansprüche, sei es klage-, sei es einredeweise, nebeneinander geltend gemacht werden. b) Ein Gerichtsbeschluß, der beim Vorliegen der Voraussetzung zu a das Vergleichsurteilsverfahren anordnet.

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

§ 355. 1. **RG.** R. **07** 1075 Ziff. 2601. Wen die Beweislast trifft, den trifft auch die Gefahr des Beweismittels; wird ein Beweis dadurch unmöglich, daß der Beweispflichtige nicht für die Erhaltung des Beweismittels, das in seinen Händen ist, sorgt, so geht dies auf seine Gefahr.

2. **RG.** PucheltsZ. **07** 331. Die Vernehmung von Zeugen über erhebliche Tatsachen darf nicht ersetzt werden durch Verwertung ihrer bereits in einem strafrechtlichen Ermittelungsverfahren gemachten Aussagen.

3. Kosten. **a)** Wurzer, R. **07** 486. Für das Beweisverfahren kommt derjenige Wert in Betracht, über den nach dem erkennbaren Willen des Beweisbeschlusses Beweis erhoben werden soll, einerlei, ob mit Recht oder Unrecht. **b)** R. **07** 1080 Ziff. 2630 (Naumburg). Zur Begründung der Beweisgebühr und demgemäß auch der weiteren Verhandlungsgebühr bedarf es nicht eines förmlichen Beweisbeschlusses nach §§ 358, 369 ZPO., insbesondere braucht der die Herbeischaffung und Vorlegung von Akten anordnende Beschluß den Vorschriften des § 359 nicht zu entsprechen. Es genügt vielmehr, daß die Vorlegung der Akten erkennbar zwecks Beweiserhebung über eine streitige Behauptung und nicht bloß zur Information des Gerichts angeordnet war und auch zu diesem Zwecke erfolgt ist.

§ 370. Vgl. oben zu § 335 Ziff. 3.

Sechster Titel. Beweis durch Augenschein.

§§ 371 f. Gusinde, DJZ. **07** 234. Der richterliche Augenschein muß ohne Auslagenvorschuß erhoben werden, auch wenn daneben noch Sachverständige und Zeugen an Ort und Stelle zu vernehmen sind.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

§§ 373 ff. a) **RG.** R. **07** 455 Ziff. 916. Schon aus seiner die Beweisfragen enthaltenden Ladung weiß der Zeuge genau, was er aussagen soll, und nach § 396 Abs. 1 daselbst ist er vom vernehmenden Richter gewöhnlich nur zu veranlassen, sein Wissen zur Sache im Zusammenhang anzugeben. Nur nötigenfalls sind weitere Fragen zur Aufklärung und Vervollständigung an ihn zu richten. Die ZPO. legt auf freiwillig im Zusammenhang abgegebene Erklärungen der Zeugen das Hauptgewicht, weil sie die beste Gewähr für ihre Wahrhaftigkeit geben; ihr widersprechen sogar Aussagen, die von Anfang an durch Einzelfragen des Richters herausgelockt und möglichst in Einklang mit den Beweissätzen gebracht worden sind und sie überläßt es für gewöhnlich dem Richter, nach zusammenhängender Aussage des Zeugen noch allenfalls Fragen zu stellen, die er für nötig findet. **b)** Darüber, daß die Vorschriften der ZPO. über den Zeugenbeweis bei der Anhörung von Verwandten nach § 1673 Abs. 2 BGB. keine Anwendung finden, vgl. FrankfRundsch. **40** 205 (KG.).

§ 373. 1. a) **RG.** R. **07** 835 Ziff. 1871. Wenn auch nach § 56 Ziff. 8 WestfStädteO. vom 19. März 1856 die Stadtgemeinde durch den Magistrat als solchen und nicht durch einzelne Mitglieder vertreten wird, so haben doch auch die letzteren insoweit Vertretereigenschaft, daß sie nicht als Zeugen vernommen werden können. Demzufolge ist ihnen gegenüber die Eideszuschiebung das einzige Mittel, um eine Beweisaufnahme über die in ihre Wissenschaft gestellten tatsächlichen Parteibehauptungen überhaupt zu ermöglichen. **b)** BadRpr. **07** 264, R. **07** 1267 Ziff. 3161 (Karlsruhe). Es ist unzulässig, in einem Prozesse, worin die Gemeinde Prozeßpartei ist, ein Gemeinderatsmitglied als Zeugen zu vernehmen. **c)** Plutus **07** 128 (KfmG. Berlin). Der Gesellschafter einer liquidierenden Gesellschaft kann in deren Prozesse nicht Zeuge sein.

2. **a)** Eintritt der als Zeuge vernommenen Person in den Prozeß vgl. § 286 ZPO. Ziff. II 2 b. **b)** OLG. **15** 135 (Bamberg). Tritt im Laufe des Rechtsstreits ein Wechsel in der Person der Parteien ein, so ist für die Zulassung zum Zeugnisse die Zeit der Vernehmung entscheidend. **c) RG.** GruchotsBeitr. **50** 1090. Findet sich in der Klage der Ehefrau der Zusatz: Im Beistande des Ehemanns, so ist der Ehemann nicht Partei und darf im selben Prozeß als Zeuge gehört werden.

3. **RG.** LeipzZ. **07** 740. Es war Zeugenbeweis dafür angeboten, der Verkäufer habe nicht nur gewußt, daß die Ware nicht haltbar sei, sondern er habe auch darauf gerechnet, daß die Käuferin, die die Ware nicht für sich brauchte, den Mangel nicht rechtzeitig erkennen werde. Der Beweis ist zu Recht nicht erhoben worden. Der Zeuge kann von diesen inneren Vorgängen bei dem Verkäufer nur dann etwas wissen, wenn sie äußerlich in die Erscheinung getreten sind; der Beweisführer hätte also die zur Kenntnis des Zeugen gelangten äußeren Tatsachen, aus denen sich die Täuschungsabsicht ergeben sollte, bezeichnen und unter Beweis stellen müssen.

§ 374. OLG. **15** 136 (Hamburg). Wenn sich der Kläger auf einen Zeugen beruft, auf den sich schon der Beklagte berufen hatte, ohne ihn auffinden zu können, so liegt grobe Nachlässigkeit vor.

§ 376. OLG. **14** 157 (Marienwerder). § 376 ist nicht anwendbar, wenn eine Pflicht zur Verschwiegenheit nicht besteht, z. B. bei rechtsgültiger Entbindung des Notars von dieser Pflicht.

§ 379. 1. Gusinde, Lokaltermin und Auslagenvorschuß, DJZ. **07** 234. Trotz Nichtzahlung des Auslagenvorschusses muß ein freiwillig erschienener Zeuge vernommen werden. Wenn ein wegen Krankheit ans Zimmer gefesselter Zeuge in seiner Wohnung vernommen werden soll, wird man der „Ladung" „die Reise zum Termine" gleichsetzen müssen und einen Auslagenvorschuß als berechtigt ansehen können. — Man kann nicht nur die durch die gerichtliche Vernehmung entstehenden Kosten, sondern auch die durch die Vorbereitung des Sachverständigengutachtens und durch eine Vorbesichtigung notwendig werdenden bei der Höhe des Vorschusses mit berücksichtigen. Schon die Beauftragung des Sachverständigen zu solche Kosten verursachenden Vorbereitungen und Besichtigungen kann von der Einzahlung des Vorschusses abhängig gemacht werden.

2. a) OLG. **15** 138 (KG.). § 379 ist nicht anwendbar, wenn die Vernehmung eines Sachverständigen von Amts wegen angeordnet wird. b) SächsOLG. **28** 549. Gegen die Abforderung eines Kostenvorschusses bei Erlaß eines Beweisbeschlusses ist keine Beschwerde gegeben. c) R. **07** 581 Ziff. 1215 (Colmar). Die Gerichtskasse darf nicht, nachdem eine Partei den von ihr eingeforderten Auslagenvorschuß für eine von beiden Parteien beantragte Beweisaufnahme entrichtet hat, ihn auf die von dem Zahlenden allein geschuldeten sonstigen Gerichtskosten zu dem Zwecke verrechnen, von der anderen für jene Auslagen mithaftbaren Partei die Auslagen jener Beweiserhebung einzuziehen.

§ 380. DJZ. **07** 484 (KG.). Das unberechtigte Sichentfernen des Zeugen während seiner Vernehmung ist als Nichterscheinen zu betrachten.

§ 383. Ziff. 3. **RG.** GoltdA. **54** 305. Der Ehemann der Adoptivtochter hat kein Recht, das Zeugnis zu verweigern.

Ziff. 5. I. *Reichel, ÄrztlSachverstZtg. **07** 499. Nach dem Tode des Patienten hat die Entbindung des Arztes von seiner Schweigepflicht nicht durch den Erben als solchen (man denke an den Fall, daß der Fiskus oder eine sonstige juristische Person Alleinerbe ist!), vielmehr durch die nächsten Hinterbliebenen des Patienten zu erfolgen. Die Vorstellung, daß die intimsten Rechtsgüter der Persönlichkeit dem Erbrecht unterliegen sollen, ist absurd.

II. 1. Rechtsanwälte. Vgl. JDR. **5** § 383 Ziff. 1.

2. Notare (vgl. JDR. **5** § 383 Ziff. 2). KGBl. **07** 92, R. **07** 1266 Ziff. 3154 (KG.). Der Generalbevollmächtigte einer Partei, die vor dem Notar einen Akt verlautbart hat, kann nicht namens seiner Vollmachtgeberin den Notar von der Schweigepflicht entbinden.

3. Ärzte. a) Jäger, DJZ. **06** 800, führt aus, daß nach heutiger Rechtsanschauung dem Arzte nicht eine abstrakte Schweigepflicht obliegt, sondern nur eine den Umständen des Falles angemessene Verschwiegenheitspflicht. b) Dagegen Leo, DJZ. **06** 1018. c) OLG. **15** 137 (Dresden) über einen Fall der Verneinung des Zeugnisverweigerungsrechts bei Aussage über Nierenleiden.

4. Abgeordnete (vgl. JDR. **5** § 383 Ziff. 4). a) Laband, DJZ. **06** 953 ff., legt in ausführlicher Darstellung dar, daß reichsgesetzlich weder eine Befreiung der Reichstags- und Landtagsabgeordneten von der Zeugenpflicht, noch eine Beschränkung des Zeugenzwanges besteht. b) Nach Sontag, DJZ. **06** 1010, ist die Haft zur Erzwingung des Zeugnisses, da sie nicht wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung verhängt wird, auch während der Session ohne Genehmigung des Reichstags zulässig. AM. Heilfron, R. **06** 913, Thiesing, GesuR. **8** 105, Roth, DJZ. **06** 1361. Nach ihrer Meinung finden die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren Anwendung. c) Müller-Meiningen, HirthsAnn. **39** 641 ff., behandelt den Zeugniszwang historisch und de lege ferenda. d) Einschlagende Fragen behandelt auch Wittmaack, AÖffR. **21** 353, und Lippmann, KGBl. **07** 51.

5. Geistliche. Leonhard, ZStW. **26** 405 ff. Geistliche sind nur die Priester der anerkannten christlichen Religionsgemeinschaften, nicht die Religionsdiener anderer Konfessionen (aA. Kann, BuschsZ. **37** 142).

6. Andere Personen. **RG.** LeipzZ. **07** 814. Die Vorsteher der Korporation der Kaufmannschaft zu Stettin sind als Personen anzusehen, denen kraft ihres Amtes geheimzuhaltende Tatsachen anvertraut sein können.

§ 384. 1. Ziff. 1. **a)** **RG.** R. **07** 1410 Ziff. 3561. Die Vorschrift des § 384 Ziff. 1 ZPO. erfordert, daß der Vermögensschaden eine unmittelbare Folge der Beantwortung der Frage, nicht der Entscheidung des Prozesses ist. Behauptet der Kläger, daß der zu vernehmende Zeuge gemeinschaftlich mit dem Beklagten ihn bei Abschluß eines Kaufgeschäfts arglistig getäuscht habe, daß der Zeuge durch Zahlung einer Provision am Ausgange des Rechtsstreits interessiert sei, daß der Zeuge auch Generalbevollmächtigter und Angestellter des Beklagten sei, so liegt ein Grund zur Zeugnisverweigerung aus § 384 Ziff. 1 ZPO. nicht vor, wenn der Zeuge darüber bekunden soll, ob bei den Vertragsverhandlungen dem Kläger bestimmte, vom Beklagten näher bezeichnete Angaben gemacht worden sind. Denn die wahrheitsgemäße Beantwortung dieser Frage kann nicht zur unmittelbaren Folge haben, daß der Zeuge seine Provision zurückzahlen muß oder aufhört, Generalbevollmächtigter oder Angestellter des Beklagten zu sein. **b)** **RG.** R. **07** 1075 Ziff. 2603. Ein vermögensrechtlicher Schaden im Sinne dieser Gesetzesbestimmung liegt nicht vor, wenn der Zeuge bei Beantwortung der an ihn gestellten Frage zur Erfüllung einer schon bestehenden rechtlichen Verbindlichkeit von dem Berechtigten angehalten werden könnte. Ähnlich SeuffA. **62** 424 (Colmar).

2. Ziff. 2. **a)** OLG. **15** 138, HansGZ. **07** Beibl. 124 (Hamburg). Geschlechtsverkehr eines Unverheirateten mit einer Unverheirateten gereicht ihm nicht zur Unehre. **b)** **RG.** R. **07** 1075 Ziff. 2604. Ob die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung begründet ist, kann nur konkret, nicht abstrakt beantwortet werden. Jene Gefahr ist insbesondere nicht mehr begründet, wenn der Zeuge wegen der in Frage stehenden Verfehlungen bereits strafgerichtlich rechtskräftig verurteilt ist.

3. Ziff. 3. **a)** **RG.** R. **07** 256 Ziff. 498. Die Frage, ob es sich um ein Geheimnis handelt, kann nur nach den Umständen des betr. Falles beantwortet werden, wenn nicht das Gesetz selbst es besagt. In der Regel wird man eine Tatsache dann als Geheimnis ansehen, wenn sie nur bestimmten Personen bekannt sein soll und bekannt ist. **b)** **RG.** JW. **07** 147 Ziff. 31. Deshalb ist die Zeugnisverweigerung unzulässig, wenn es sich um die Nummer und Eintragung eines bestrittenen Patents, also um die Angabe von Tatsachen handelt, die nach der ausdrücklichen Vorschrift des PatG. öffentlich kundgegeben werden müssen. Ebenso PBl. **07** 7 (Cöln). **c)** **RG.** LeipzZ. **07** 828. Hat die Partei den bei ihr angestellt gewesenen Zeugen von der Geheimhaltung ihres Gewerbegeheimnisses entbunden, so ist der Zeuge nicht nur zur Geheimhaltung nicht mehr verpflichtet, sondern auch nicht mehr berechtigt.

§ 385. 1. Ziff. 1. **RG.** R. **08** (Beibl. 2) 21 Ziff. 122. Der Fall des § 385 Ziff. 1 ZPO. ist nicht gegeben, wenn der Zeuge nicht als Zeuge zur Errichtung des Vertrags, sondern zur Beratung und Unterstützung einer Vertragspartei bei den dem Vertragsschlusse vorangegangenen Unterhandlungen zugezogen worden ist.

2. Ziff. 3. **a)** PosMSchr. **07** 168 (Posen). Die Zeugnispflicht erstreckt sich auf alles das, was mit einer auf dem Boden des Familienverhältnisses entstandenen Vermögensangelegenheit in tatsächlichem inneren Zusammenhange steht. Auf Tatsachen, die in keinem solchen Zusammenhange stehen, aus Rechtsgründen aber für eine zum Familienverhältnisse gehörende Vermögensangelegenheit von Bedeutung sein können, erstreckt sich die Zeugnispflicht nicht. **b)** DJZ. **07** 487, Bay. ObLG. **7** 201 (BayObLG.). Eine Vereinbarung der im Scheidungsprozesse stehenden Ehegatten, durch welche die Verbindlichkeit des Mannes, das Einbringen der Frau

zurückzuzahlen, für den gesetzlichen Zeitpunkt ausgeschlossen und die Erfüllung von einem ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird, ist für den als Zeugen benannten Bruder der Frau eine Tatsache, die eine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit betrifft. **c)** OLG. **15** 269 (Celle). Der Fall der Ziff. 3 liegt nicht vor, wenn eine Tochter als Zeugin darüber Auskunft geben soll, ob sie oder ihre Mutter, die als Käuferin von Möbeln in Anspruch genommen wird, diese Möbel gekauft habe.

3. Ziff. 4. **a) RG.** R. **07** 773 Ziff. 1701. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Bekundung von Handlungen, die der Zeuge als Vertreter der Partei vorgenommen, nicht auch von Wahrnehmungen, die er in der gedachten Eigenschaft gemacht hat. **b)** OLG. **15** 138 (Dresden). Der Ehemann, der bei der mündlichen Verhandlung nur in Gegenwart der Ehefrau für sie das Wort geführt hat, ist nicht ihr Vertreter.

§ 387. OLG. **15** 270 (Celle). Gegen das Zwischenurteil, das die Zeugnisverweigerung für gerechtfertigt erklärt, hat nur der Beweisführer das Beschwerderecht, nicht die Gegenpartei, wenn nicht auch sie ihrerseits die Vernehmung des erschienenen Zeugen (gemäß § 399 ZPO.) verlangt hat.

§ 390. Vgl. zu § 383 Ziff. 4.

§ 393. 1. **RG.** R. **07** 1076 Ziff. 2606 wie JDR. **5** § 393 Ziff. 2 c.

2. **a) RG.** R. **07** 455 Ziff. 917. Eine unmittelbare Beteiligung am Ausgang eines Anfechtungsprozesses besteht nicht, wenn ein Zeuge zwar Schuldner des Beklagten aus demselben Wechsel ist, auf Grund dessen der Beklagte gegen den Gemeinschuldner das dem Anfechtungsprozesse zugrunde liegende Wechselurteil erstritten hat, diese Wechselschuld des Zeugen aber, unabhängig von der Anfechtungsklage, ebenso dann besteht, wenn der Kläger obsiegt, als auch, wenn er abgewiesen wird. Der Zeuge hat vielmehr nur ein faktisches wirtschaftliches Interesse insofern, als seine Lage gebessert wird, wenn die Klage abgewiesen und dem Beklagten dadurch ermöglicht wird, die Wechselschuld zu tilgen. **b)** R. **07** 256 Ziff. 499 (Colmar). Mitglieder eines prozessierenden Vereins sind, nachdem er in das Vereinsregister eingetragen worden und somit eigene Rechtsfähigkeit erlangt hat, nicht mehr unmittelbar am Ausgange des Rechtsstreits beteiligt und sind daher, wenn sie in diesem Prozeß als Zeugen vernommen werden, zu beeidigen. **c)** (Vgl. JDR. **5** § 393 Ziff. 3). Landsberg, Der Zedent als Zeuge, PosMSchr. **07** 171, berichtet über einen Fall, wo OLG. Posen, 4. Senat, dem Zedenten, der seine schlüssige Aussage beeidet hatte, lediglich wegen seines Interesses am Ausgange des Rechtsstreits (§ 437 Abs. 1 BGB.) keinen Glauben geschenkt hatte. Auf diese Weise könne jeder Zedent, der nicht von seiner Haftung nach § 437 BGB. befreit sei, ausgeschaltet werden. Zu wünschen sei, daß der Gesetzgeber hier eine einheitliche Praxis schaffe (vgl. auch LG. Berlin I oben zu § 286 Ziff. II 2 e). **d) RG.** BadRpr. **07** 150. Zulässig ist die eidliche Vernehmung eines der früheren Beklagten, der seinen Prozeß mit dem Kläger verglichen hat, als Zeugen. **e) RG.** R. **07** 1076 Ziff. 2605. Bei einer Regreßklage gegen den Gegenvormund, die darauf begründet wird, daß der Gegenvormund gegenüber Pflichtwidrigkeiten des Vormundes es an der gehörigen Aufsicht habe fehlen lassen, ist der Vormund am Ausgange des Rechtsstreits nicht als unmittelbar beteiligt zu erachten. Er ist insbesondere nicht Mitverpflichteter des verklagten Gegenvormundes; seine Haftung beruht vielmehr auf einem anderen Rechtsgrund und geht auf einen anderen Gegenstand. **f) RG.** PucheltsZ. **07** 198. Ein Prokurist, der an einem Geschäfte seiner Firma mit 50 pCt. beteiligt ist, ist nicht unmittelbar beteiligt im Sinne des § 393 Abs. 1 Ziff. 4 ZPO., wenn er über den streitigen Vertrag, der zu dem Bereiche des Geschäfts gehört, als Zeuge aussagt; ihm gegenüber wirkt die Entscheidung nicht Rechtskraft, sein Recht- und Pflichtenkreis wird durch den Prozeßausgang nicht un=

mittelbar beeinflußt. Hieran ändert auch das bedeutende Maß seiner Geschäftsbeteiligung nichts (**RG.** JW. **98** 71 Ziff. 14).

§ 397. **RG.** LeipzZ. **07** 828. Ein Zeuge hat nicht das Recht, das Zeugnis zu einer Frage der Parteien zu verweigern, weil sie nicht zum Beweisthema gehört. Zweifel über die Zulässigkeit der Fragen entscheidet allein das Gericht.

§ 398. 1. **RG.** JW. **07** 392, R. **07** 773 Ziff. 1702. Die Wiederholung der Vernehmung eines Zeugen ist dann nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt, sondern hat zu erfolgen, wenn die Vernehmung nicht prozeßordnungsgemäß vorgenommen worden ist, insbesondere wenn eine Partei dadurch, daß die Beweisaufnahme zu einer anderen Zeit als der in der Ladung bestimmten stattgefunden hat, in den ihr nach §§ 357, 397 ZPO. zustehenden Rechten verkürzt worden ist.

2. SächsRpflA. **07** 83 (Dresden). Die aus tatsächlichen Gründen erfolgte Ablehnung des auf nochmalige Vernehmung eines Zeugen gerichteten Parteiantrags ist in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen. Der Berufungsrichter darf von der Vereidigung eines Zeugen absehen, wenn er durch das Ergebnis der anderweiten Beweisaufnahme die Sachlage für derart geklärt hält, daß er der Zeugenaussage, auch wenn sie beeidigt würde, keinen Einfluß auf seine Überzeugung einzuräumen vermöchte.

§ 399. *Walsmann, ACivPr. **102** 157. Der Verzicht auf die Beeidigung des Zeugen kann wegen Irrtums angefochten werden, solange dazu die Möglichkeit sich in der mündlichen Verhandlung bietet.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

§§ 402 ff. 1. a) Peterson, DJZ. **07** 908 ff., spricht sich gegenüber bekannten modernen Bestrebungen dafür aus, daß dem Richter allein die Entscheidung darüber bleiben müsse, ob und welche Sachverständige er hören will, ob und inwieweit er ihnen Glauben schenkt. **b)** In BreslauAK. **07** 42 wird ausgeführt, daß die Ausführung des Sachverständigenbeweises vielfach die Prozeßführung außerordentlich verzögere, daß deshalb einerseits das Sachverständigenwesen durchaus reformbedürftig sei, andererseits aber die Verzögerung der Prozesse in vielen Fällen von der Tätigkeit der Gerichte und der Parteien und ihrer Vertreter unabhängig sei.

2. (Vgl. JDR. **5** §§ 402 ff. Ziff. 2.) **RG. 65** 129. Die Sachverständigen sind nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, im Interesse einer sorgfältigen Begutachtung sich über die einschlagenden Verhältnisse zu informieren, und insoweit sind sie an die Beweisvorschriften der Prozeßordnung nicht gebunden.

3. **RG.** R. **07** 1410 Ziff. 3562. Ein Sachverständigenbeweis kann nicht über die Frage erhoben werden, daß der Agent auch zu einer informatorischen Tätigkeit verpflichtet sei.

§ 403. **RG.** SächsRpflA. **07** 379, R. **07** 773 Ziff. 1703. Wird gegen einen Wirtschaftsführer ein Schadensanspruch erhoben mit der Behauptung, er habe während seiner Verwaltung Beträge mindestens in Höhe eines näher bezeichneten Betrags unterschlagen, so genügt es nicht, daß zum Beweise dieser Behauptung die Wirtschaftsbücher vorgelegt werden und die Einforderung eines Sachverständigengutachtens beantragt wird. Es müssen vielmehr die Tatsachen näher bezeichnet werden, welche sich aus den Wirtschaftsbüchern ergeben sollen; es müssen ferner die Summen angegeben werden, welche der Wirtschaftsführer eingenommen und welche er abgeliefert haben soll. Wird dies trotz Aufforderung seitens des Gerichts versäumt, so ist es nicht zu beanstanden, wenn die beantragte Vernehmung eines Sachverständigen, weil die zu begutachtenden Punkte nicht genügend bezeichnet sind, abgelehnt wird.

§ 404. **RG.** R. **07** 773 Ziff. 1704. Aus der Bestimmung des § 404 ZPO., wonach es im Ermessen des Gerichts steht, ob es Sachverständige zuziehen will und

in welcher Zahl, ergibt sich seine Befugnis, von der Partei beigebrachte Gutachten unberücksichtigt zu lassen.

§ 406. 1. a) **RG.** LeipzZ. **07** 437, SächsRpflA. **07** 321. Ein Dispacheur erscheint in dem Prozeß, in welchem die Richtigkeit der von ihm aufgemachten Dispache angefochten wird, nicht als ein unbefangener Sachverständiger. b) **RG.** R. **07** 256 Ziff. 500. Daß der Sachverständige von dem Gegenstand und Verlaufe des Prozesses, in dem er vernommen wird, zuerst von einer Seite Kenntnis erhalten hat, welche den von der einen Partei im Prozeß eingenommenen Standpunkt teilte, gibt für sich allein keinen genügenden Grund, dem unparteiischen Urteile des Sachverständigen zu mißtrauen, sofern nur erhellt, daß er von dieser Seite in keiner Hinsicht in seinem Urteile beeinflußt wurde. c) R. **07** 516 Ziff. 1060 (Stettin). Die bloße Abgabe eines Privatgutachtens seitens eines Tierarztes für eine Partei, deren Tiere er ständig behandelt, begründet noch keine Befangenheit, wohl aber bedeutet die Ausschließung eines derartigen, zur Feststellung der Krankheitserscheinungen und der Todesursache in erster Linie geeigneten Sachverständigen eine unzulässige Beschränkung der Rechtsverfolgung.

2. a) Unzulässigkeit der Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs im Endurteil anstatt in einem besonderen Beschlusse: JDR. **5** § 406 Ziff. 2 a, SächsRpflA. **07** 83. b) **RG. 64** 429, R. **07** 898 Ziff. 2133. Das Beschwerderecht wegen Zurückweisung eines Gesuchs um Ablehnung eines Sachverständigen geht nicht dadurch verloren, daß nach dem Zurückweisungsbeschlusse Versäumnisurteil in der Hauptsache ergangen ist. c) **RG.** SeuffA. **62** 166. Die Beschwerde wegen Zurückweisung des Gesuchs um Ablehnung eines Sachverständigen wird unzulässig, wenn inzwischen das Urteil erlassen worden ist.

3. a) **RG. 64** 429, JW. **07** 52, R. **07** 897 Ziff. 2132. Der Verlust des Rechtes der Ablehnung tritt schon dann ein, wenn der Ablehnende durch Anwendung gehöriger Sorgfalt beim Einziehen von Erkundigungen über den Sachverständigen den Ablehnungsgrund schon vor Erstattung des Gutachtens hätte kennen können, nicht bloß dann, wenn er den ihm vor Erstattung des Gutachtens bereits bekannten Ablehnungsgrund vor jenem Zeitpunkte geltend zu machen unterlassen hatte. Eine andere Auffassung würde im Ergebnisse darauf hinauslaufen, daß die am wenigsten sorgfältige Partei am längsten in der Lage bliebe, ein ihr unbequemes Gutachten durch Ablehnung des Sachverständigen zu beseitigen. Ähnlich R. **07** 516 Ziff. 1061 (KG.). b) **RG.** JW. **07** 266, EisenbE. **24** 49. Die in erster Instanz unterlassene Ablehnung eines Sachverständigen hindert nicht die Ablehnung in der Berufungsinstanz.

4. **RG.** R. **07** 1266 Ziff. 3156. Der Zweck dieser Bestimmung ist ersichtlich der, dem Richter nicht einen Sachverständigen, den er selbst für befangen erachtet, durch die höhere Instanz aufzuzwingen.

§ 408. R. **07** 258 Ziff. 515 (BayObLG.). Auch in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann der Sachverständige die Erstattung eines Gutachtens nur aus den gleichen Gründen ablehnen, aus denen der Zeuge das Zeugnis verweigern darf. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts, durch die es nicht für angemessen erachtet wird, einen Sachverständigen nach § 408 Abs. 1 Satz 2 ZPO. von der Pflicht zur Erstattung eines Gutachtens zu entbinden, kann mit der weiteren Beschwerde nicht angefochten werden.

§ 414. SächsOLG. **28** 550. Der Umstand, daß ein sachkundiger Zeuge die in seine Wissenschaft gestellten Wahrnehmungen zum Teil nur auf Grund seiner besonderen Fachkenntnisse gemacht hat, gibt ihm nicht die Eigenschaft eines Sachverständigen. Er hat daher auch nur gemäß § 401 ZPO. einen Anspruch auf Entschädigung für Zeitversäumnis und Erstattung der Reisekosten gemäß §§ 2, 6 ff. ZGebO. Ein Anspruch auf Vergütung für seine Mühewaltung nach § 413 ZPO. steht ihm nicht zu.

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

Vorbemerkung: Besonderer Beachtung sei die Entscheidung zu §§ 426, 427 empfohlen.

§ 415. 1. Wegen des Begriffs der Behörde vgl. Friederichs, PrVerwBl. 28 41 ff., 58 ff. und wegen der Frage, ob württembergische Kommunalsparkassen (Gemeinde- und Oberamtssparkassen) selbständige öffentliche Behörden sind, Letzgus, WürttJ. **19** 211.

2. NaumburgAK. **07** 87 (Posen). Durch die Bestätigung der Zustellung auf einer Privaturkunde und durch den Beglaubigungsakt auf deren Abschrift wird dem Schriftstücke nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde gegeben.

3. **RG.** R. **07** 384 Ziff. 792. Bezieht die beweispflichtige Partei sich auf den Inhalt von Vorprozeßakten und ist ausweislich des Urteilstatbestandes aus diesen Akten der Verlauf des Rechtsstreits und die Begründung des Urteils im allgemeinen vorgetragen worden, so kann die Partei, da es ihre Sache ist, zum Beweise der von ihr aufgestellten Behauptungen die einzelnen Urkunden, mit denen sie Beweis antreten will, unter kurzer mündlicher Angabe ihres Inhalts zu bezeichnen, dadurch sich nicht beschwert fühlen, daß das Berufungsgericht vom Fragerechte keinen Gebrauch gemacht, sondern lediglich nach dem Inhalte der Vorprozeßakten Beweisfälligkeit angenommen hat.

§ 416. 1. Kraus, BayRpflZ. **07** 346. Die formelle Beweisregel des § 416 ZPO. schließt Einwendungen nicht aus, daß aus materiellen Gründen der Urkunde keine oder keine volle Beweiskraft zukommt. Diese Einwendungen müssen aber so beschaffen sein, daß bei ihrem Nachweise nach Lage der Sache trotz der formell gültigen Urkunde die betreffende Erklärung keine oder doch nicht die von der Gegenpartei behauptete rechtliche Wirkung haben kann. Wer behauptet, daß ein bestimmter Teil einer Urkunde nicht der wirklichen Vereinbarung entspricht und daß die entsprechende Stelle nur versehentlich nicht gestrichen wurde, bestreitet nicht, daß formell der Nachweis der betreffenden Vereinbarung vorliegt, sondern er macht nur geltend, daß trotz der formell vorliegenden Einigung tatsächlich eine solche nicht vorliegt und auch nicht beurkundet werden sollte.

2. BayRpflZ. **07** 178 (Bamberg). Ein Gegenbeweis gegen die Beweiskraft der echten Privaturkunde nach § 416 ist undenkbar; denn könnte die einfache Behauptung des Ausstellers, daß der Inhalt der Urkunde seinem Willen nicht entspreche, gehört werden, so würde dadurch der Wert der Beurkundung vernichtet. Anders, wenn mündliche Nebenvereinbarungen behauptet werden. Hier ist zu unterscheiden zwischen schriftformbedürftigen Geschäften, wo Nebenabreden ungültig sind, und anderen, wo sie gültig sind, und wo der Gegenbeweis gegen den Inhalt der Urkunde zulässig ist, aber, weil die Vermutung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der schriftlichen Fixierung spricht, nur dann, wenn glaubhaft dargelegt werden kann, daß die Abreden neben dem schriftlichen Vertrage gelten sollten, obwohl sie nicht mit in die Urkunde aufgenommen wurden.

3. **RG.** R. **07** 835 Ziff. 1872. Ist in einem Kaufvertrage, durch welchen eine Stadtgemeinde ein Grundstück an einer Straße verkauft, als Kaufgegenstand zugleich eine in die Straße fallende Grundfläche aufgeführt, so ist allerdings die Stadtgemeinde für ihre Behauptung, daß die letztere Grundfläche nicht hat mitverkauft sein sollen, beweispflichtig. Soweit hierbei die Frage von Bedeutung ist, ob die in die Straße fallende Grundfläche als Zubehör des übrigen als verkauft bezeichneten Grundbesitzes angesehen worden ist, wird es im Zweifel als ausgeschlossen zu gelten haben, daß eine seit Jahrhunderten sich immer und unbestritten als Teil einer öffentlichen Straße darstellende Grundfläche im Privateigentum eines Anliegers gestanden haben soll. Auch ist zu berücksichtigen, daß ein allgemeiner Rechtssatz, daß Unkenntnis

eines Beamten über die Rechte des von ihm vertretenen Gemeinwesens diesem schadet, nicht anzuerkennen ist.

§ 418. OLG. **15** 139 (Colmar). Wertlosigkeit einer von einem elsaß-lothringischen Bürgermeister unter eine Privaturkunde gesetzten Unterschriftsbeglaubigung, ohne die Angabe, daß die Unterschriften in seiner Anwesenheit vollzogen worden seien.

§ 422. **RG.** R. **07** 256 Ziff. 501. Diese Vorschrift setzt voraus, daß dem Beweisführer ein zivilrechtlicher Anspruch auf Vorlage oder Herausgabe der Urkunde zusteht.

§§ 426, 427. BadRpr. **07** 246, R. **07** 1266 Ziff. 3157 (Karlsruhe). Durch die Verweigerung des nach § 426 ZPO. auferlegten Eides ist nur festgestellt, daß die Briefe des Beweisführers den von ihm behaupteten Inhalt gehabt haben, nicht aber, daß und wann sie dem Gegner zugegangen sind. Vgl. Gaupp-Stein Anm. II zu § 427 ZPO.

§ 438. Oberneck, DNotV. **07** 600 ff., befürwortet die Abänderung der zwischen Deutschland und Österreich-Ungarn abgeschlossenen Verträge dahin, daß die von den Notaren eines der Vertragsstaaten errichteten Urkunden zu ihrem Gebrauch und ihrer Beweiskraft im Inland einer weiteren Beglaubigung nicht bedürfen.

§ 440. Abs. 2. **RG. 64** 406, JW. **07** 53, SeuffA. **62** 426, R. **07** 898 Ziff. 2134. Erheblich für die Beweiskraft einer unterschriebenen Privaturkunde ist nach diesen Bestimmungen zunächst nur die Echtheit der Unterschrift, welche eine Vermutung für die „Echtheit" der über der Unterschrift stehenden Schrift mit sich bringt. Nach jedem vor der ZPO. in Deutschland geltenden Rechte knüpfte sich an die Echtheit der Unterschrift einer Privaturkunde die Vermutung, daß die darüber stehende Schrift mit dem Willen des Ausstellers dort stehe, und das ist auch unter dem Worte „Echtheit" gegen Ende des § 440 verstanden. Es ist also die Echtheit der über der Unterschrift stehenden Schrift auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß etwa feststeht, daß die letztere erst nachträglich von einem anderen hinzugefügt ist, oder daß der Aussteller bei der Leistung der Unterschrift nicht wußte, was er unterschrieb; sondern es muß nachgewiesen sein, daß diese Art der Herstellung der Urkunde nicht mit seinem Willen erfolgt sei. Dazu sind ganz bestimmte Behauptungen des Ausstellers in dieser Richtung erforderlich, die er im Bestreitungsfalle zu beweisen hat.

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

Vorbemerkung: Die Judikatur im Berichtsjahre war, wenn auch nicht besonders reichlich, doch inhaltlich sehr bemerkenswert.

§ 445. 1. (Vgl. JDR. **5** § 445 Ziff. 1.) **RG.** R. **07** 773 Ziff. 1705. Die Eideszuschiebung über die Kenntnis einer Tatsache ist nur zulässig, wenn die Tatsache selbst zugestanden oder anderweit erwiesen ist. Dagegen ist nach jener Richtung ein richterlicher Eid, auch ohne daß die Tatsache selbst feststeht, zulässig. Denn dieser ist an die engen Schranken des § 445 nicht gebunden und kann dazu dienen, dem Richter auf nur mittelbare Weise die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache zu verschaffen. Ebenso R. **07** 1267 Ziff. 3158 (Frankfurt).

2. Wegen Eideszuschiebung über hypothetische innere Tatsachen vgl. JDR. **5** § 445 Ziff. 2.

3. a) **RG.** R. **07** 640 Ziff. 1331. Die Eideszuschiebung darüber, daß jemand zu einer gewissen Zeit an Zuckerkrankheit gelitten und Schlaganfälle gehabt habe, ist unzulässig, da sie ein Urteil enthält; die Merkmale der Zuckerkrankheit wie die eines Schlaganfalls sind nicht so allgemein bekannt und nicht so augenfällig, auch für den Laien erkennbar, daß die Annahme gestattet wäre, es handle sich bei der Erkennung jener Erkrankungen lediglich um die allgemein, auch dem Laien mögliche

Wahrnehmung einer Tatsache im Sinne des § 445 ZPO. b) **RG.** R. **07** 1076 Ziff. 2607. Darüber, daß ein Unfall durch Trunkenheit verursacht sei, kann eine Eideszuschiebung nicht erfolgen, da es sich nicht um eine ohne weiteres wahrnehmbare Tatsache handelt, vielmehr zur Bejahung oder Verneinung jener Frage ein durch Schlußfolgerungen zu gewinnendes Urteil erforderlich ist. c) SchlHolstAnz. **07** 43 (Hamburg). Die Eideszuschiebung des Wechselakzeptanten darüber, daß er sein Akzept in einem Zustande sinnloser Trunkenheit erteilt habe, ist unzulässig.

4. a) R. **07** 1540 Ziff. 3849 (BayObLG.). Die Auflage des Eides über die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts ist unzulässig, wenn die Tatsachen bezeichnet sind, die den Schluß auf die Genehmigung zulassen. b) **RG.** R. **07** 189 Ziff. 345. Die Eideszuschiebung darf nicht dazu mißbraucht werden, um von dem Gegner durch Gewissenszwang erst diejenigen Tatsachen herauszuholen, welche der Zuschiebende zur Begründung seines Rechtsbehelfs zu behaupten hat. c) R. **07** 1267 Ziff. 3159 (Frankfurt). Zulässig ist die Eideszuschiebung dahin, daß eine Partei sich fortdauernd Vertragsverletzungen in größerem Maßstabe habe zuschulden kommen lassen, ohne Angabe irgendwelcher Anhaltspunkte für solche Verletzungen (nach Ort, Zeit, Umständen ꝛc.).

§ 446. **RG.** JW. **07** 520, SächsRpflA. **07** 556, R. **07** 980 Ziff. 2348. Ist ein für eine erhebliche Behauptung angetretener Zeugenbeweis abgelehnt, weil das Gericht, falls der Zeuge die Behauptung bestätigen sollte, der Aussage angesichts der vorliegenden Gegenbeweisgründe doch keinen Glauben beimessen würde, so kann eine Eideszuschiebung über denselben Beweissatz nur dann gemäß § 446 als unzulässig bezeichnet werden, wenn dargelegt wird, daß selbst unter der Voraussetzung, daß der vorgeschlagene Zeuge in der gedachten Richtung bekunden würde, nicht nur der unternommene Beweis nicht als erbracht anzusehen sei, sondern das Gegenteil noch als bewiesen zu gelten habe.

§ 451. 1. a) SchlHolstAnz. **07** 310 (Kiel). Eine Eideszuschiebung über Vermutungen ohne Beziehung auf bestimmte tatsächliche Vorgänge ist unzulässig (vgl. **RG.** JW. **98** 8, **90** 42, **96** 356, **03** 386). b) R. **07** 577 Ziff. 1187 (Frankfurt). Unzulässig ist die Eideszuschiebung darüber, daß in einem Wechsel ein bestimmtes Wort erst nachträglich hinzugefügt sei. Es hätte näher angegeben werden müssen, wer von den Wechselinhabern die Ergänzung vorgenommen haben soll; es ist die Möglichkeit vorhanden, daß sie von dem ersten Indossatar, als auch daß sie von den Nachmännern vorgenommen ist.

2. (Vgl. JDR. **5** § 451 Ziff. 3, 4). a) **RG.** SeuffBl. **07** 588, GruchotsBeitr. **51** 1064. Zwar ist die Eideszuschiebung über die allgemein gehaltene Behauptung, daß der Ehegatte mit nicht namhaft gemachten Personen des anderen Geschlechts Ehebruch getrieben habe, in der Regel nicht statthaft (vgl. z. B. **RG.** JW. **99** 606 Ziff. 1). Der Eid darf nicht als „Ausforschungseid" benutzt werden (G a u p p - S t e i n zu § 451 Ziff. I). Wenn aber unter besonderen Umständen das Gericht es für nötig erachtet, zur Beseitigung des gegen den Ehegatten bestehenden Verdachts des Ehebruchs, diesem einen richterlichen Eid in der allgemeinen Fassung aufzuerlegen, daß er innerhalb eines eng begrenzten Zeitraums den Beischlaf mit keiner anderen Person vollzogen habe, so ist in dieser Eidesnormierung keine Rechtsnormverletzung zu finden. b) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1092. Es genügt unter Umständen auch statt der Namensangabe derjenigen Person, mit der ein Geschlechtsverkehr behauptet wird, eine anderweite bestimmte Kennzeichnung.

3. **RG.** JW. **07** 484. Die Behauptung des Klägers, daß er die für sein Haus für gewisse Jahre zu entrichtenden Mietstempelbeträge in Höhe von x M. bezahlt habe, ist zu unbestimmt, als daß dem Vertreter des beklagten Fiskus (Provinzialsteuerdirektor) hierüber ein Eid, auch nur in Überzeugungsform, auferlegt werden könnte.

4. ElsLothNotZ. **27** 39 (Colmar). Der Beweis der Verwirklichung der unter den früheren Enregistrementsgesetzen errichteten Kreditverträge kann durch Eideszuschiebung an den Kreditnehmer geführt werden.

§ 453. 1. OLG. **15** 140 (Stuttgart). § 453 gilt auch im Falle des § 468 ZPO. und bei durch Beweisbeschluß auferlegten Eiden.

2. **RG.** JW. **07** 109 Ziff. 12. Wenn das Berufungsgericht annimmt, daß die Erhebung des neu angetretenen Beweises erfolglos bleiben werde, so liegt der Fall vor, wo der dem Kläger durch das Erstinstanzurteil auferlegte Eid nach § 453 Abs. 2 als zugeschoben gilt.

§ 454. RG. R. **07** 1540 Ziff. 3850. War in erster Instanz auf einen zurückgeschobenen Eid erkannt, und hatte das Berufungsgericht auf die Berufung der anderen Partei zunächst eine Beweisaufnahme angeordnet, so ist in der nach stattgehabter Beweisaufnahme erfolgten Erklärung dieser Partei, daß sie nunmehr den in erster Instanz zugeschobenen Eid annehme, eine nach § 454 Abs. 2 ZPO. zulässige Zurücknahme der Eideszuschiebung zu finden, und es unterliegt daher keinem prozessualen Bedenken, wenn nunmehr auf den zugeschobenen Eid erkannt wird.

§ 457. *W a l s m a n n , ACivPr. **102** 147 ff. Bindende Erklärungen über den zugeschobenen Eid sind außer dem Falle des § 457 (Irrtum im Motiv) anfechtbar bei Irrtum im Erklärungswillen, z. B. beim Versprechen, und bei Irrtum im Erfolgswillen, z. B. der Erklärende hat die Eidesworte falsch verstanden, zwei Eide verwechselt u. dgl. Gleiches gilt für die Eidesverweigerung. Nach Rechtskraft des Urteils oder Leistung des Eides ist die Anfechtung ausgeschlossen.

§ 458. RG. 65 57, R. **07** 898 Ziff. 2135. Die im § 458 als Regel anerkannte Unzulässigkeit des Widerrufs der Zurückschiebung des Eides hat zur Voraussetzung, daß die tatsächliche Behauptung, über die der Eid zugeschoben worden ist, im wesentlichen unverändert bleibt.

§ 459. HessRspr. **8** 21 (AG. Mainz). Der Antrag des Schwurpflichtigen, ihn den Eid, statt ganz in Wahrheitsform, teils in Überzeugungs-, teils in Wahrheitsform schwören zu lassen, ist unzulässig.

§ 461. 1. **a)** M e y e r , R. **07** 437, warnt die Gerichte davor, außerhalb der im § 461 ausdrücklich vorgesehenen Fälle Eide durch Beweisbeschluß aufzuerlegen. **b)** W i t t i c h , R. **07** 1248, führt aus, daß nach heutigem Rechte das Gericht in vielen Fällen die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß anordnen könne, ohne die ausdrückliche Zustimmung der Parteien hierzu einholen zu müssen. In vielen Fällen gebe die Partei durch die Eideszuschiebung über bestimmte Tatsachen ihr Einverständnis mit der Erheblichkeit des Eides und seiner Norm zu erkennen und wenn sie trotzdem ihr Einverständnis bestritte, so würde dies sinnlos und schikanös sein. **c)** Hiergegen M e y e r , R. **07** 1384, mit der Ausführung, daß in Zuschiebung und Annahme eines Eides kein Einverstandenerklären mit Norm und Erheblichkeit des Eides liege. Ebenso M e y e r , SeuffBl. **07** 1074.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 828. Der über den Abschluß eines Vertrags, aus dem der Beklagte eine zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung ableitet, zugeschobene Eid kann durch Beweisbeschluß auferlegt werden, da er über die Grundlage eines einzelnen selbständigen Verteidigungsmittels, nämlich des Einwandes der Aufrechnung zugeschoben ist.

3. **RG.** JW. **07** 518 Ziff. 23. Ist ein Eid, der den ganzen Klaganspruch erledigt, durch Beweisbeschluß auferlegt worden, so ist dies unzulässig. Der Mangel ist aber heilbar. Wenn er daher nicht in der nächsten mündlichen Verhandlung gerügt wird, so kann er in der Berufungsinstanz nicht mehr geltend gemacht werden.

§ 463. 1. M e y e r , SeuffBl. **07** 1073. Im Gegensatze zu **RG. 53** 39 ist anzunehmen, daß die Einigung über Norm und Erheblichkeit eines Eides eine Prüfung der Frage nach der Beweislast n i c h t unnötig macht. ➠ In einem praktischen

Falle hat das AG. Leipzig so entschieden. Red. ←✱ Wenn daher das Berufungsgericht findet, daß die Anordnung der Eidesleistung auf falscher Verteilung der Beweislast beruht, so verliert die Eidesleistung ihre Wirkung, soweit es sich um die formale Beweisregel des § 463 ZPO. handelt.

2. a) **RG.** R. **07** 1411 Ziff. 3567. Wird ein Eid, der in erster Instanz unzulässigerweise durch Beweisbeschluß auferlegt und geleistet ist, auch vom Berufungsgerichte für erheblich erachtet, so ist mit Rücksicht auf die Tatsache, daß der Eid geleistet ist, davon abzusehen, den Eid durch bedingtes Endurteil nochmals zum Erkenntnisse zu stellen. **b)** OLG. **15** 144, HansGZ. **07** Beibl. 204 (Hamburg). Wird, § 477 Abs. 3 ZPO. zuwider, der richterliche Eid durch Beweisbeschluß auferlegt und geleistet, ohne daß Rüge nach § 295 ZPO. erfolgt, so ist § 463 ZPO. nicht anwendbar. Aber die Tatsache der Eidesleistung kann die richterliche Überzeugung von der Wahrheit des Beschworenen bewirken.

3. **RG.** LeipzZ. **07** 828. Die Bestimmung des § 463 Abs. 1 ZPO., wonach durch Leistung des Eides voller Beweis der beschworenen Tatsache begründet wird, ist schon wegen ihrer formellen Natur in ihrer Wirkuug auf den Inhalt der Eidesleistung zu beschränken.

4. OLG. **15** 141 (Breslau). Widerspricht der Gegner des Schwurpflichtigen der Eidesabnahme, weil dieser geisteskrank sei, so ist dies ohne Bedeutung, wenn das Gericht die Überzeugung vom Gegenteile hat.

§ 464. **a)** PosMSchr. **07** 169 (Königsberg). Die Erklärung des Schwurpflichtigen: „diesen Eid kann ich nicht leisten" muß aus dem Zusammenhange seiner Erklärungen verstanden werden, und bedeutet nicht notwendig eine schlüssige Eidesverweigerung. **b)** R. **08** (Beibl. 2) 21 Ziff. 123 (Breslau). Der Eid gilt dann schlechthin als verweigert, wenn der Eidespflichtige im zur Eidesleistung bestimmten Termine durch den Prozeßbevollmächtigten erklären läßt, den Eid mit einer Abänderung, die er jedoch nicht einmal der Prüfung unterbreitet, leisten zu wollen. **c)** R. **07** 516 Ziff. 1062 (KG.). Eine Verweigerung der Eidesleistung, welche vor dem Eidesleistungstermin in einer an das ersuchte Gericht gerichteten Eingabe erklärt wird, hat die Folge des § 464 Abs. 2. Die Verweigerung der Leistung eines den beiden Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft auferlegten Eides kann gegenüber dem ersuchten Gericht auch in einer Eingabe erklärt werden, welche unter der Firma der Gesellschaft von einem Vorstandsmitglied und einem zusammen mit ihm zur Vertretung der Gesellschaft befugten Prokuristen unterzeichnet ist. **d)** R. **07** 1267 Ziff. 3160, BauersZ. **15**2 (KG.). Erscheint im Schwurtermine vor einem beauftragten Richter der Eidespflichtige nicht, erklärt er vielmehr vorher schriftlich, daß er von der Eidesleistung absehe, so ist der Eid als verweigert anzusehen, auch bei nachträglichem Erbieten zur Eidesleistung.

§ 465. PosMSchr. **07** 77, SeuffA. **62** 428 (Posen). Der Schwurpflichtige hat keinen Anspruch auf Innehaltung der Ladungsfrist (vgl. oben zu § 217 ZPO.).

§ 466. RheinA. **104** I 66 (Düsseldorf). Die Frist des § 466 ZPO., innerhalb deren der Schwurpflichtige die nachträgliche Eidesabnahme beantragen kann, läuft vom Schwurtermine, nicht aber von dem Zeitpunkt ab, wo der Gegner beantragt, den Eid als verweigert anzusehen.

§ 468. R. **07** 189 Ziff. 346 (KG.). Erscheint der Schwurpflichtige in dem zweiten zur Eidesleistung bestimmten Termine bei Aufruf nicht und beantragt der Gegner darauf, den Eid als verweigert anzusehen, so ist die in den §§ 465, 468 vorgesehene Rechtsfolge der Versäumung des Eidestermins, daß der Eid als verweigert gilt, gemäß § 231 Abs. 2 endgültig eingetreten. Das nachträgliche Erscheinen des Schwurpflichtigen im Termin ist auf diese Rechtsfolge einflußlos.

§ 469. 1. OLG. **15** 142, BadRpr. **07** 38 (Karlsruhe), bestätigt vom **RG.** Bad. Rpr. **07** 38.

2. R. **07** 773 Ziff. 1706 (Stuttgart). Hat das Gericht erster Instanz einen von ihm durch rechtskräftiges Urteil auferlegten Eid unter fälschlicher Nichtanwendung des § 469 ZPO. für verweigert erklärt und demgemäß das bereinigende Urteil erlassen, so kann auf die gegen dieses Urteil erhobene Berufung das Berufungsgericht immer noch den beschränkten Eid abnehmen und sodann die in dem eidbedingten Urteile vorgesehenen Folgen der Eidesleistung aussprechen.

3. OLG. **15** 142 (Karlsruhe). Die Änderung der Eidesnorm ist zulässig, wenn sie nur unerhebliche Umstände betrifft und der Schwerpunkt des Eides nicht verschoben wird. — Die Parteien können nicht willkürlich die an die Eidesleistung geknüpften urteilsmäßigen Folgen durch eine beliebige Vereinbarung mit der Wirkung ändern, daß das Gericht im Läuterungsurteile diese gewillkürten Folgen auszusprechen hätte.

§ 471. 1. OLG. **15** 143 (Hamburg). § 471 findet Anwendung auf ein rechtskräftiges bedingtes Endurteil.

2. SeuffA. **62** 336 (Augsburg). Wenn nach der Zurückweisung der Berufung gegen ein bedingtes Urteil der Schwurpflichtige stirbt, und die Erben den Rechtsstreit aufnehmen wollen, so ist das Erstinstanzgericht zuständig.

§ 473. ElsLothNotZ. **07** 313 (Colmar). Aus den Grundsätzen des § 473 Abs. 2 ist zu folgern, daß ein Sechzehnjähriger zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung gemäß §§ 2356, 2357 BGB. nicht für fähig zu erachten ist; er bleibt hinsichtlich einer solchen Versicherung vertretungsbedürftig (ebenso Freudenthal, R. **07** 1506).

§ 475. (Vgl. JDR. **5** zu § 475.) **RG.** PucheltsZ. **07** 331, R. **07** 517 Ziff. 1063. Wenngleich die Berücksichtigung der Beweislast bei der Entschließung des Gerichts, welcher Partei ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei, nicht überhaupt für ausgeschlossen zu erachten ist, so darf die Beweislast doch als wesentliches und allein ausschlaggebendes Moment für die Auferlegung des richterlichen Eides nicht in Betracht gezogen werden; maßgebend muß hierfür in erster Reihe bleiben, welcher Partei nach der Sachlage, nach der Stärke des erhobenen Beweises, nach den persönlichen Verhältnissen die größere Überzeugungskraft beigelegt wird.

§ 477. 1. (Vgl. zu § 463 Ziff. 2.) OLG. **15** 143 (Dresden). Erscheint es dem Gericht angemessen, an Stelle des unzulässigerweise durch Beweisbeschluß angeordneten und auch geleisteten Eides derselben Partei ebendenselben Eid als richterlichen anzuvertrauen, so ist auf eine nochmalige Eidesleistung nicht zuzukommen.

2. (Vgl. JDR. **5** § 445 Ziff. 2.) **RG. 65** 399, 406, R. **07** 1209 Ziff. 2986. Ein richterlicher Eid darüber, daß der Schwurpflichtige ohne eine ihm vom Gegner gewordene Auskunft einen bestimmten Vertrag nicht abgeschlossen haben würde, ist nicht zu beanstanden.

Elfter Titel. Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§§ 485 ff. 1. Meyer, Die Kosten der Sicherung des Beweises, R. **07** 11 ff. Die Kosten der Sicherung des Beweises hat vorläufig der Antragsteller auszulegen; erwachsen dem Gegner des Beweisführers Kosten, so muß dieser sie vorläufig tragen. Die Auslagen, welche der Beweisführer und der Gegner gemacht haben, gehören zu den Kosten des Rechtsstreits; dabei macht es keinen Unterschied, ob der Antrag auf Beweissicherung vor oder nach der Klagezustellung gestellt ist. Die Kosten der Sicherung des Beweises gehören auch dann zu den Prozeßkosten, wenn von der Beweisaufnahme im Prozesse kein Gebrauch gemacht ist. Wenn nach § 96 im Urteile die Kosten eines erfolglosen Angriffs- oder Verteidigungsmittels der in der Hauptsache obsiegenden Partei auferlegt sind, so versteht sich von selbst, daß, wenn die obsiegende Partei die Kosten der Sicherung des Beweises liquidiert, sie abzu-

setzen sind, wenn der Beweis mit dem erfolglosen Angriffs- oder Verteidigungsmittel im Zusammenhange steht. Liquidiert die Partei, gegen welche ein erfolgloses Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend gemacht ist, dessen Kosten der Gegenpartei auferlegt sind, die Kosten der Sicherung des Beweises, so sind diese Kosten nur festzusetzen, wenn die Beweisaufnahme mit dem verworfenen Angriffs- oder Verteidigungsmittel in Zusammenhange steht. Der Zusammenhang des Verfahrens mit dem Hauptprozesse muß geprüft werden, besonders wenn die Beweisaufnahme vor Beginn des Prozesses stattgefunden hat. Die Pflicht zur Erstattung der Kosten liegt auch im Falle des § 494 vor. Die Prüfung der Notwendigkeit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Verteidigung (§ 91) muß sich auf die Erheblichkeit der Tatsachen erstrecken, denn diese wird bei der Beweisantretung zur Sicherung des Beweises nicht geprüft.

2. **RG.** R. **07** 1411 Ziff. 3565. Die Zurücknahme eines Beweissicherungsantrags — die für die Frage der Unterbrechung der Verjährung aus §§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 2 BGB. gemäß § 212 BGB. von Bedeutung ist — kann in entsprechender Anwendung des § 271 Abs. 2 ZPO. nur in der Weise erfolgen, daß in einer über das Gesuch etwa angeordneten mündlichen Verhandlung der Antragsteller die Zurücknahme erklärt, oder daß dem Gericht entweder zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder in einem eingereichten Schriftsatze die Zurücknahme erklärt wird; die Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner kommt hier nicht in Frage, da auch das Gesuch wegen Sicherung des Beweises nicht, wie die Klage, durch eine solche Zustellung, sondern nach § 486 Abs. 1 ZPO. entweder durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder durch Einreichung eines Schriftsatzes angebracht wird. Eine stillschweigende Zurücknahme des Antrags auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises gibt es dagegen ebensowenig, wie es eine stillschweigende Zurücknahme der Klage gibt.

3. OLG. **15** 146 (KG.). Verfolgung des Kostenerstattungsanspruchs im Festsetzungsverfahren, wenn das Ergebnis der Beweissicherung im Prozesse benutzt worden ist, anderenfalls durch besonderen Prozeß.

§ 485. 1. OLG. **15** 145 (KG.). Der Umstand allein, daß der Zeuge 76 Jahre alt ist, genügt nicht.

2. OLG. **15** 145 (KG.). Ebensowenig, daß die Vernehmung im Auslande würde erfolgen müssen.

§ 486. OLG. **15** 145 (KG.). Es ist kein Unterschied, ob die Beweissicherung für klagebegründende Tatsachen oder für Einredetatsachen verlangt wird.

§ 494. Auerbach, DJZ. **07** 651 ff., empfiehlt Einfügung eines § 494 a mit folgendem Inhalte: In allen vermögensrechtlichen Streitigkeiten über einen höheren Wert als 1000 M. sowie in allen Ehesachen kann der Kläger vor Anstellung der Klage die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen über den Gegenstand des anzustrengenden Rechtsstreits beantragen. Der Antrag ist an das Amtsgericht des Bezirks zu stellen, in welchem die Zeugen und Sachverständigen wohnhaft sind. Dem Antrage muß entsprochen werden, wenn sich aus seiner Begründung glaubhaft ergibt, daß der Ausfall der Vernehmung von wesentlicher Bedeutung für die Frage ist, ob der Rechtsstreit geführt werden kann und soll. Die Vernehmung erfolgt uneidlich. Dieses Antragsrecht steht auch demjenigen zu, der einen Klaganspruch zu gewärtigen oder bereits die Klage zugestellt erhalten hat, falls noch kein Termin zur mündlichen Verhandlung stattgefunden hat.

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

§ 500. Krückmann, DJZ. **07** 583 f., empfiehlt als Zusatz zu § 500 ZPO.: Bei Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirten und allen sonstigen im GVG. § 23 Ziff. 2 Abs. 3 aufgezählten Streitigkeiten ist auf Antrag einer Partei gegen

entsprechende Sicherheitsleistung wegen der Kosten ein sofortiger Termin abzuhalten. Die Klage wird durch mündlichen Vortrag in dem Termin erhoben, und der Beklagte hat keinen Anspruch auf eine Einlassungsfrist. Wenn die Beweiserhebung es nötig macht, hat das Gericht den Termin außerhalb des Gerichtsgebäudes abzuhalten. Die Landesjustizverwaltung hat zu bestimmen, in welchem Umfang und an welchen Orten dies Verfahren zulässig ist.

§ 505. 1. **RG.** R. **07** 384 Ziff. 793. Durch das rechtskräftige Urteil des Amtsgerichts aus § 505 ist die Frage der Zulässigkeit der Revision nicht erledigt, letztere ist vielmehr von dem RG. selbständig zu prüfen.

2. Jacobsohn, JW. **07** 321, empfiehlt als § 505 a einzufügen: Die Anfechtung eines Urteils des AG. über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswert die Summe von 100 M. nicht übersteigt, durch Berufung findet nicht statt. Dagegen findet sofortige Beschwerde entsprechend § 99 Abs. 3 ZPO. statt.

§ 506. 1. **RG.** R. **07** 384 Ziff. 794. Ist der ursprüngliche Antrag der bei dem Amtsgericht erhobenen Klage durch das über die letztere erlassene amtsgerichtliche Teilurteil vollständig erledigt und lediglich die Widerklage des Beklagten durch das Amtsgericht gemäß § 506 an das Landgericht verwiesen, so ist für eine Erweiterung oder Abänderung der Klage hier kein Raum, vielmehr kann nur eine neue Klage, die den Formvorschriften des § 253 entspricht, erhoben werden.

2. NaumburgAK. **07** 61 (Naumburg). Wenn das Amtsgericht den Rechtsstreit unter irriger Anwendung des § 506 an das Landgericht verwiesen hat, ohne eine vorher gegen seine örtliche Zuständigkeit erhobene prozeßhindernde Einrede zu erledigen, so ist der Beschluß unanfechtbar (vgl. GruchotsBeitr. **44** 199 f., SeuffA. **61** 117 Ziff. 68, 336 Ziff. 189).

3. BadRpr. **07** 303 (Karlsruhe). Der Beschluß nach § 506 ZPO. ergeht nicht gebührenfrei; vielmehr ist er eine Entscheidung im Sinne des § 18 Ziff. 3 GKG.

§ 510. *v. Amelunxen, ZBlFG. **7** 561 ff. Das Verfahren des § 510 setzt eine Klagabsicht (einen latenten Prozeß) voraus. Den Mißbrauch dieses Verfahrens zu rein rechtsgeschäftlichen Zwecken (Umgehung der Formen des bürgerlichen Rechtes) soll der Prozeßrichter durch Prozeßabweisung verhindern. Er ist zur Prüfung der Prozeßvoraussetzungen und zur Ausübung des Fragerechts verpflichtet (vgl. oben zu § 307 Ziff. 1 b).

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung.

Vorbemerkung: Literatur ist, von kleineren Aufsätzen abgesehen, nicht zu verzeichnen. Die Entscheidungen zu § 536 Ziff. 1 sind sehr beachtlich.

Vor § 511. **RG.** R. **07** 454 Ziff. 908. Für die Frage, ob und welches Rechtsmittel gegen eine Entscheidung gegeben ist, kommt es nicht darauf an, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlaß der betreffenden Entscheidung vorliegen, sondern darauf, welche Art von Entscheidung der Richter hat erlassen wollen und nach dem entscheidenden Teile und den Gründen tatsächlich erlassen hat.

§ 511. a) BayRpflZ. **07** 153 (Bamberg). Ist bei einer gegen den Aussteller und den Akzeptanten erhobenen Wechselklage gegen den einen Versäumnis-, gegen den anderen bedingtes Endurteil ergangen, so steht dem Kläger nicht die Berufung zu, soweit es sich um den durch das Versäumnisurteil verurteilten Streitgenossen handelt. b) R. **07** 64 Ziff. 66 (Cöln). Ist durch landgerichtliches Urteil die Ehe gegen den Beklagten geschieden und dieser für den allein schuldigen Teil erklärt, dagegen der Antrag des Beklagten, auch die Klägerin für den schuldigen Teil zu erklären,

zurückgewiesen, so ist eine Berufung des Beklagten lediglich hinsichtlich dieses zurückgewiesenen Antrags jedenfalls dann zulässig, wenn die Frage der Mitschuld der Klägerin nach Lage der Sache eine selbständige Prüfung zuläßt, und ein Widerspruch zwischen der Entscheidung über den Hauptantrag und der noch zu treffenden Entscheidung, mag diese nun im Sinne des Beklagten ausfallen oder nicht, ausgeschlossen ist. c) OLG. **15** 147 (Stuttgart). Keine Berufung gegen Urteile von Landgerichten, die in einer daselbst anhängigen Berufungssache über Arrestanträge ergehen. **d) RG.** RheinA. **104** II 263. Die Berufung gegen das eine einstweilige Verfügung anordnende Urteil ist zulässig, auch wenn vor der Berufungseinlegung der Streit über sie an sich erledigt war.

§ 513. DJZ. **07** 368 (LG. Berlin I). Dem Beklagten steht gegen das Versäumnisurteil, durch welches sein Einspruch gegen ein früheres Versäumnisurteil verworfen worden ist, das Rechtsmittel der Berufung nicht deshalb zu, weil seinem Prozeßbevollmächtigten die Einspruchsschrift nebst Zustellungsurkunde erst nach dem Termine zugegangen ist (vgl. zu § 335 ZPO.).

§ 514. *Walsmann, AZivPr. **102** 184 f. Der Verzicht auf das Rechtsmittel kann wegen Irrtums angefochten werden.

§ 515. 1. *Walsmann, AZivPr. **102** 183 f. Die Zurücknahme der Berufung kann wegen Irrtums angefochten werden. AA. RheinA. **104** I 175 (Düsseldorf).

2. DJZ. **07** 488, R. **07** 773 Ziff. 1708 (Dresden). Als Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten im Sinne des § 515 ist ungeachtet der bloß die Gebührenfrage regelnden Vorschriften des § 9 GKG. und der §§ 16, 17 RAGebO. noch nicht das Verlesen des Antrags des Berufungsbeklagten auf Zurückweisung der Berufung anzusehen. Zwar wird nach § 137 Abs. 1 die Verhandlung damit eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen; eine Einlassung auf die Klage bzw. Berufung hat damit aber noch nicht begonnen. Der Ausdruck „Verhandlung" statt „Verhandlung zur Hauptsache" (§ 271 Abs. 1) ist nur deswegen gewählt, weil sich die Berufungsbeschwerden unter Umständen nur auf prozessuale Punkte beschränken können.

3. PosMSchr. **07** 8, OLG. **15** 148, SeuffA. **62** 238, R. **07** 703 Ziff. 1469 (Posen). Die außergerichtlich von der Partei selbst erklärte Berufungszurücknahme hat keine unmittelbar prozeßrechtliche Wirkung, sondern gibt nur dem Gegner das Recht, die formelle Zurücknahme der Berufung (durch den Anwalt) zu verlangen.

4. Urteil gemäß Abs. 3. **a) RG.** JW. **07** 310. Dieses Urteil hat, soweit es den Unterlegenen seines Rechtsmittels für verlustig erklärt, nur deklaratorische Bedeutung. Das erstinstanzliche Urteil erlangt die Rechtskraft schon durch die Zustellung des die Zurücknahme der Berufung erklärenden Schriftsatzes, nicht erst durch den Erlaß des Urteils nach Abs. 3. Ebenso **RG.** JW. **07** 393, HansGZ. **07** Beibl. 304 (Hamburg). **b) RG.** DJZ. **07** 882, R. **07** 775 Ziff. 1721. Nach der Zurücknahme einer Berufung kann in einem etwa noch anstehenden Verhandlungstermine nicht mehr über Einwendungen, welche den nunmehr durch das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig festgestellten Anspruch betreffen, verhandelt werden, auch nicht mit Zustimmung des Gegners. Durch die Zurücknahme der Berufung hat vielmehr, gleichviel, ob die Zurücknahme auf Grund einseitiger Entschließung erfolgt ist, oder auf Parteiabkommen beruht, die Gegenseite das formelle Recht erlangt, ein Urteil gemäß § 515 Abs. 3 ZPO. zu erhalten. Eine Einwendung, welche zwischenzeitlich und vor Erlaß dieses Urteils entstanden ist, fällt daher nicht unter die Bestimmung im § 767 Abs. 2 ZPO. c) BadRpr. **07** 314 (Karlsruhe). Eine unzulässig eingelegte Berufung (gegen ein gewöhnliches Zwischenurteil) kann nicht mit der im § 515 Abs. 3 ZPO. bezeichneten Wirkung zurückgenommen werden. Ähnlich OLG. **15** 150 (Hamburg).

§ 516. R. **07** 257 Ziff. 503 (Frankfurt). Die Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung einer Berufungsschrift ist keine dem Anwaltszwang unterliegende Prozeßhandlung, kann daher auch von einem Substituten des Anwalts der Instanz vorgenommen werden.

§ 518. 1. a) **RG.** BayRpflZ. **07** 16. Die Zustellung des Urteils an den Nebenintervenienten setzt die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf. **b)** **RG.** R. **07** 1267 Ziff. 3162. Wenn in der Rechtsmittelschrift das Datum des Erlasses des angefochtenen Urteils fehlt, dieses aber im übrigen so bezeichnet ist, daß die Identität nicht zweifelhaft ist, so ist dem Erfordernisse der Bezeichnung des angefochtenen Urteils genügt.

2. BayObLG. 8 155 (BayObLG.). Die gegen ein Teilurteil eingelegte Berufung erstreckt sich nicht ohne weiteres auf die auf Grund des Teilurteils in dem späteren Endurteile getroffene Kostenentscheidung (vgl. Ziff. I 6 zu § 99 ZPO.).

§ 521. (Vgl. JDR. **5** § 521.) 1. **RG.** VI SächsRpflA. **07** 380, R. **07** 577 Ziff. 1188. Für die Anschließung des Berufungsbeklagten ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben; ihr Wesen liegt vielmehr in dem Antrage, mit dem der Berufungsbeklagte erkennbar eine Abänderung der Entscheidung über die von der Gegenseite gewollte Grenze hinaus begehrt (ebenso **RG.** VI R. **07** 773 Ziff. 1709).

2. **RG.** R. **07** 1541 Ziff. 3852. Hat der mit seiner Klage abgewiesene Kläger Berufung eingelegt, so kann der Berufungsbeklagte, sofern er nicht in zulässiger Weise Widerklage erhoben hat, nicht im Wege der Anschlußberufung begehren, daß das Berufungsgericht die Klage zu einem höheren Betrag, als im Klagantrage genannt ist, abweise.

§ 522. WürttRpflZ. **1** 39 (Stuttgart). Eine innerhalb der Berufungsfrist zugestellte Anschlußberufungserklärung gilt im Falle der Berufungszurücknahme nicht als selbständige Berufung.

§ 525. 1. **RG. 64** 315, R. **07** 703 Ziff. 1470. Auch im Ehescheidungsverfahren gilt die Vorschrift, daß vor dem Berufungsgerichte der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von neuem verhandelt wird.

2. BayRpflZ. **07** 459 (Nürnberg) s. o. Ziff. 3 zu § 1312 BGB.

§ 526. **RG.** R. **07** 703 Ziff. 1471. Daraus, daß im Tatbestande des Berufungsurteils der Tatbestand erster Instanz nicht ausdrücklich als vorgetragen bezeichnet wird, ist nicht zu schließen, daß er auch nicht vorgetragen worden ist. Eine Verletzung des § 526 liegt nur dann vor, wenn ein erheblicher Inhalt des Tatbestandes erster Instanz vom Berufungsgericht übergangen ist.

§ 527. (Vgl. zu §§ 264, 268 ZPO.) **a)** **RG.** III SeuffBl. **07** 200. Der Einwand der Klagänderung schlägt durch, wenn ein zwar in der Klageschrift enthaltener, aber in der mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht vorgetragener Klagegrund in der Berufungsinstanz geltend gemacht wird. Ganz ähnlich **RG.** III R. **07** 1327 Ziff. 3343, **RG.** VII R. **07** 577 Ziff. 1191. **b)** **RG.** IV R. **07** 577 Ziff. 1192. Hat der erste Richter eine nicht als Vertragsklage erhobene Klage auch als Vertragsklage sachlich geprüft, so hindert dies nicht, daß es eine Klagänderung ist, wenn in der Berufungsinstanz der Kläger die Klage auch auf den Klagegrund des Vertrags stützt. **c)** BadRpr. **07** 287 (Karlsruhe). Die Einrede der Klagänderung schlägt durch, wenn der Kläger in zweiter Instanz seinem Anspruch, der in erster Instanz lediglich auf eine formlose Bürgschaftserklärung gestützt war, fürsorglich dadurch Eingang zu verschaffen versucht, daß er geltend macht, diese Erklärung sei durch einen späteren Brief des Beklagten wiederholt worden, es liege also ein in der gehörigen Schriftform bestätigtes Bürgschaftsversprechen vor.

§ 528. **a)** R. **07** 577 Ziff. 1193 (Breslau). Die ausschließliche Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts ist in der Berufungsinstanz selbst von Amts wegen zu berücksichtigen, auch wenn in erster Instanz der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Sache verhandelt hat (ebenso JDR. **5** § 528). **b)** PucheltsZ.

07 201, RheinA. **104** I 89 (Düsseldorf). Der Einwand der Zuständigkeit des Gewerbegerichts ist unverzichtbar, er kann noch in der Berufungsinstanz erhoben werden.

§ 529. 1. SeuffBl. **07** 661 (BayObLG.). § 529 findet auch dann Anwendung, wenn neue Tatsachen in der Berufungsinstanz, in welche die Sache vom Revisionsgerichte zurückverwiesen wurde, geltend gemacht werden.

2. **RG.** JW. **07** 482 Ziff. 19. Es ist vom RG. schon wiederholt ausgesprochen worden, daß es im allgemeinen zulässig ist, daß der Kläger, auch wenn in erster Instanz völlig nach seinem Antrag erkannt wurde, mittels der Anschließung an die vom Beklagten eingelegte Berufung in zweiter Instanz seinen Klagantrag im Rahmen von § 268 Ziff. 2, 3 und § 529 ZPO. erweitert. Dies gilt auch bei einem über den Grund des Anspruchs nach § 304 ergangenen Zwischenurteile.

3. a) R. **07** 1541 Ziff. 3854 (Hamburg). Die Bestimmung, daß in der Berufungsinstanz keine neuen Ansprüche erhoben werden dürfen, hindert nicht, Gegenforderungen in der Berufungsinstanz retentionsweise geltend zu machen. Denn damit werden keine neuen „Ansprüche" erhoben, sondern der Beklagte verteidigt sich nur gegen die bedingungslose Geltendmachung des klägerischen Anspruchs. b) **RG. 63** 402, SeuffA. **62** 210. Minderungsansprüche sind keine Ansprüche im Sinne des Abs. 2 (vgl. JDR. **5** § 529 Ziff. 3).

4. a) **RG.** R. **07** 1076 Ziff. 2608. Ist eine Aufrechnungseinrede auf Grund des § 529 Abs. 3 ZPO. zurückzuweisen, so ist eine sachliche Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung, selbst wenn diese zur Entscheidung reif ist, vorerst unzulässig. Die Entscheidung über den Klaganspruch hat vielmehr ohne Rücksicht auf die Gegenforderung zu erfolgen, und die Geltendmachung der letzteren ist für einen späteren Prozeßabschnitt, das sog. Nachverfahren, vorzubehalten. b) R. **07** 1541 Ziff. 3853 (Braunschweig). Der Zurückweisung des Gegenanspruchs unter Vorbehalt nach § 540 bedarf es nicht, wenn der aufrechnend geltend gemachte Anspruch sich ohne weiteres oder deshalb als unbegründet darstellt, weil das Berufungsgericht in die Lage gebracht ist, ihn schon aus einem anderen Gesichtspunkte zu prüfen.

§ 533. **RG.** JW. **07** 518, R. **07** 1327 Ziff. 3344. Für die Frage, ob die Entscheidung, durch welche eine Eidesleistung angeordnet worden ist, für gerechtfertigt zu erachten ist, ist nachzuprüfen: die Erheblichkeit des Eides, die Beweislast, die Zulässigkeit der Eideszuschiebung, die Richtigkeit und Sachgemäßheit der Eidesnorm, sowie gegebenenfalls die Zulässigkeit der Auflage durch Beschluß, sofern nicht ein etwaiger Mangel nach dieser Richtung gemäß § 295 ZPO. als geheilt zu erachten ist. Anlangend die Richtigkeit und Sachgemäßheit der Eidesnorm kommt es aber lediglich auf den Sachvortrag der Parteien zur Zeit der Anordnung der Eidesleistung an. Nicht zu berücksichtigen ist eine spätere abgeänderte Sachdarstellung. Hat daher der Beklagte, der in erster Instanz den vom Kläger behaupteten Darlehnsempfang und Zinsversprechen bestritt, den ihm über beide Tatsachen zugeschobenen und demnächst gerichtsseitig auferlegten Eid geweigert, so kann er die gemäß § 464 ZPO. sich ergebenden Folgen der Eidesweigerung in zweiter Instanz nicht dadurch beseitigen, daß er, indem er weiterhin lediglich das Zinsversprechen bestreitet, geltend macht, die Eidesnorm sei unsachgemäß gewesen, insofern die Tatsachen des Darlehnsempfanges und des Zinsversprechens nicht in einen Eid hätten zusammengefaßt werden dürfen, vielmehr zwei getrennte Eide hätten normiert werden müssen.

§ 535. 1. *Fuchs, R. **07** 173 ff. Ist das Protokoll über die Verkündung des angefochtenen Urteils vom Vorsitzenden nicht unterschrieben, so ist das Berufungsgericht berechtigt und verpflichtet, das Protokoll dem Vorsitzenden des erstinstanzlichen Gerichts vorzulegen mit dem Anheimgeben, es nachträglich zu unterschreiben. Das Gericht ist daran nicht deshalb gehindert, weil es sich bei der Prüfung von Amts wegen (§ 535 ZPO.) auf die Prüfung des ihm vorgelegten oder offenkundigen

Stoffes zu beschränken hätte (so Gaupp-Stein, ZPO. I 319, 321). Spricht man dem Berufungsgerichte jene Berechtigung ab, so ist die Berufung gemäß ZPO. §§ 535, 511, 310, 164 zu verwerfen — ein unerfreuliches Ergebnis in allen den häufigen Fällen, wo das Unterbleiben der Unterzeichnung nur auf Versehen beruht.

2. KGBl. 07 83 (LG. Berlin II). Für die Zulässigkeit der Berufung gegen Urteile der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte ist der Wert des Streitgegenstandes erster Instanz zur Zeit der Urteilsfällung, nicht der zur Zeit der Erhebung der Klage maßgebend.

§ 536. 1. **a**) SeuffA. **62** 244, HansGZ. **07** Beibl. 111 (Hamburg). Trotz § 536 muß eine reformatio in pejus überall da als zulässig gelten, wo ohne sie Vorschriften verletzt werden würden, die zwingenden Rechtes sind, und deren Befolgung von Amts wegen zu überwachen ist (vgl. **RG. 53** 1, 4). **b**) **RG.** V SeuffA. **62** 246, 247. Zwar sind die Grundsätze der sog. relativen Rechtskraft auch gegenüber Urteilen, die eine Eidesauflage enthalten, anzuwenden, doch ist die Beseitigung unerheblicher Eidesleistungen aus Rücksicht auf die Heiligkeit des Eides geboten. Deshalb ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob durch den Wegfall eines von der Vorinstanz auferlegten Eides die Gegenpartei des Schwurpflichtigen nach Lage der konkreten Verhältnisse als sachlich beschwert zu erachten ist (ähnlich **RG.** R. **07** 455 Ziff. 914). **c**) **RG.** V R. **08** (Beibl. 2) 21 Ziff. 124. Ist einer Partei im erstinstanzlichen Urteil ein Eid auferlegt, so kann der Berufungsrichter, wenn er zuungunsten des Berufungsklägers die durch den Eid zu beweisende Tatsache bereits für bewiesen bzw. für widerlegt erachtet, den Eid doch nicht in Wegfall bringen, es sei denn, daß dieserhalb Anschlußberufung eingelegt ist. Die Umwandlung einer durch Eid bedingten Verurteilung oder Klagebeweisung in eine unbedingte enthält eine Verschlechterung der Rechtslage derjenigen Partei, der aus der Leistung des Eides oder der Nichtleistung des dem Gegner auferlegten Eides eine günstigere Entscheidung erwachsen würde. Ist diese Partei der Berufungskläger, so ist ohne Anschlußberufung der anderen Seite eine Beseitigung des Eides nicht statthaft. Denn das Verbot der reformatio in pejus ist eine zwingende Vorschrift. Dem Berufungsrichter ist auch nicht eine allgemeine Befugnis erteilt, ungesetzliche oder unnötige Eidesauflagen auch ohne Parteienantrag zu beseitigen (vgl. Hahn, Materialien I 354 u. II 951, **RG. 29** 426, **49** 381, GruchotsBeitr. **39** 446). Die Entscheidungen in **RG. 15** 208, **22** 3 ff. u. **44** 366 betrafen anders geartete Fälle, indem dort eine Benachteiligung des Berufungsklägers durch Wegfall des Eides mit Grund verneint werden konnte. **d**) R. **07** 1471 Ziff. 3690 (Cassel). Wenn das Gericht erster Instanz die Entscheidung über eine auf einen Ehebruch des Beklagten gestützte Ehescheidungsklage von einem Eide des Beklagten abhängig gemacht hat, Kläger Berufung eingelegt hat und sich in der Berufungsinstanz auf Grund der eigenen Erklärung des Klägers ergibt, daß die Frist des § 1571 Abs. 1 Satz 1 BGB. nicht gewahrt ist, so hat das Berufungsgericht die Klage abzuweisen.

2. **a**) **RG.** R. **07** 1076 Ziff. 2609. Ist eine Klage vom Vorderrichter aus materiellen Erwägungen als unbegründet abgewiesen, im Urteilstenor aber lediglich die Klagabweisung ausgesprochen, so bedarf es einer Abänderung des Wortlauts dieses Urteilstenors nicht, wenn das übergeordnete Gericht zu dem Ergebnisse gelangt, daß die Klagabweisung nur die Bedeutung einer prozessualen, nicht einer Sachentscheidung haben soll. **b**) **RG.** R. **07** 773 Ziff. 1710. Wenn in der Formel des erstinstanzlichen Urteils der Betrag der Forderung, für die Sicherstellung erfolgen soll, nicht genannt ist, er sich aber mittelbar aus der Urteilsformel in Verbindung mit den Entscheidungsgründen ergibt, so kann das Berufungsgericht den Betrag der sicherzustellenden Forderung innerhalb der durch das erste Urteil gesteckten Grenze anderweit feststellen.

§ 537. 1. R. **08** (Beibl. 2) 21 Ziff. 125 (Colmar). Wenn der Hauptantrag der

Klage zu ihrem eventuellen Antrag in einem derartigen Verhältnisse steht, daß der erstere fällt, wenn der letztere für begründet erachtet wird, kann der erstere, auch wenn nicht ausdrücklich über ihn vom Erstrichter erkannt worden, dennoch dann zum Gegenstande der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts gemacht werden, wenn der Erstrichter dem eventuellen Antrag entsprochen hat und sich daraus von selbst die Zurückweisung des Hauptantrags ergibt.

2. a) **RG. 64** 278, JW. **07** 19, R. **07** 134 Ziff. 235. Wenn das Berufungsgericht die bedingungslose Entscheidung der ersten Instanz durch eidbedingtes Endurteil ersetzen will, so muß es die Entscheidung bedingungslos aufheben und die Eidesfolgen auf die Zusprechung oder Abweisung der Klage, nicht aber auf den Erfolg oder Nichterfolg der Berufung, stellen. **b) RG.** R. **08** (Beibl. 2) 21 Ziff. 126. Macht der Berufungsrichter seine Entscheidung von dem Eide einer Partei abhängig, so ist es nicht zu billigen, wenn in den Eidesfolgen nicht über die Sache selbst, sondern über die Berufung entschieden wird. Dies gilt auch, wenn ein Versäumnisurteil vorausgegangen ist (vgl. **RG. 12** 358). **c) RG.** R. **07** 981 Ziff. 2353. Es kann, auch wenn das angegriffene Urteil materiell nur teilweise abzuändern ist, zur Vereinfachung und im Interesse größerer Klarheit der Urteilsformel angemessen erscheinen, das angefochtene Urteil formell ganz aufzuheben und eine neue Entscheidung an die Stelle derjenigen der Vorinstanz zu setzen.

3. NaumburgAK. **07** 59 (LG. Stendal). Das Urteil zweiter Instanz, das — unter Zurückweisung der Berufung im übrigen — nur einen von mehreren Eiden des Urteils erster Instanz abändert, ist nicht als „ein von dem Berufungsgericht erlassenes bedingtes Urteil" anzusehen.

§ 538. 1. Grünebaum, DJZ **07** 760, bekämpft die Auffassung des **RG.** GruchotsBeitr. **48** 811, wonach die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels ausnahmslos, also ohne Unterschied, ob ein Zwischen- oder Endurteil in Frage steht, der Partei zur Last gelegt werden müssen, die es eingelegt hat. § 97 ZPO. sei nicht die entscheidende Norm; vielmehr sei die Entscheidung durch Auslegung der §§ 275 Abs. 2, 304 ZPO. zu gewinnen.

2. Ziff. 2. **a)** OLG. **15** 55, HansGZ. **07** Beibl. 281, R. **07** 835 Ziff. 1875 (Hamburg). Auf Grund dieser Bestimmung ist der Rechtsstreit auch dann an die erste Instanz zurückzuverweisen, wenn die Einrede vom Beklagten nicht vorgeschützt ist, sondern in erster Instanz von Amts wegen berücksichtigt, in der Berufungsinstanz aber für unbegründet erachtet ist (aA. **RG. 27** 348). **b)** PosMSchr. **07** 14 (LG. Tilsit). Das Berufungsgericht hat, wenn es den Rechtsweg im Gegensatze zur Vorinstanz für zulässig hält, die Sache an diese zurückzuverweisen; dies auch dann, wenn der Beklagte eine prozeßhindernde Einrede seinerseits nicht erhoben hat. Vgl. **RG. 27** 348, JW. **04** 238 und ferner JDR. **5** § 538 Ziff. 2 a, **RG.** GruchotsBeitr. **48** 1138. **c)** WürttJ. **19** 131 (Stuttgart). Hat das Erstinstanzgericht die Klage, ohne daß der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit erhoben hatte, von Amts wegen wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen, während es tatsächlich zuständig war, so ist zwar eine Zurückverweisung der Sache an das Erstinstanzgericht nach § 538 Ziff. 2 ZPO. nicht geboten, wohl aber nach § 539 ZPO. zulässig.

3. Ziff. 3. **a) RG.** SächsRpflA. **07** 228. Ein Urteil des Berufungsgerichts, das sich auf die Zurückverweisung der Sache an das LG. beschränkt, ist prozessualisch zulässig im Falle des § 539 ZPO., kann aber nicht erlassen werden auf Grund der Bestimmung des § 538 Ziff. 3 ZPO. **b) RG.** R. **07** 836 Ziff. 1876. Für die Anwendung des § 538 Ziff. 3 ist dann kein Raum, wenn das Landgericht nicht bloß über den Grund des Anspruchs, sondern auch über den Betrag erkannt und den Anspruch auf den eingeklagten Betrag verneint hat, weil es zwar die Verpflichtung des Beklagten zur Auskehrung des Gewinns für den Fall, daß ein solcher entstanden, anerkannt, aber den Nachweis eines Gewinns als nicht geführt erachtet hat, das

Berufungsgericht dann aber jene Verpflichtung des Beklagten zwar ebenfalls bejaht, den Beweis, daß ein Gewinn entstanden sei, aber für einen bestimmten Betrag als geführt erachtet. **c)** PucheltsZ. **07** 667, R. **07** 898 Ziff. 2136 (Colmar). Eine Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz zur weiteren Verhandlung ist dann nicht statthaft, wenn in der Berufungsinstanz zwar der Grund der Klageforderung bestritten (z. B. wegen mangelnder Sachlegitimation des Klägers), deren Höhe aber vom Beklagten zugestanden worden ist (vgl. JDR. **5** § 538 Ziff. 3 b). **d)** R. **07** 315 Ziff. 634 (Stuttgart). Ist der auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht gerichteten Klage in erster Instanz stattgegeben und vom Kläger in zweiter Instanz die Leistungsklage erhoben worden, so ist, wenn das Berufungsgericht sich dahin ausspricht, daß der Anspruch dem Grunde nach gerechtfertigt sei, die Zurückverweisung nach § 538 Ziff. 3 ZPO. anzuordnen (ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1077).

§ 539. a) HansGZ. **07** Beibl. 285 (Hamburg). Nichtausübung des Fragerechts kann unter Umständen einen wesentlichen Mangel im Sinne des § 539 ZPO. darstellen. **b)** HansGZ. **07** Beibl. 121 (Hamburg). Ergeben die Gründe eines Urteils nicht mit Sicherheit, ob ein Zwischenurteil nach § 303 oder § 304 ZPO. vorliegt, so ist dies als ein wesentlicher Mangel im Sinne des § 539 ZPO. anzusehen. **c)** R. **07** 1327 Ziff. 3345 (Colmar). Ein wesentlicher, die Zurückweisung rechtfertigender Mangel liegt vor, wenn in dem angefochtenen Urteile Beweise übergangen sind, obwohl dieselben in der mündlichen Verhandlung laut dem Sitzungsprotokolle „von den Parteien aus Schriftsätzen, deren Einreichung bis zum Urteil in Aussicht gestellt wird“, erboten worden sind und obgleich diese Schriftsätze mit einem von dem Vorgetragenen nicht abweichenden Inhalte zwar nach dem Schlusse der Verhandlung, aber vor Fällung des Urteils bei Gericht eingelaufen sind. **d)** OLG. **15** 150, R. **07** 836 Ziff. 1877 (Cassel). Ist gegen einen sein Handelsgeschäft unter einer Gesellschaftsfirma betreibenden Einzelkaufmann unter der Firma geklagt, und tritt dann im Laufe des Prozesses ein Dritter in das Geschäft des Einzelkaufmanns als persönlich haftender Gesellschafter ein, so kann das Urteil nicht gegen die nunmehr bestehende Handelsgesellschaft erlassen werden, wenn Kläger seinen ursprünglichen, gegen den Einzelkaufmann gerichteten Klagantrag nicht geändert hat. Das gegen die Handelsgesellschaft ergangene Urteil ist aufzuheben. **e) RG.** R. **07** 774 Ziff. 1717. Bei Anfechtung einer Entmündigung hat eine persönliche Vernehmung des Entmündigten allerdings regelmäßig in der ersten wie in der zweiten Instanz zu erfolgen. Ist sie in der ersten Instanz unterblieben, so hat dies jedoch nicht die Folge, daß das Berufungsgericht entgegen der Regel des § 539 ZPO. genötigt wäre, die Sache in die erste Instanz zurückzuverweisen; der Berufungsrichter ist vielmehr nicht gehindert, den in erster Instanz untergelaufenen Mangel durch Nachholung des Versäumten seinerseits wieder gut zu machen. **f)** Über Zurückverweisung im Beschwerdeverfahren gemäß § 99 Abs. 3 ZPO. vgl. OLG. **15** 259 (KG.).

§ 542. 1. *Fuchs, BuschsZ. **36** 291 ff. Im Versäumnisverfahren gegen den Berufungsbeklagten ist die Auferlegung eines richterlichen Eides zulässig. § 542 Abs. 2 steht nicht entgegen; denn die Vorschrift bezieht sich nur auf die Berufungsverhandlung, d. h. die Verhandlung vor dem Berufungsgerichte, welche die Entscheidung über den Antrag des Berufungsklägers zum Ziele hat, mithin nur auf das Verfahren bis zum Erlasse des Urteils über den Berufungsantrag. Die durch Erhebung eines richterlichen Eides erfolgende Beweisaufnahme erfolgt nicht in dem Verfahren, das mit dem Erlasse der Entscheidung über den Berufungsantrag zum Abschlusse gelangt; mit dem Erlasse dieser Entscheidung ist das Versäumnisverfahren abgeschlossen. Deshalb steht mit den Grundsätzen dieses Verfahrens eine Beweisaufnahme, die nicht schon in diesem, sondern in einem späteren Stadium des Verfahrens erfolgt, nicht im Widerspruche. Nimmt man Unzulässigkeit der Auferlegung

des richterlichen Eides an, so verschlechtert man damit die Lage der nicht säumigen Partei zugunsten der säumigen, während das Gesetz sie durch seine Vorschriften (z. B. Fiktionen) doch überall auf Kosten der säumigen begünstigen will. Dies ist der Fall, wenn das Berufungsgericht durch das Ergebenis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme eine von dem Berufungskläger zu beweisende Tatsache zwar nicht für voll bewiesen, aber doch bis zum richterlichen Eide des Berufungsklägers für bewiesen hält. Das Gericht kann hier nicht lediglich durch die Säumnis des Berufungsbeklagten gehindert sein, die der Sachlage allein entsprechende Entscheidung zu geben. Die Ansicht von Planck (Lehrb. des deutschen ZPR. II 499 f. § 146), daß auch der richterliche Eid von der Fiktion des § 542 Abs. 2 ergriffen werde, ist bedenklich. Es kann bei dem richterlichen Eide nicht von einer zulässigerweise erfolgten Beweisaufnahme, richtiger von einer zulässigerweise erfolgten Beweisantretung, die Rede sein, weil die ZPO. eine Beweisantretung bezüglich des richterlichen Eides nicht kennt. § 542 Abs. 2 bezieht sich nicht auf den richterlichen Eid.

2. HansGZ. **07** Beibl. 160, SeuffA. **62** 373 (Hamburg). Wenn der nichtsäumige Teil im Termine Beweis antritt, so ist in dem Beweisantritte zwar weder ein neuer Antrag noch ein tatsächliches Vorbringen (§ 335 Ziff. 3 ZPO.) zu sehen, aber er macht ein bis dahin unbeachtliches tatsächliches Vorbringen relevant und darf daher nur nach erfolgter Mitteilung an den Gegner berücksichtigt werden (vgl. **RG. 36** 425 ff.).

Zweiter Abschnitt. Revision.

Vorbemerkung: Literatur wie Judikatur sind bemüht, Einzelfragen, besonders die Bewertung des Streitgegenstandes betreffende, zu lösen.

Vor § 545. 1. Scherer, Die Revision in Zivilsachen gemäß der Novelle von 1905, namentlich mit Rücksicht auf Bayern, SeuffBl. **07** 186 ff. a) Nach einer RGEntscheidung kann in bayerischen Sachen mit der Revision zugleich die Begründung beim ObLG. in München eingereicht werden. Jeder Rechtsanwalt, der die Revision in München einlegt, ist also zur Revisionsbegründung in diesem Falle berechtigt. Er kann aber auch die Begründung noch nachträglich einreichen, solange das ObLG. noch keinen Verweisungsbeschluß erlassen hat. Nach Erlassung dieses Beschlusses kann nur der Rechtsanwalt beim RG. die Revisionsbegründung einreichen. Die Frage, von wann ab die Frist für diese Begründung läuft, ist weder vom Gesetze noch von den Gerichten bisher entschieden. Es ist aber anzunehmen, daß die Frist insgesamt nur einen Monat beträgt. b) Sowohl Einlegung als Begründung der Revision mittels Telegramm sind zulässig. c) Der Rechtsanwalt beim RG. ist berechtigt, das anzugreifende Urteil des OLG. zuzustellen und danach Revision einzulegen. d) Beginnt die Begründungsfrist erst während der Ferien zu laufen, so wird dieselbe bis zum 16. Oktober (nicht 15; vgl. § 201 GVG.) ausgedehnt. Hat die Frist vor den Ferien zu laufen begonnen, so werden auf den einen Monat die Tage vom 15. Juli bis 15. September bei der Berechnung des Monats nicht gezählt, so daß die Begründungsfrist mit demjenigen Tage des September oder Oktober abläuft, der dem Tage des Ablaufs der Revisionsfrist entspricht; doch tritt auch hier eine Verlängerung um einen Tag ein. Die Erklärung zur Feriensache gilt nur für die betreffende Instanz. Alle Klagen aus § 767 ZPO. und Interventionsklagen aus § 771 ZPO. gehören nach § 204 GVG. zu den Feriensachen, ebenso die Anfechtungsklagen im Konkurse zu einem von mehreren selbständigen Ansprüchen. e) Ist kein Revisionsgrund angegeben (§ 554 ZPO.) und deswegen insoweit die Revision als unzulässig verworfen, so kann der Wert dieser Ansprüche nicht für die Berechnung der Revisionssumme in Frage kommen. Sachliche Zuständigkeit im § 547 Ziff. 1 ZPO. bedeutet ausschließlich die sachliche Zuständigkeit im Sinne des § 1 ZPO. und des GVG.; aus § 25 ZPO. ist keine sachliche Zuständigkeit zu entnehmen. f) Hat

Kläger Revision, Beklagter echte Anschlußrevision (innerhalb der Revisionsfrist) eingelegt, und wird die Hauptrevision mangels Revisionssumme verworfen, so besteht die Anschlußrevision als Hauptrevision weiter (so **RG.**). g) Stirbt nach Einlegung der Revision die Partei und zwar vor Ablauf der Begründungsfrist, beantragt der Prozeßbevollmächtigte Aussetzung des Verfahrens und zwar vor Ablauf der Begründungfrist, und verfügt nunmehr das RG. erst nach Ablauf der Begründungsfrist die Aussetzung, so ist die Frist versäumt. h) Sobald das BayObLG. die Sache an das RG. verwiesen hat, kann die Rücknahme nur durch einen beim RG. zugelassenen Rechtsanwalt erfolgen. An Gebühren verfallen $^5/_{10}$, wenn sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts beim RG. auf die Rücknahme beschränkt; hat er die Revision begutachtet und für aussichtslos erklärt, so ist die volle Prozeßgebühr verdient. i) Referiert **RG.** JW. **06** 97/98. k) Nach Verfügung des RG. vom 15. Mai 1906 dürfen nach Schluß der Gerichtsschreiberei (6 Uhr abends) keine Revisionen mehr angenommen werden. l) Es brauchen nicht alle Parteien im Rubrum aufgeführt zu werden. m) Beim RG. hat sich folgender Gebrauch herausgebildet: Nach Einlegung der Revision wird dem einlegenden Rechtsanwalt sofort das angegriffene Urteil, versehen mit dem Aktenzeichen des RG., zurückgegeben, damit er in der Lage ist, die Begründung auszuarbeiten. Eine Revisionsbegründung ist auch dann wirksam, wenn sie keine Gesetzesstellen als verletzt bezeichnet, der Angriff selbst aber sich aus der Begründung ergibt. Solange die Begründungsfrist läuft, kann noch eine zweite und dritte Begründung eingereicht werden. Auch können jederzeit noch Belegstellen aus Literatur und Urteilen schriftlich nachgebracht werden. n) Erkrankt der mit der Revisionseinlegung betraute Rechtsanwalt nach der Einlegung schwer, so ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig; § 233 ZPO. ist analog anwendbar. AA. die herrschende Meinung. Im Falle des § 61 ZPO. ist die Revision nur den Streitgenossen gegenüber zulässig, für welche oder welchen das Urteil bereits zugestellt ist. Wenn der Revision das dem Anwalte desjenigen Streitgenossen, für den keine Revision gesucht war, zugestellte Urteil beigelegt war und der Revisionskläger bittet um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, weil nur aus Versehen nicht das richtige Urteil der Revisionsbegründung beigelegt worden sei, indem er das — bereits vor Einlegung der Revision zugestellte — richtige Urteil beifügt, so ist das Gesuch abzuweisen. Gegen den Beschluß, der das Rechtsmittel als unbegründet zurückweist, gibt es, nach Zustellung desselben, keinen Rechtsbehelf mehr. o) In bayerischen Entmündigungssachen kann nur der Staatsanwalt beim BayObLG. Revision einlegen. Die vom Staatsanwalt beim OLG. München eingelegte Revision würde nach Ansicht des Oberreichsanwalts gemäß § 143 GVG. unzulässig sein. Das RG. hat zu der Frage noch nicht Stellung genommen.

2. Jeß, Zur Zivilprozeßnovelle vom 5. Juni 1905, R. **07** 3 ff., führt aus: a) Es wäre irrig, zu glauben, daß für das Revisionsgericht nie mehr die Pflicht entstehen könnte, einen nicht nach Maßgabe der §§ 554, 556 gerügten prozessualen Verstoß der Vorinstanz zu beachten. b) Es wird der Satz bekämpft, wenn infolge der Mangelhaftigkeit des Tatbestandes Unklarheit darüber bestehe, ob nicht dieser oder jener Satz des materiellen Rechtes verletzt sei, die Möglichkeit bestehe, wegen materiellrechtlichen Verstoßes der Revision stattzugeben. c) Von dem gemäß § 554 a Abs. 2 ergangenen Beschlusse kann das Revisionsgericht nach bewirkter Zustellung nicht mehr abgehen.

3. Schultzenstein, PrVerwBl. **29** 81 ff., bespricht die Verschiedenheiten der Voraussetzungen der Revision im preußischen Verwaltungsstreitverfahren gegenüber denen der zivilprozessualen Revision.

§ 546. 1. a) **RG.** R. **07** 1327 Ziff. 3346. Hat der Revisionskläger zwar erklärt, daß er die Aufhebung des angefochtenen Urteils im ganzen beantrage, ergibt sich aber aus der Revisionsbegründung, daß er das Urteil nur bezüglich eines einzelnen

Streitpunkts angreift, so ist der Beschwerdegegenstand lediglich nach diesem einen Streitpunkte zu bestimmen. **b)** **RG.** R. **07** 1411 Ziff. 3568. Wird der in der Berufungsinstanz mit zwei selbständigen, voneinander unabhängigen Klageforderungen abgewiesene Kläger vom Beklagten bezüglich einer dieser Klageforderungen noch vor der Revisionseinlegung befriedigt, so kommt für die Revision als Beschwerdegegenstand in der Hauptsache nur noch die andere Klageforderung in Betracht, so daß die Zulässigkeit der Revision von dem Werte dieser anderen Klageforderung abhängig ist. Reicht dieser Wert zur Begründung der Zulässigkeit der Revision nicht aus, so ist es auch belanglos, ob der Revisionskläger den auf Verurteilung des Beklagten bezüglich beider Klageforderungen gerichteten Antrag trotz der von ihm selbst zugegebenen, in der Hauptsache erfolgten Erledigung der einen Klageforderung aufrechterhält; denn Anträgen, die mit dem eigenen Vorbringen der Partei in Widerspruch stehen, kann keine maßgebliche Bedeutung beigemessen werden (ähnlich **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1068). **c)** BayObLG. **8** 230. Das Vorhandensein der Revisionssumme ist anzunehmen, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Vermögenslage des Revisionsklägers, falls es bei der angefochtenen Entscheidung verbleibt, sich um mehr als 2500 M. schlechter gestalten, als sie sein würde, wenn seinen Antrage stattgegeben würde (ähnlich BayObLG. **7** 253, 286). **d)** **RG.** R. **07** 898 Ziff. 2137 Ist die Revision von dem verurteilten Beklagten eingelegt, so bestimmt sich der Wert des Beschwerdegegenstandes nach dem Interesse des Beklagten an der Abwendung der im Berufungsurteil ausgesprochenen Verurteilung mit der Maßgabe, daß er nicht höher sein kann als der Wert des Streitgegenstandes in den Vorinstanzen. Bei einer alternativen Verurteilung ist für die Bemessung des Interesses diejenige der beiden alternativen Leistungen maßgebend, welche den Beklagten am wenigsten belastet (vgl. JDR. **5** § 546 Ziff. 5 a). **e)** **RG.** JW. **07** 521 Ziff. 27. Das Vorhandensein der Revisionssumme ist glaubhaft gemacht, wenn das Erstinstanzgericht durch Beschluß nach Anhörung der Parteien den Wert des Streitgegenstandes auf 5000 M. angesetzt hat und eine Herabsetzung bisher von keiner Seite beantragt worden ist.

2. **RG.** SeuffA. **62** 371. Legt ein Nebenintervenient, der im Prozesse keine selbständige Stellung gehabt, sondern nur die Hauptpartei unterstützt hat, Revision ein, so ist der Wert des Beschwerdegegenstandes nach dem Interesse der Hauptpartei zu bemessen.

3. **RG.** JW. **07** 54. Wenn die Verhandlungen nichts über den Wert des mittels Widerklage verfolgten negativen Feststellungsanspruchs ergeben, so muß er glaubhaft gemacht werden. Nach § 294 Abs. 2 ZPO. ist der Sachverständige zu sofortiger Vernehmung zu gestellen.

4. Einzelne Fälle. **a)** **RG.** **65** 35, R. **07** 1142 Ziff. 2775. Wenn der Beklagte Abweisung der auf Zahlung von 3600 M. gerichteten Klage beantragt, der Berufungsrichter aber die Klage für erledigt erklärt hat, so ist der Wert des Beschwerdegegenstandes 3600 M. **b)** **RG.** R. **07** 1412 Ziff. 3569. Ist gegen den Beklagten ein Urteil auf Untersagung ergangen, so kann es für die Bemessung der Revisionssumme nicht entscheidend darauf ankommen, ob für den Fall der Aufrechterhaltung der Verurteilung dem Beklagten ein höherer Nachteil als 2500 M. entstehen würde. Denn für die Revisionssumme kommt der Beschwerdewert für den Beklagten nur insoweit in Betracht, als derselbe den Streitgegenstand für den Kläger nicht übersteigt. **c)** **RG.** R. **07** 773 Ziff. 1711. Ein Rechtsstreit, der die Unterlassung einer Veröffentlichung, durch die ein geschäftliches Interesse des Klägers verletzt wird, zum Gegenstande hat, betrifft einen vermögensrechtlichen Anspruch. Für die Zulässigkeit der Revision kommt es daher darauf an, ob der Revisionskläger an der von ihm beantragten Aufhebung des Berufungsurteils ein den Betrag von 2500 M. übersteigendes vermögensrechtliches Interesse hat. **d)** **RG.** R. **07** 257 Ziff. 504.

Zur Glaubhaftmachung des Vorhandenseins der Revisionssumme in der Klagesache einer Frau auf Schadensersatz wegen Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit, die die Annahme einer Aufwärterin erforderlich macht, bedarf es der Darlegung der Vermögens- und Erwerbsverhältnisse des Ehemanns, sowie der Familienverhältnisse (Zahl und Alter der Kinder), aus denen auf den Betrag des auf die Ehefrau entfallenden Unterhalts und dessen Schmälerung durch die vom Manne für die Aufwartung zu machenden Aufwendungen geschlossen werden kann. **e)** **RG. 63** 367. Werden im Falle der §§ 302 Abs. 4 Satz 3, 600 Abs. 2 ZPO. Erstattungsansprüche im Wege der Widerklage geltend gemacht, so sind die Beträge der verlangten Zinsen und Kosten auf die Revisionssumme anzurechnen. ➡ Ebenso im Falle der auf § 717 gestützten Klage: **RG.** JW. **06** 472. Red. ⬅ **f)** **RG.** JW. **07** 54. Bei der Bemessung des Wertes einer Klage auf Herausgabe von Maschinen, an denen das Eigentum vorbehalten war, ist maßgebend der Wert, den die Maschinen für den Kläger bei ihrer Wiederverwertung haben. Infolgedessen ist die erfolgte Abnutzung der Maschinen voll zu berücksichtigen. — **RG.** JW. **07** 338. Dasselbe gilt bei Mobiliar, das im Betrieb einer Restauration verwendet wurde.

§ 547. 1. **RG.** R. **07** 577 Ziff. 1194. Hat das Berufungsgericht eine Berufung, von der der Berufungsbeklagte in erster Linie behauptet hatte, daß sie unzulässig sei, in der Hauptsache als unbegründet zurückgewiesen und das angefochtene Urteil nur im Kostenpunkte zum Nachteile des Berufungsbeklagten abgeändert, so kann beim Nichtvorhandensein der Revisionssumme die Zulässigkeit der hiergegen vom Berufungsbeklagten eingelegten Revision nicht auf § 547 Ziff. 1 ZPO. mit der Aufstellung gegründet werden, daß es sich um die Unzulässigkeit der Berufung handle.

2. **RG.** R. **07** 384 Ziff. 796. Zu den Ansprüchen gegen den Landesfiskus wegen Verschuldens von Staatsbeamten gehören nur diejenigen Ansprüche, welche infolge Ausübung der öffentlich-rechtlichen Funktionen, der Staatsgewalt, durch die Staatsbeamten entstehen, nicht aber solche, welche in privatrechtlichen Beziehungen wie Verträgen, Gewerben oder Pflichten aus dem Privateigentume wurzeln.

§ 548. **RG.** R. **07** 836 Ziff. 1878. Ist mit der Entscheidung, durch welche eine beantragte Aussetzung des Verfahrens abgelehnt wird, zugleich durch Urteil in der Sache selbst erkannt, so ist damit der Aussetzungsantrag erledigt und die Beschwerde gegenstandslos geworden; eine Änderung in dem zulässigen Rechtsmittel wird aber dadurch nicht bedingt. Dies gilt auch, wenn eine ausdrückliche Entscheidung des Gerichts über den Aussetzungsantrag weder in dem Urteile noch gleichzeitig mit dessen Verkündung erfolgt ist. Zulässig ist die Berufung oder Revision nur gegen das Endurteil als solches.

§ 549. 1. R. **07** 65 Ziff. 68 (BayObLG.). Für die Frage der Revisibilität eines Gesetzes kommt es nicht auf den räumlichen Machtbereich des Gesetzgebers an, von dem eine Rechtsnorm herrührt, sondern nach dem klaren Wortlaute von § 549 ZPO. auf den räumlichen Geltungsbereich des vom Gesetzgeber geschaffenen Gesetzes.

2. Der JDR. **5** § 549 Ziff. 2 wiedergegebenen Entscheidung, betreffend die Zulässigkeit der Geltendmachung des Fortfalls eines Patents in der Revisionsinstanz, entspricht **RG. 65** 303, JW. **07** 278, DJZ. **07** 658, PBl. **07** 153.

3. Einzelne Gesetze. **a)** **RG.** JW. **07** 311, FrankfRundsch. **41** 72, GruchotsBeitr. **51** 1070. Seit dem 1. Oktober 1901 sind Bestandteile des französischen Rechtsgebiets dem Oberlandesgerichtsbezirke Frankfurt a. M. zugeteilt, so daß seit dieser Zeit das französische Recht, als in einem Teile dieses Bezirks geltend, für Rechtsstreitigkeiten aus diesem Bezirk als revisibel zu erachten ist. **b)** **RG.** R. **07** 315 Ziff. 635. Ist das OLG. zu einer Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs und zur Feststellung seiner Zuständigkeit wie zur materiellen Entscheidung auf Grund besonderer bayerischer Gesetze und deren Auslegung gelangt, so können

dagegen Revisionsangriffe nicht erhoben werden, weil keine der Reichsgesetzgebung ausschließlich vorbehaltenen Rechtsstoffe vorliegen.

4. R. **07** 65 Ziff. 69 (BayObLG.). Das Anstellungsdekret bildet einen Akt, der zur Begründung eines konkreten Rechtsverhältnisses dient, und enthält keine Rechtsnorm im Sinne von §§ 549, 550 ZPO. Die Auslegung desselben unterliegt daher den Rechtsgrundsätzen, die für die Auslegung von Rechtsgeschäften gelten.

§ 550. 1. a) **RG.** R. **07** 836 Ziff. 1879. Die Auslegung einer streitigen Vertragsbestimmung, die lediglich aus der Vertragsurkunde selbst und der allgemeinen Stellung der Vertragsparteien zueinander, nicht aus konkreten tatsächlichen Umständen außerhalb der Urkunde geschöpft ist, ist als Rechtsfrage der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterworfen. **b) RG.** R. **07** 774 Ziff. 1712. Die Auslegung eines Vertragsinhalts unterliegt der Nachprüfung durch das Revisionsgericht nur, insofern die Verletzung von Auslegungsregeln oder ein Verstoß gegen den klaren Wortlaut der Vertragsurkunde in Frage kommt. **c) RG.** R. **08** (Beibl. 2) 22 Ziff. 128. Die Frage, ob ein Vertrag wider die guten Sitten verstößt, ist insofern Rechtsfrage, als auch vom RG. nachgeprüft werden kann und muß, ob die von den Untergerichten festgestellten tatsächlichen Umstände, die den Vertragsabschluß begleiteten und bei Vertragserfüllung weiter wirken, jenem Maße von Sittlichkeits- und Anstandsrücksichten widersprechen, das im Geschäftsverkehr auch von Durchschnittsmenschen gefordert werden kann. **d) RG.** R. **08** (Beibl. 2) 22 Ziff. 129. Dem Revisionsgerichte steht nicht nur die Nachprüfung der vom Instanzgericht auf Grund des § 254 BGB. vorgenommenen Abwägung des beiderseitigen Verschuldens zu, sondern es kann auch an Stelle der hierbei als irrig erkannten, von sich aus eine andere Abwägung vornehmen (vgl. **RG. 53** 394, JW. **05** 490 Ziff. 10, **06** 544 Ziff. 9, **07** 9 Ziff. 19). **e) RG.** R. **07** 1076 Ziff. 2611. Ob eine Handlung oder Unterlassung unter den Begriff der Fahrlässigkeit oder der Arglist fällt, ist als Rechtsfrage vom Revisionsgerichte nachzuprüfen. Veranlaßt der Adressat eines zuzustellenden Schriftstücks dadurch, daß er wider besseres Wissen seine Identität mit dem Adressaten in Abrede stellt (es war „Maurermeister“ X. statt „Baumeister“ X. adressiert), den Postboten, von der bei Verweigerung der Annahme ohne gesetzlichen Grund im § 186 ZPO. vorgeschriebenen Zurücklassung des Schriftstücks Abstand zu nehmen, und wird hierdurch die beabsichtigte Zustellung vereitelt, so kann, auch wenn der Adressat von dem Inhalte des Schriftstücks keine Kenntnis hatte, der Vorwurf arglistigen Verhaltens begründet sein, wenn der Adressat schon aus der Tatsache, daß ein Gerichtsvollzieher als Absender bezeichnet war und daß eine förmliche Zustellung erfolgen sollte, ersehen mußte, daß es sich um eine wichtige Angelegenheit handelte und daß ihm eine Nachricht zugehen sollte, die für seine Rechtsbeziehungen zu einer anderen, wenn ihm auch noch unbekannten Person von Erheblichkeit war.

2. **RG.** BadRpr. **07** 307. Wenn das Berufungsgericht dem nicht vereidigten Zeugen vollen Glauben geschenkt, aber ausgesprochen hat, gerade nach der Darstellung des Zeugen könne er eine Vereinbarung überhört haben, so ist dieser Ausspruch ausschließlich Sache der Beweiswürdigung.

§ 553. 1. Ziff. 2. **RG.** R. **07** 1541 Ziff. 3855. Eine mit Revision angreifbare Gesetzesverletzung ist nicht darin zu finden, daß bei der Verkündung des Berufungsurteils ein Richter teilgenommen hat, der das Urteil erster Instanz mit erlassen hatte.

2. Ziff. 5. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 830, JW. **06** 690, EisenbE. **23** 275. Es ist unzulässig, daß eine Verwaltungsbehörde die ihr zustehenden Befugnisse und Pflichten, insbesondere die Prozeßführung, beliebig einer anderen Behörde überträgt.

3. Ziff. 7. a) **RG. 65** 93, JW. **07** 180, R. **07** 1142 Ziff. 2776. Diese Vor-

schrift bezieht sich nicht auf jeden Fall, wo die Ausführungen des Berufungsgerichts bei scharfer Betrachtung irgendeine gedankliche Lücke zeigen; sondern es ist zunächst nur an den groben Formfehler gedacht, daß etwa dem Urteil überhaupt keine Entscheidungsgründe beigegeben wären; was höchstens noch auf den Fall erstreckt werden darf, daß in den Entscheidungsgründen ein ganzer Rechtsbehelf mit Stillschweigen übergangen wäre (ebenso **RG.** R. **07** 384 Ziff. 797, R. **07** 774 Ziff. 1713). **b) RG.** R. **07** 898 Ziff. 2138. Ungenauigkeiten und Unvollständigkeiten in der bei den Akten befindlichen Urteilsabschrift machen, wenn sie sich aus dem Zusammenhang aufklären lassen, die Gründe nicht in einem Maße unverständlich, daß um deswillen das Urteil aufzuheben ist. **c) RG.** R. **07** 257 Ziff. 505. Dem Berufungsurteile kann ein Mangel an Gründen nicht vorgeworfen werden, wenn bei der Beweiswürdigung Tatumstände, die in den Tatbestand aufgenommen sind, nicht besonders erwähnt sind, aber im allgemeinen erwogen ist, daß unter Würdigung aller Umstände des Falles ein Anlaß zur Auferlegung eines richterlichen Eides nicht gegeben sei. Alle diese Umstände noch einmal einzeln anzuführen, ist nicht erforderlich. **d) RG.** R. **07** 577 Ziff. 1196. Darin, daß das Gericht die von der einen Partei in einem das Zeugnisverweigerungsrecht ihres Mannes betreffenden Zwischenstreit abgegebene Erklärung, sie habe sich an ihrem Vermögen die Verwaltung und Nutznießung vorbehalten, nicht berücksichtigt hat, liegt kein prozessualer Verstoß, weil ein solcher Vorbehalt mangels Beobachtung der für die Änderung des ehelichen Güterstandes vorgeschriebenen Form rechtlich wirkungslos war.

§ 554. 1. **a) RG.** BadRpr. **07** 161, JW. **07** 181, R. **07** 836 Ziff. 1880. Parteischriftsätze, auf die sich die Revisionsbegründung bezieht, sind nicht zu berücksichtigen. Dies gilt selbst dann, wenn sie als integrierende Bestandteile der von dem Reichsgerichtsanwalt unterzeichneten Revisionsschrift bezeichnet sind. **b) RG. 65** 81, JW. **07** 147. Die von dem Reichsgerichtsanwalt unter die Revisionsbegründung neben seine Unterschrift gesetzten Worte: Verfasser Rechtsanwalt Dr. F. München" bewirken Unwirksamkeit der Begründung. **c) RG.** JW. **07** 393, R. **07** 1076 Ziff. 2612. Das Gesetz fordert eine Revisionsbegründung, die sich der Revisionsanwalt, wenn er sie auch ausnahmsweise nicht selbst verfaßt haben sollte, nach persönlicher Prüfung völlig zu eigen gemacht und mit seinem Namen gedeckt hat. An dieser Voraussetzung fehlt es in der Regel, wenn die Begründung außer von dem Revisionsanwalt noch von einem anderen Rechtsanwalt als Verfasser unterschrieben ist.

2. **a) RG.** R. **07** 1209 Ziff. 2989. Die einfache Verweisung auf mehrere zum Teil weitläufige Schriftsätze, in denen eine große Zahl von Beweisanträgen über die verschiedensten Behauptungen enthalten sind, ist keine genügende Begründung im Sinne des § 554 Abs. 3 Ziff. 2 b ZPO. **b) RG.** JW. **07** 181. Der am Schlusse der Revisionsbegründung stehende Satz: „Verletzt sind auch die §§ 286 und 551 Ziff. 7 ZPO." genügt nicht den gesetzlichen Erfordernissen der schriftlichen Revisionsbegründung (vgl. auch **RG.** JW. **07** 482). **c) RG.** JW. **07** 484. Die in der Revisionsschrift des Klägers eingeflochtene Bemerkung, der Berufungsrichter sei über die Verteidigung des Beklagten hinausgegangen, enthält keine ausreichende Begründung der erhobenen Prozeßrüge.

3. **RG.** JW. **07** 482 Ziff. 20. Hat das Berufungsgericht, § 304 ZPO. zuwider, die zeitliche Begrenzung der Rente nach § 844 BGB. dem Nachverfahren über den Betrag vorbehalten wollen, so kann dieser Verstoß, wenn er nicht in der Revisionsbegründung gerügt ist, nicht zur Aufhebung des Urteils führen.

4. **RG. 65** 130, JW. **07** 206, R. **07** 1142 Ziff. 2777. Eine beim BayObLG. eingelegte Revision kann bis zur Entscheidung dieses Gerichts über seine Zuständigkeit in einem bei ihm eingereichten Schriftsatze begründet werden, der von einem bayerischen, nicht von einem beim RG. zugelassenen Anwalt unterzeichnet ist.

5. **RG.** JW. **07** 484, R. **07** 1327 Ziff. 3347. Ist in einem Urteil über mehrere selbständige Ansprüche erkannt, so unterliegt die Revision bezüglich jedes der von dem Revisionsantrage betroffenen Ansprüche dem Begründungszwang. Ist bezüglich einzelner Ansprüche der Begründungspflicht nicht genügt, so ist insoweit die Revision unzulässig, auch wenn in den Parteianträgen aus den mehreren selbständigen Ansprüchen Zahlung einer einheitlichen Summe verlangt worden ist. Eine hiernach sich ergebende teilweise Unzulässigkeit der Revision macht diese auch im übrigen unzulässig, wenn der Beschwerdegegenstand hinsichtlich der Ansprüche, bezüglich deren eine Begründung der Revision erfolgt ist, nicht die Revisionssumme erreicht (ebenso JDR. **5** § 554 Ziff. 1).

§ 554 a. Vgl. oben vor § 545 b.

§ 556. **RG. 65** 78, JW. **07** 149, R. **07** 898 Ziff. 2139. Die entsprechende Anwendung des § 522 bedeutet, daß die innerhalb der Revisionsfrist erklärte Anschließung des Revisionsbeklagten an die eingelegte Revision als selbständig eingelegte Revision anzusehen ist, wie im Falle des § 522 Abs. 2 die in der Berufungsfrist erfolgte Anschließung an die Berufung als selbständig eingelegte Berufung. Daraus folgt einmal, daß eine solche Anschließung die Wirkung einer selbständig eingelegten Revision nur haben kann, wenn die Voraussetzungen des Rechtsmittels, namentlich die Revisionssumme vorhanden sind; sodann aber auch, daß sie nicht wirkungslos wird, wenn die Revision des Gegners zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird, § 522 Abs. 2 (§ 556 Abs. 2 Satz 3), und daß für sie die im § 556 Abs. 2 Satz 2 ZPO. (neuer Fassung) getroffene Bestimmung für die Begründung der Anschlußrevision in der Anschlußfrist, d. h. in der Begründungsfrist der Revision, § 556 Abs. 1 (neuer Fassung) nicht gilt.

§ 559. 1. Jeß, R. **07** 3, vgl. oben vor § 545 b.

2. **RG.** JW. **06** 737 Ziff. 5, R. **07** 189 Ziff. 347. Daß Kläger den positiven Teil seines Revisionsantrags nicht erschöpfend formuliert hat, ist unschädlich, weil es in der Revisionsinstanz nur darauf ankommt, wie weit die Aufhebung des vorigen Urteils beantragt ist, woraus sich dann die weiteren Folgen eventuell von selbst nach Maßgabe des Gesetzes ergeben.

3. **RG. 64** 361, JW. **07** 51, GruchotsBeitr. **51** 1071. Ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 240 ZPO. ist von Amts wegen zu berücksichtigen.

4. **RG.** JW. **07** 147 Ziff. 30. Bei Abweichung der Urteilsformel in dem Sitzungsprotokoll und in der Urteilsausfertigung kann die Aufhebung des Urteils erfolgen, sofern in dieser Richtung Angriffe erhoben sind. Aber auch die Berichtigung des Urteils nach § 319 ZPO. von Amts wegen ist zulässig.

5. BayObLG. 7 562 (BayObLG.). Eine nachträgliche Erweiterung des in der Revisionsschrift angekündigten Revisionsantrags, bei der es sich nicht um einen selbständigen Anspruch handelt, wird durch den Ablauf der Begründungsfrist nicht ausgeschlossen, auch wenn die Revision insoweit nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist begründet worden ist (vgl. Seuffert, Komm. z. ZPO. [9] Nachtrag Note 3 zu § 554, nicht dagegen **RG. 62** 15).

§ 560. **RG. 65** 284, JW. **07** 267. Die Voraussetzungen des § 560 ZPO. liegen vor, wenn durch die in der Revisionsbegründungsschrift enthaltenen Revisionsanträge das Berufungsurteil zu einem Teile nicht angefochten wird.

§ 561. 1. **RG. 65** 399. Der Einwand der mangelnden Passivlegitimation kann in der Revisionsinstanz neu vorgeschützt werden.

2. BayObLG. 8 155 (BayObLG.). Die Frage, ob ein Verband der bauberechtigten Bürger einer Gemeinde selbständiges Vermögenssubjekt ist, gehört dem tatsächlichen Gebiet an.

3. BayRpflZ. **07** 20 (BayObLG.). Stellt das Berufungsgericht auf Grund des Inhalts einer Urkunde tatsächlich fest, daß die Parteien Dinglichkeit des Rechtes nicht gewollt haben, so ist diese Feststellung für das Revisionsgericht bindend.

§ 565. Abs. 2. a) **RG.** R. **07** 1541 Ziff. 3639. Ist die Aufhebung eines Berufungsurteils nicht wegen Unterlassens einer Beweiserhebung, sondern lediglich deshalb erfolgt, weil ein tatsächliches Vorbringen, das unter Umständen für die zu treffende Entscheidung Bedeutung haben konnte, in den Urteilsgründen übergangen war, so ist damit für den Berufungsrichter, an den die Sache zurückverwiesen ist, eine Verpflichtung, die für jenes Vorbringen erbotenen Beweise zu erheben, nicht gegeben. Der Berufungsrichter genügt vielmehr der ihm obliegenden anderweiten Begründungspflicht, wenn er in dem neuen Urteile näher darlegt, weshalb jenes Vorbringen — seine tatsächliche Richtigkeit unterstellt — nicht geeignet sei, die auf Grund der bisherigen Beweisaufnahme gewonnene Überzeugung des Gerichts zu erschüttern. **b)** SeuffBl. **07** 1099 (BayObLG.). Das Berufungsgericht ist nur verpflichtet, seiner neuerlichen Entscheidung an Stelle der vom Revisionsgerichte für unrichtig erklärten rechtlichen Beurteilung die rechtliche Beurteilung zugrunde zu legen, die der Aufhebung des früheren Urteils zugrunde gelegt ist; im übrigen behält es volle Freiheit. **c) RG.** R. **07** 1142 Ziff. 2778. Die rechtliche Beurteilung, die das RG. auf Grund des von ihm zu berücksichtigenden tatsächlichen Materials der Aufhebung eines Urteils zugrunde gelegt hat, nimmt dem Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen ist, nicht die Möglichkeit, auf Grund eines neuen Parteivorbringens doch wieder eine abweichende rechtliche Beurteilung eintreten zu lassen. Ebenso R. **07** 640 Ziff. 1332 (BayObLG.). **d) RG.** R. **07** 774 Ziff. 1714. Hat bei einer auf einen zweifachen Klagegrund gestützten Klage das Berufungs- und demnächst das Revisionsgericht sich nur mit dem einen Klagegrunde befaßt, so ist, nachdem die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen ist, dieses nicht gehindert, nunmehr seine der Klage stattgebende Entscheidung lediglich auf den zweiten, früher nicht erörterten Klagegrund zu stützen. **e) RG.** R. **07** 1412 Ziff. 3570. Die rechtliche Beurteilung, welche vom RG. der Aufhebung eines Berufungsurteils zugrunde gelegt ist, kann, wenn gegen das demnächst ergehende weitere Berufungsurteil wiederum Revision eingelegt wird, von der Revision nicht mehr angegriffen werden.

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

Vorbemerkung: Sowohl RG. wie BayObLG. verlangen für den nach § 574 Abs. 2 zu stellenden Antrag auf Entscheidung des Beschwerdegerichts die Beobachtung der Form des § 569 Abs. 2 (s. § 574 Ziff. 1.).

§ 567. 1. *du Chesne, BadRpr. **07** 174. In den Fällen, wo die Entscheidung vom richterlichen Ermessen abhängt, ist die weitere Beschwerde zulässig, wenn der Richter nicht sowohl falsch geprüft als vielmehr sich seiner Prüfungspflicht überhaupt entschlagen hat (Willkür).

2. Eventualbeschwerde. **a) RG.** R. **07** 1267 Ziff. 3164. Die bei Einbringung einer Erinnerung gegen den Kostenansatz für den Fall ihrer Zurückweisung gleichzeitig eingelegte Beschwerde ist unzulässig, weil mit Ausnahme der sofortigen Beschwerde gegen eine Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers — §§ 576, 577 Abs. 4 ZPO. — keine Beschwerde im voraus gegen eine noch nicht ergangene Entscheidung eingelegt werden kann (vgl. **RG. 46** 418). — **b)** Ungewitter, R. **07** 115, berichtet einen praktischen Fall, wo das OLG. München (Beschl. vom 5. Juli 1904) eine Eventualbeschwerde gegen die Ab-

weisung des gleichzeitig gestellten Antrags auf Terminsvorverlegung für zulässig erklärt hat. — Der Standpunkt des RG. wird vom Verf. gebilligt.

3. OLG. **15** 271, R. **07** 1327 Ziff. 3348 (Colmar). Eine bloß wegen Formfehlers zurückgewiesene Beschwerde kann nach Verbesserung des Fehlers wiederholt werden. Sobald aber eine Entscheidung der obersten Instanz, sei es in der Sache selbst, sei es darüber ergangen ist, daß dem Beschwerdeführer das Rechtsmittel nicht oder nicht mehr zustehe, kann das als unbegründet zurückgewiesene oder als unzulässig verworfene Rechtsmittel nicht nochmals eingelegt werden (ebenso **RG.** RheinA. **103** II 319 gegen **RG.** R. **06** 40).

4. a) **RG.** R. **07** 1267 Ziff. 3165. Unter die Bestimmung des § 567 Abs. 2 ZPO. fallen auch die Wertfestsetzungsbeschlüsse. Diese Beschlüsse sind daher, soweit sie von einem Oberlandesgericht ergangen sind, der Beschwerde entzogen. Wird gleichwohl Beschwerde erhoben, so ist das RG. als Beschwerdegericht nicht in der Lage, gemäß § 16 Abs. 1 GKG. von Amts wegen zu der vom Oberlandesgerichte getroffenen Wertfestsetzung Stellung zu nehmen. Denn, wie weit man auch die Grenzen für die Befugnis des höheren Gerichts, von Amts wegen eine Abänderung des in der Vorinstanz erlassenen Wertfestsetzungsbeschlusses vorzunehmen, ziehen mag, jedenfalls ist es ganz ausgeschlossen, daß dies in einer Sache geschehen könnte, die nur durch eine unzulässige Beschwerde gerade gegen den Wertfestsetzungsbeschluß an das höhere Gericht gelangt ist (ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1100). **b)** **RG.** DJZ. **07** 537. Gegen eine von einem OLG. auf Grund des § 102 ZPO. erlassene Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. **c)** SächsRpflA. **07** 88 (Dresden). Gegen einen Beschluß, durch den die Verurteilung eines Zeugen zur Tragung der durch sein Ausbleiben entstandenen Kosten aufgehoben worden ist, steht der Partei das Rechtsmittel der Beschwerde zu, auch wenn ein ausdrücklicher Parteiantrag auf Verurteilung des Zeugen nicht vorgelegen hat. **d)** **RG.** **65** 420, JW. **07** 311, R. **07** 1209 Ziff. 2990. Der Beschluß, durch den das Prozeßgericht, nachdem über den Prozeßstoff ein Vergleich zustande gekommen ist, einen Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens zurückweist, unterliegt der Beschwerde (vgl. oben zu § 160 ZPO.). **e)** OLG. **15** 151 (KG.). Keine Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrags, die in der Revisionsinstanz befindlichen Prozeßakten zum Verhandlungstermin einzufordern. **f)** **RG.** **62** 207, GruchotsBeitr. **50** 1094. Keine Beschwerde gegen die Ablehnung eines Vertagungsgesuchs, das in Anwesenheit beider Parteien gestellt wird. **g)** SächsOLG. **28** 74. Das Rechtsmittel der Beschwerde findet nicht statt gegen einen Beschluß, der den Antrag auf Zulassung eines angeblich Beteiligten als Beraters einer Partei bei einer Sachverständigenvernehmung zurückweist, weil die Beweisaufnahme beendigt ist und daher dem Beschwernisse nicht abgeholfen werden kann. **h)** OLG. **15** 152 (Naumburg). Die Beschwerde ist gegenstandslos, wenn in einem Interventionsprozesse die Versteigerung der Pfandstücke angeordnet und ausgeführt worden ist. **i)** Vgl. zu § 204 GVG.

§ 568. 1. Abs. 2. **a)** OldZ. **33** 209, R. **07** 189 Ziff. 349 (Oldenburg). § 568 Abs. 2 ZPO. hat auch auf Beschwerden in Zwangsversteigerungssachen Anwendung zu finden. Eine weitere Beschwerde ist daher nur zulässig, soweit in der Entscheidung des Beschwerdegerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist. **b)** R. **07** 1327 Ziff. 3349 (Colmar). Trotzdem die Abweisung des Gesuchs vom Beschwerdegerichte bestätigt worden ist, liegt ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vor, wenn sie in erster Instanz nur zur Zeit, in der Beschwerdeinstanz aber ohne diese Einschränkung erfolgt war. **c)** BayRpflZ. **07** 134 (München). Keine weitere Beschwerde, wenn bei einer Kostenfestsetzung das Beschwerdegericht gewisse Abstriche des ersten Richters, mit denen es sich nicht zu befassen hatte, nur der Vollständigkeit halber wiederholt hat. **d)** BadRpr. **07** 262 (Karlsruhe). Hat das Amtsgericht die gegen die Pfändung eines Spiegels gemäß § 811 Ziff. 1 ZPO.

erhobene Einwendung zurückgewiesen, weil die Schuldner außer dem gepfändeten noch einen kleinen Spiegel besitzen, und hat das Landgericht die sofortige Beschwerde der Schuldner aus dem gleichen Grunde mit dem Hinzufügen verworfen, es sei unerheblich, ob der zweite Spiegel dem Vater der Schuldnerin gehöre, da dieser dauernd bei ihr lebe, so ist damit ein neuer selbständiger Beschwerdegrund nicht gegeben. **e)** R. **07** 1143 Zfff. 2779 (Colmar). Wenn das Beschwerdegericht die sofortige Beschwerde des Schuldners gegen eine angeblich gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung verstoßende Pfändung seiner Lohnforderung als unbegründet zurückgewiesen hat, während es sie als unstatthaft hätte verwerfen sollen (Freudenthal, Handausg. Anm. 2 zu § 766), so ist trotz § 568 Abs. 2 ZPO. die weitere Beschwerde statthaft, weil die zwischen den Beschlüssen des Vollstreckungs- und des Beschwerdegerichts herrschende Übereinstimmung nur eine äußerliche ist, tatsächlich aber dem Schuldner dadurch ein „neuer selbständiger Beschwerdegrund" erwachsen ist, daß er durch die landgerichtliche Entscheidung im rechtlichen Gehöre verkürzt worden ist. **f)** MecklZ. **25** 235, R. **07** 898 Ziff. 2141 (Rostock). Wenn das Amtsgericht die materiellen Einwendungen des Schuldners gegen seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids verworfen hat, so muß es vorher die Frage, ob das Urteil, auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung betrieben wird, ordnungsmäßig zugestellt ist, geprüft haben; wenn dann das Beschwerdegericht die beanstandete Gesetzmäßigkeit der Zustellung bejaht hat, so enthält diese Entscheidung keinen selbständigen Beschwerdegrund.

2. Abs. 3. OLG. **15** 152 (KG.). Auch bei Vollstreckungskosten muß die Beschwerdesumme gegeben sein.

3. SächsOLG. **28** 247. Gegen den Beschluß des LG., durch den eine Erinnerung gegen einen aus Anlaß des Verfahrens wegen Einziehung von Mitgliederbeiträgen gemäß § 144 GewUVG. erfolgten Ansatz von Gebühren als unbegründet zurückgewiesen worden ist, ist das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig.

§§ 568, 569. R. **07** 189 Ziff. 350 (Oldenburg). In der Verwerfung der Beschwerde als unzulässig ist regelmäßig ein neuer selbständiger Beschwerdepunkt enthalten und darum die weitere Beschwerde zulässig, weil die Entscheidung, die die Beschwerde als unzulässig verwirft, keine Bestätigung der früheren Entscheidung, sondern die Ablehnung ihrer materiellen Nachprüfung enthält ((Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. [6/7] § 568 Bem. III 1, Sydow-Busch, § 568 Anm. 3 ZPO., **RG. 36** 362, **14** 388, Jaeckel, Komm. z. ZVG. [2] 354). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Denn es ergibt die Nachprüfung des angefochtenen Beschlusses, daß das Landgericht nicht nur in seiner eventuellen Begründung, auf Grund deren es die Beschwerde auch in der Sache für unbegründet erklärt, sondern auch bei der in erster Linie angestellten Prüfung, auf Grund deren es zu einer Verwerfung der Beschwerde als unzulässig gelangt ist, eine materielle Prüfung des amtsgerichtlichen Beschlusses vorgenommen hat. Das Ergebnis dieser sachlichen Nachprüfung stimmt aber im Inhalte der Entscheidung und deren Bedeutung mit der angefochtenen Entscheidung des Amtgerichts überein. Das Landgericht hat daher in der Tat die Beschwerde nach materieller Nachprüfung des Beschlusses des Amtsgerichts für unbegründet befunden. Daß sein Ausspruch formell dahin geht, daß die Beschwerde unzulässig sei, kann demgegenüber nicht ausschlaggebend sein.

§ 569. 1. Vgl. JDR. **5** § 574 Ziff. 4. Wie dort RG., so auch BayObLG., SeuffBl. **06** 629, R. **07** 134 Ziff. 236.

2. WürttJ. **19** 95 (VGH. Stuttgart). Der Satz, daß zu den wesentlichen Erfordernissen der Beschwerde die Unterzeichnung des Beschwerdeschriftsatzes gehört, gilt auch in Verwaltungssachen (vgl. **RG. 31** 375, **46** 375).

§ 570. 1. Jenne, KGBl. **07** 65 ff., bejaht die Frage, ob die Beweisauf-

nahme in der Beschwerdeinstanz hinsichtlich eines zugeschobenen Eides den für die Beweisaufnahme in erster Instanz geltenden Bestimmungen unterstehe.

2. R. **07** 703 Ziff. 1473 (Colmar). Die zivilprozessuale weitere Beschwerde kann darauf gestützt werden, daß das Beschwerdegericht verabsäumt habe, die in der Beschwerdeschrift angeführten Tatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen.

3. SeuffBl. **07** 80 (Stuttgart). Gegenstand des Kostenfestsetzungsverfahrens und -Beschlusses sind die einzelnen geltend gemachten Posten, nicht etwa deren Gesamtbetrag. Gegenstand einer Beschwerde des Anspruchsberechtigten können daher auch nur die einzelnen, in dem Beschlusse ganz oder teilweise gestrichenen Posten sein. Werden in der Beschwerdeinstanz an Stelle solcher Posten, wenn auch ohne Erhöhung des Gesamtbetrags, andere verlangt, so wird damit ein anderer Anspruch geltend gemacht; hierzu bedarf es der Einwilligung des Gegners.

§ 574. 1. **RG. 65** 345, JW. **07** 267, R. **07** 1209 Ziff. 2992. Der Antrag auf Entscheidung des Beschwerdegerichts (§ 574 Abs. 2 ZPO.) muß in der im § 569 Abs. 2 ZPO. vorgeschriebenen Form (Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers des Oberlandesgerichts, oder Einreichung eines Protokolls des Gerichtsschreibers eines Amtsgerichts oder eines von einem Rechtsanwalt unterzeichneten Schriftstücks) nach § 569 Abs. 1 ZPO. bei dem Oberlandesgericht erfolgen; durch Einreichung beim Amtsgerichte wird die Frist nicht gewahrt.

2. **RG.** SächsRpflA. **07** 84, GruchotsBeitr. **50** 1118. Im Falle des § 574 Abs. 2 Satz 2 ZPO. ergeht die Entscheidung des Beschwerdegerichts gebührenfrei (vgl. JDR. **5** § 574 Ziff. 3).

§ 575. 1. **RG.** 20. 6. 07, RJA. 8 247, ZBlFG. 8 277, PosMSchr. **07** 114. In den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit steht dem Beschwerdegerichte die im § 575 ZPO. bezeichnete Befugnis zu. Ebenso Naumburg AK. **07** 71 (KG.).

2. du Chesne, BadRpr. **07** 292, bespricht die Entscheidung zu 1, die er billigt, und verneint die Frage, ob sie auch für Grundbuchsachen gelte.

3. OLG. **15** 259 (KG.) über Anwendung der §§ 575, 539 im Beschwerdeverfahren des § 99 ZPO.

§ 576. R. **07** 774 Ziff. 1718 (Hamburg). Hat der Gerichtsschreiber, entsprechend der Anordnung des Vorsitzenden, eine weitere vollstreckbare Ausfertigung erteilt, so kann der Schuldner die Entscheidung des Prozeßgerichts nachsuchen (§ 576). Geht dessen Entscheidung dahin, daß die weitere Ausfertigung mit Recht erteilt sei, so ist das keine Entscheidung im Zwangsvollstreckungsverfahren, wogegen die sofortige Beschwerde nach Maßgabe § 773 ZPO. zulässig wäre, sondern eine die Zwangsvollstreckung vorbereitende Maßregel. Die Entscheidung des Prozeßgerichts unterliegt auch nicht etwa der Beschwerde nach § 576 Abs. 2. Denn hier wird nicht bestimmt, daß gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts Beschwerde zulässig ist, sondern nur bestimmt, daß die Beschwerde — wenn sie zulässig ist — gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts und nicht etwa des Gerichtsschreibers stattfindet. Man kann auch nicht sagen, daß eine Entscheidung vorliege, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen werde (§ 567). Das Gesuch ist nicht zurückgewiesen, sondern es ist ihm stattgegeben. Der Antrag des Gegners, die weitere vollstreckbare Ausfertigung nicht zu erteilen, ist kein selbständiges Gesuch, sondern eine Verteidigung in der Form eines Antrags.

§ 577. *Wiedemann, Ideale Vereine, vgl. o. Ziff. 2 zu § 60 BGB.

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 578. 1. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 49 f. Vernichtung von konstitutiven Urteilen hat rückwirkende Kraft, aber nicht gegenüber Dritten, deren Rechtslage sich auf Grund des aufgehobenen Urteils umgestaltet hat, so auch nicht

gegenüber dem zweiten Ehegatten, der mit dem rechtskräftig geschiedenen sich verheiratet hat (die zweite Ehe bleibt gültig).

2. R. **07** 65 Ziff. 71 (Colmar). So wenig jemand, der nicht Partei im Prozesse war, gegen eine in ihm ergangene Entscheidung ein Rechtsmittel einlegen kann, so wenig kann ein Dritter die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen ein Urteil betreiben, das in einem zwischen a n d e r e n Parteien anhängig gewesenen Prozesse rechtskräftig geworden ist.

§ 580. a) SächsOVG. **10** 74 (SächsOVG.). Die Eingabe einer Partei im Parteiverwaltungsstreite, die der Gegenpartei zugestellt worden ist, und die sie beantwortet hat, kann für letztere weder als eine nachträglich aufgefundene Urkunde gelten, noch als eine solche, welche sie erst nach dem Abschlusse des ordentlichen Verfahrens zu benutzen die Möglichkeit erlangt habe. **b)** **RG.** JW. **07** 206, SächsRpflA. **07** 319, PBl. **07** 132. Es genügt nicht, daß der Restitutionskläger von einer neuen Urkunde hört, daß er erfährt, wo sie sich befindet, und daß er imstande ist, Existenz und Inhalt der Urkunde durch andere Beweismittel, namentlich Zeugen, darzutun. **c)** BuschsZ. **37** 94 (Stettin). Der Restitutionskläger war in dem vorhergehenden Verfahren hauptsächlich wegen der beeideten Aussage eines Zeugen verurteilt worden. Seine Restitutionsklage stützte sich darauf, daß derselbe Zeuge in einer Untersuchungssache gegen ihn zu Protokoll des Amtsrichters eine uneidliche Aussage gemacht habe, die seiner eidlichen Prozeßaussage so sehr widerspreche, daß dieser die ihr früher vom erkennenden Gerichte beigemessene Glaubwürdigkeit nicht mehr zuerkannt werden dürfe. Von diesem Protokolle habe er erst neuerdings Kenntnis erhalten. Die Restitutionsklage ist unzulässig. Ihre Zulassung würde dem Grundgedanken des § 380 Ziff. 3 widerstreiten; auch ist die Urkunde nicht geeignet, eine „günstigere Entscheidung" herbeizuführen. **d)** R. **07** 1328 Ziff. 3350 (Hamburg). Eine Restitutionsklage kann nicht auf eine Urkunde gestützt werden, welche erst nach Erlaß des Urteils, dessen Restitution beantragt wird, errichtet wird; namentlich dann nicht, wenn diese Urkunde weiter nichts enthält, als die außergerichtliche Aussage eines bisher nicht vernommenen Zeugen.

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 592. 1. R. **07** 1267 Ziff. 3167 (Frankfurt). Um als Grundlage im Urkundenprozesse zu dienen, braucht eine Urkunde nicht formell beweiskräftig zu sein, es genügt vielmehr jede Urkunde, die als solche geeignet ist, die volle richterliche Überzeugung von der Wahrheit der zu beweisenden Tatsache zu begründen.

2. OLG. **15** 154 (KG.). Unzulässig ist eine Verbindung eines Urkundenprozesses mit einem Ordinarprozesse.

§ 593. OLG. **15** 271 (Celle). Auf die Einhaltung der im Abs. 2 Satz 2 erwähnten Frist kann verzichtet werden. Ein Verzicht ist darin zu sehen, daß eine Vertagung der Verhandlung nicht begehrt wird.

§ 596. R. **07** 517 Ziff. 1064 (Colmar). Die Erklärung, vom Urkundenprozeß abzustehen, muß in der mündlichen Verhandlung abgegeben werden; die Zustellung eines die Erklärung enthaltenden Schriftsatzes hat bloß vorbereitende Bedeutung. Der § 271 Abs. 2 ZPO. ist auch nicht im Wege der Analogie hier anwendbar. Denn die Erklärung des Abstehens vom Urkundenprozeß ist nicht sowohl einer Zurücknahme als etwa einer Änderung der Klage vergleichbar und auch diese vollzieht sich erst durch eine in der mündlichen Verhandlung abgegebene Erklärung.

§ 599. OLG. **14** 160, R. **07** 899 Ziff. 2143 (KG.). Vorschriften, nach denen die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem unter Vorbehalt der Rechte ergangenen, in betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteil anzusehenden Wechselurteile mit Rücksicht auf die Fortsetzung des Rechtsstreits im

ordentlichen Verfahren zulässig wäre, enthält die ZPO. nicht. Auch eine analoge Anwendung des § 707 ist ausgeschlossen (ebenso ElsLothJZ. **07** 483 [Colmar]).

§ 600. OLG. **15** 272 (KG.) betrifft die Giltigkeit des Verzichts auf den Vorbehalt der Ausführung der Rechte im ordentlichen Verfahren.

§ 603. 1. Hagelberg, KGBl. **07** 73 ff. Unter „Zahlungsort" im § 603 ZPO. ist dasselbe zu verstehen, wie unter dem gleichen Ausdruck im Art. 4 Ziff. 8, Art. 24 WO. Zahlungsort ist lediglich die Ortschaft, Stadt, Gemeinde, nicht ein bestimmter Punkt oder ein bestimmtes Grundstück in ihr. Demnach kann unter „Gericht des Zahlungsorts" nicht ohne weiteres dasjenige Gericht verstanden werden, in dessen Bezirk ein bestimmtes Haus belegen ist. Für Fälle, in denen „Berlin" Zahlungsort ist, sind alle drei Berliner Landgerichte zuständig.

2. OLG. **15** 154, KGBl. **07** 71 (KG.). Wenn in einem Wechsel als Zahlungsort Berlin mit Angabe der Straße und Hausnummer enthalten ist, so ist dasjenige Berliner Gericht zuständig, in dessen Bezirke die angegebene Straße liegt.

3. R. **07** 517 Ziff. 1065 (KG.). Der Gerichtsstand des einen von mehreren im Wechselprozesse Beklagten gilt für alle Mitbeklagten, wenn jener nicht lediglich deshalb mit verklagt ist, um den danach sich bestimmenden Gemeinschaftsgerichtsstand zu begründen.

§ 604. Marcus, R. **07** 1126, spricht sich gegen eine Änderung des § 604 aus.

Sechstes Buch. Ehesachen. Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Ehesachen.

§ 606. 1. **RG.** JW. **07** 127, SchlHolstAnz. **07** 203. In England herrscht auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts, insbesondere in Ehesachen, die lex domicilii. Ein Engländer, der, in Deutschland wohnend, dort heiratet, kann von seiner Ehefrau beim Landgerichte seines Wohnorts auf Scheidung verklagt werden.

2. BayRpflZ. **06** 485 (LG. München). Sind beide Ehegatten türkische Staatsangehörige, so sind die deutschen Gerichte unzuständig.

3. OLG. **14** 241 (KG.) s. o. Ziff. II 2 zu §§ 1564 ff. BGB.

4. OLG. **13** 72, R. **07** 189 Ziff. 351 (KG.). In Ehesachen, wo die Zuständigkeit eine von Amtswegen zu prüfende, nicht verzichtbare Prozeßvoraussetzung ist, erscheint die Möglichkeit einer nachträglichen Heilung der örtlichen Unzuständigkeit durch Wohnsitzverlegung nach Klagezustellung ausgeschlossen.

§ 608. 1. **RG.** JW. **07** 391, SächsRpflA. **07** 373, R. **07** 774 Ziff. 1715. Die Vorschriften über den Sühneversuch finden auf Rechtsstreitigkeiten, welche die Anfechtung einer Ehe zum Gegenstande haben, keine Anwendung. Die Ladung zum Sühnetermine begründet für den Eheprozeß keine Rechtshängigkeit.

2. WürttJ. **19** 304 (Stuttgart). Der zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt kann die Gebühr des § 37 RAGebO. für die Mitwirkung bei einem Sühneversuch im Sinne der §§ 608 ff. ZPO. in Anspruch nehmen.

Zu §§ 614—616. 1. **RG.** SächsRpflA. **07** 341. Das den §§ 614—616 ZPO. zugrunde liegende Prinzip ist, daß im Eheprozesse die Frage des Bestandes der Ehe nach allen Richtungen hin zur Entscheidung zu bringen ist. Daß die Anfechtungsklage, wenn in erster Instanz nur auf Scheidung geklagt ist, noch in zweiter Instanz mit der Scheidungsklage verbunden werden kann, ist vom RG. mehrfach anerkannt (**RG. 31** 15, JW. **00** 623).

2. **RG.** JW. **07** 391, SächsRpflA. **07** 373, SeuffBl. **07** 1038. Wird von einem Ehegatten eine der im § 615 ZPO. bezeichneten Klagen erhoben, so wird hierdurch der Bestand der Ehe in seinem ganzen Umfang ergriffen und rechtshängig

(vgl. z. B. **RG.** JW. **04** 147). Erhebt also der eine Ehegatte während der Anhängigkeit der vom anderen Ehegatten verfolgten Anfechtungs- und Scheidungsklage seinerseits die Anfechtungsklage vor einem anderen Gerichte, so schlägt die Einrede der Rechtshängigkeit durch.

3. **RG.** R. **07** 1328 Ziff. 3351. Die Vorschriften der §§ 614—616 bezwecken im öffentlichen Interesse einer Vervielfältigung der auf Lösung der Ehe gerichteten Prozesse unter denselben Eheleuten vorzubeugen. Zu diesem Behufe sollen die Ehegatten, falls von einem derselben der Bestand der Ehe in einer Richtung zum Gegenstand einer Anfechtungs- oder Scheidungsklage gemacht wird, nicht nur berechtigt sein, sondern auch genötigt werden, soweit es das ihnen zur Verfügung stehende Tatsachenmaterial zuläßt, alle auf Anfechtung oder Scheidung der Ehe gerichteten Ansprüche im Wege der Klage oder Widerklage bei Vermeidung späterer Nichtberücksichtigung geltend zu machen.

4. R. **07** 1143 Ziff. 2780 (Frankfurt). Wenn neben einer Ehescheidungsklage noch eine Anfechtungsklage besonders erhoben worden ist, beide Prozesse dann im Einverständnisse der Parteien durch Gerichtsbeschluß verbunden und einheitlich verhandelt worden sind, so ist ein die Verbindung wieder aufhebender Gerichtsbeschluß und eine Entscheidung über die Anfechtung allein prozessual unzulässig.

5. HessRspr. **8** 91 (Darmstadt). Nach Erhebung der Scheidungsklage ist eine selbständige Anfechtungsklage des Beklagten unzulässig (**RG. 59** 410). Die Ehescheidungsklage bewirkt nicht die Rechtshängigkeit der Widerklage auf Anfechtung.

6. **RG.** JW. **06** 718 Ziff. 18, R. **07** 189 Ziff. 352. Im Ehescheidungsprozesse darf die Entscheidung über die Klage nicht von derjenigen über die Widerklage in der Art getrennt werden, daß auf die Widerklage unbedingt geschieden und in Ansehung der Klage auf einen Eid erkannt wird (ähnlich **RG.** R. **07** 1412 Ziff. 3571).

§ 615. **RG.** BayRpflZ. **07** 17. Das Verbindungsverbot des § 615 gilt für einstweilige Verfügungen nicht.

§ 616. 1. **RG.** JW. **07** 521, R. **07** 1143 Ziff. 2781. Im Ehescheidungsverfahren ist es unzulässig, neben der kontradiktorischen, die Scheidung auf die Widerklage aussprechenden Entscheidung gleichzeitig im Wege des Versäumnisurteils die vom anderen Teile auf Ehescheidung erhobene Klage abzuweisen und damit die Möglichkeit einer besonderen rechtskräftigen Teilentscheidung zu schaffen. Nach der Natur des Ehescheidungsprozesses kann vielmehr die Entscheidung über Klage und Widerklage auch beim Ausbleiben eines Teiles nur als ein einheitliches kontradiktorisches Urteil ergehen, gegen das allein die Berufung in der ganzen Ausdehnung dieses Rechtsmittels gegeben ist.

2. DJZ. **07** 1092, R. **07** 1412 Ziff. 3572 (Hamburg). Eine Zurücknahme der Klage ist keine Abweisung im Sinne des § 616.

3. R. **07** 981 Ziff. 2354 (Augsburg). Auch gegenüber einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens hat die beklagte Partei alle Tatsachen vorzubringen, die sie geltend machen kann.

§ 617. 1. OLG. **15** 156 (Hamburg). Im Eheprozesse sind Versäumnisurteil und Anschlußberufung zwecks Aufrechterhaltung der Ehe trotz § 617 zulässig.

2. **RG.** SächsRpflA. **07** 375. Die Eideszuschiebung über Behauptungen, die zwar zur Abwehr der Scheidungsklage bestimmt sind, zugleich aber zur Begründung der Scheidungswiderklage dienen, ist unzulässig (ebenso **RG.** JW. **04** 147).

3. **RG.** R. **07** 65 Ziff. 74. Auch im Eheprozesse sind die Parteien nicht von der Verpflichtung entbunden, rechtzeitig die Verletzung einer das Verfahren betreffenden Vorschrift gemäß § 295 ZPO. zu rügen, wenn die Verletzung darin bestanden hat, daß sie von dem vor dem ersuchten Richter angesetzten Termine zum Zeugenverhöre nicht benachrichtigt worden sind. Unverzichtbare Rechte im Sinne des Abs. 2 des § 295 sind dabei nicht in Frage.

4. **RG.** R. **08** (Beibl. 2) 22 Ziff. 131. Hat im Scheidungsprozeß eine Partei eine Erklärung abgegeben, die — eine Ehefrau hatte erklärt, daß sie im Brautstande sich einem anderen Manne geschlechtlich hingegeben habe — im Falle der Wahrheit die von der anderen Seite erhobene Anfechtungsklage, im Falle der Unwahrheit die Scheidungsklage begründen würde, so besteht für das Gericht doch nicht die Notwendigkeit, sich für eine der beiden Möglichkeiten zu entscheiden. Es sind vielmehr die Anfechtungsklage und die Scheidungsklage abzuweisen, wenn das Gericht weder die Überzeugung von der Wahrheit, noch die Überzeugung von der Unwahrheit jener Erklärung gewinnen kann.

5. SeuffA. **62** 211 (KG.). Das Gericht darf das Geständnis von Tatsachen, die die Ehescheidung begründen sollen, für die Bildung seiner Überzeugung frei verwerten.

§ 618. 1. Weigert, DJZ. **07** 424, führt im Anschluß an die Entscheidung des **RG. 58** Nr. 79 aus, die Ansicht des RG. bedürfe insofern einer Einschränkung, als ein Versäumnisurteil gegen den Widerkläger im Ehescheidungsprozesse möglich sein müsse, und insofern einer Erweiterung, als das kontradiktorische Endurteil über die Hauptklage nicht vor Eintritt der Rechtskraft des über die Widerklage ergangenen Versäumnisurteils gesprochen werden dürfe.

2. **RG.** JW. **07** 481, R. **07** 836 Ziff. 1882. Die Verhandlung in einem Termine, zu welchem der Beklagte nicht ordnungsmäßig geladen ist, ist auch dann unzulässig, wenn der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten in dem Termin erschienen, aber vor Eintritt in die mündliche Verhandlung Vertagung beantragt und nach Ablehnung dieses Antrags sich mit der Erklärung entfernt hat, daß er nicht auftreten wolle.

§ 627. I. Allgemeines. Vgl. JDR. **5** § 627 I und oben zu § 615.

II. Anwendungsgebiet und Verhältnis zu §§ 936—940. 1. Wegen der ständigen Rechtsprechung des RG., daß, soweit die Vorschrift des § 627 Abs. 1 zutrifft, auch die Voraussetzungen der §§ 936—944 ZPO. vorliegen müssen, vgl. JDR. **5** § 627 II 3. Ebenso OldZ. **34** 104 (Oldenburg).

2. **a)** HansGZ. **07** Beibl. 195 (Hamburg). Durch § 627 ZPO. ist dem Gerichte die Befugnis beigelegt, den Verkehr des Kindes mit demjenigen Elternteile zu regeln, dem es für die Dauer des Rechtsstreits die Sorge für die Person des Kindes entzogen hat (so auch **RG.** JW. **02** Beil. 207). Nur wenn besonders wichtige Gründe dafür sprechen, darf diesem Elternteile der Verkehr mit dem Kinde ganz entzogen werden. Maßgebend ist die Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles des Kindes durch den Verkehr; die Gefahr neuer Streitigkeiten zwischen den Ehegatten infolge des Verkehrs genügt nicht (vgl. JDR. **5** § 627 II 4). **b) RG.** BayRpflZ. **07** 415. Auf Grund des § 627 ZPO. können Anordnungen über die Sorge für die Person gemeinschaftlicher ehelicher Kinder getroffen werden, ohne daß gleichzeitig den Gatten das Getrenntleben gestattet wird. Bei solchen Anordnungen ist in erster Linie auf das Interesse der Kinder Rücksicht zu nehmen. **c) RG.** R. **07** 1537 Ziff. 3824. Solange eine nach § 627 ZPO. in einem schwebenden Ehestreit erlassene einstweilige Verfügung, durch welche für die Dauer des Ehestreits der Ehefrau die Sorge für die Person des gemeinschaftlichen Kindes übertragen ist, zu Recht besteht, kann der Ehemann nicht auf Herausgabe des Kindes gegen die Ehefrau klagen. Es ist einflußlos, ob die einstweilige Verfügung erst nach Erhebung der Klage auf Herausgabe des Kindes beantragt und erwirkt ist. **d)** SeuffA. **62** 411 (Braunschweig) über die Anwendbarkeit des § 1636 BGB. bei einer Anordnung des Gerichts über die Art und Weise des Verkehrs der Eltern mit ihren Kindern.

III. Unterhaltspflicht. 1. **RG.** R. **07** 774 Ziff. 1716. Die Grundlage für die Zusprechung einer Rente bildet die Überzeugung des Gerichts, daß, solange der Eheprozeß schwebt, ein erträgliches Zusammenleben der Parteien nicht zu erwarten ist.

2. BayRpflZ. **07** 395 (München). Aus einer einstweiligen Verfügung über Ge-

während des Unterhalts kann auch nach rechtskräftiger Scheidung vollstreckt werden, soweit der für die Zeit der Dauer des Prozesses rückständige Unterhalt gefordert wird, da die Beendigung des Scheidungsprozesses nur das Ende des Zeitraums für die materielle Unterhaltspflicht bedeutet.

IV. Gestattung des Getrenntlebens. KGBl. **07** 35, SchlHolstAnz. **07** 175, R. **07** 704 Ziff. 1475 (KG.). Einstweilige Verfügungen, durch die einem Ehegatten das Getrenntleben während der Dauer des Scheidungsprozesses gestattet wird, sind auch aus anderen Gründen, als den im § 1353 BGB. bezeichneten zulässig.

§ 629. *Pagenstecher, Die praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft, BuschsZ. **37** 25 ff., behauptet: Wird in einem Prozesse zwischen den Ehegatten (vgl. § 606 Abs. 1 ZPO.) das Nichtbestehen einer Ehe durch (negatives) Ehefeststellungsurteil zu Unrecht rechtskräftig festgestellt, so wird hierdurch die bis dahin bestehende Ehe aufgelöst (ebenso Kohler, Enzyklopädie II 148). Wird das Ehefeststellungsurteil später im Wiederaufnahmeverfahren (durch ein judicium rescindens) beseitigt, so wird die Ehe mit rückwirkender Kraft wiederhergestellt. Die Rückwirkung ist aber insoweit ausgeschlossen, als nicht mehr res integra ist. ➡ Es gilt hier alles, was Hellwig DJZ. **04** 838 ff. V Abs. 1 für den Fall der Wiederaufhebung des Ehescheidungsurteils ausgeführt hat. — Bei Zugrundelegung von Hellwigs Rechtskrafttheorie gelangt man dagegen zu all denjenigen Konsequenzen, die Hellwig aaO. V Abs. 2 für den Fall der Wiederaufhebung des Ehescheidungsurteils abgelehnt hat. ⬅

§§ 631, 632. HansGZ. **07** Beibl. 88, OLG. **14** 215. Ist eine wegen Bigamie nichtige Ehe nach Wegfall des Ehehindernisses wiederholt abgeschlossen worden, so ist, da die Nichtigkeitsklage nur zulässig ist, solange die nichtige Ehe (als nichtige) besteht, das Rechtsverhältnis, das Grundlage und Gegenstand der Nichtigkeitsklage bildete, weggefallen.

Zweiter Abschnitt. Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben.

Vorbemerkung: Über den wesentlichen Unterschied zwischen dem beim Prozeßgericht über den Anspruch des Klägers auf Herausgabe des Kindes geführten Prozeß und dem bei dem Vormundschaftsgericht anhängig gemachten Erziehungsstreit spricht sich **RG.** GruchotsBeitr. **51** 821 aus.

§ 640. SeuffA. **62** 374 (München). In entsprechender Anwendung des § 625 ZPO. sind nur die Urteile, die das (unbedingte) Nichtbestehen des Eltern- und Kindesverhältnisses aussprechen, von Amts wegen zuzustellen.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

§ 645. 1. OLG. **15** 157 (Karlsruhe). Verschwägerte sind keine Verwandten.

2. R. **07** 1140 Ziff. 2754 (BayObLG.). Die Tochter ist zur Stellung des Antrags auf Entmündigung ihres Vaters wegen Verschwendung und Trunksucht und darum auch zur Stellung des Antrags auf Stellung unter vorläufige Vormundschaft namentlich dann berechtigt, wenn sie mit ihm in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebt. Zur Stellung unter vorläufige Vormundschaft genügt die Glaubhaftmachung der Entmündigungstatsachen.

§ 654. **RG.** R. **07** 1328 Ziff. 3352. Im Entmündigungsverfahren ist der Berufungsrichter durch §§ 671, 654 ZPO. verpflichtet, die Entmündigte auch in zweiter Instanz persönlich unter Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständigen zu vernehmen (vgl. JDR. **5** § 654 Ziff. 2).

§ 658. 1. KGBl. **07** 57, 117 (KG.). Wird im amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahren die Entmündigung abgelehnt, so brauchen die dem Antragsteller durch seine Vertretung in diesem Verfahren erwachsenen Anwaltskosten seitens der Staatskasse nicht erstattet zu werden. AA. KG. JDR. **5** § 658.

2. HessRspr. **8** 43 (LG. Mainz). Wird das Entmündigungsverfahren infolge des Todes des zu Entmündigenden gegenstandslos, so hat die Staatskasse die Kosten zu tragen. Gegen den Beschluß des Amtsgerichts, der diese Kostenfolge ausspricht, ist nach §§ 99 Abs. 3 ZPO. die sofortige Beschwerde gegeben.

§ 668. KGJ. **33** B. 33, R. **07** 981 Ziff. 2355 (KG.). Ist einer armen Partei zur Anfechtung des amtsgerichtlichen Entmündigungsbeschlusses nach § 668 ZPO. ein Rechtsanwalt beigeordnet, gleichzeitig aber die Bewilligung des Armenrechts wegen Aussichtslosigkeit abgelehnt, so kann der Rechtsanwalt für den Stempel zu der von ihm überreichten Prozeßvollmacht aus § 13 d PrStempStG. nicht haftbar gemacht werden.

§ 671. Vgl. zu § 654.

§ 676. BadRpr. **07** 276 (LG. Offenburg). Die Voraussetzungen des § 676 Abs. 2 ZPO. sind gegeben, wenn der Entmündigte nach der Entmündigung die deutsche Staatsangehörigkeit verloren und das amerikanische Staatsbürgerrecht erworben hat und in Amerika wohnhaft ist.

§ 680. **RG.** R. **07** 456 Ziff. 918. Zur Stellung des Antrags auf Entmündigung wegen Verschwendung ist der Herzogl. Sachs.-Mein. Landrat nicht befugt.

§§ 680, 684. **RG.** R. **07** 1541 Ziff. 3856. In dem Verfahren über die Anfechtungsklage ist nur zu prüfen, ob der Entmündigungsbeschluß zu der Zeit, als er erlassen wurde, gerechtfertigt war; später liegende Tatsachen kommen nur insoweit in Betracht, als aus ihnen beurteilt werden kann, ob der Entmündigungsbeschluß zur Zeit seiner Erlassung gerechtfertigt war. Das noch vor dem Amtsgerichte schwebende Entmündigungsverfahren (wegen Verschwendung und Trunksucht) mag einzustellen sein, wenn der Antragsteller stirbt oder diejenige Eigenschaft verliert, die ihn zu dem Antrage befähigt, insbesondere wenn die Ehe geschieden wird, nachdem die Ehefrau den Antrag gestellt hat. Ein nach Erlassung des Entmündigungsbeschlusses eintretender Wegfall der Voraussetzungen des Antragsrechts ist aber unbeachtlich. Die Anfechtungsklage ist auch in diesem Falle gegen den Antragsteller zu richten.

§ 684. 1. Böhner, R. **07** 499 f. Anfechtungsbeklagter ist diejenige Person, welche den Antrag auf Entmündigung gestellt hatte, unbekümmert darum, ob sie zur Zeit der Erhebung der Anfechtungsklage auch noch berechtigt war, den Antrag auf Entmündigung zu stellen. Wenn ein Ehegatte die Entmündigung des anderen wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht mit Erfolg beantragt hatte und die Ehe späterhin geschieden ist, ist der geschiedene Ehegatte Anfechtungsbeklagter im Sinne des § 684 Abs. 3 ZPO.

2. **RG.** PosMSchr. **07** 169. Der auf Antrag der Frau entmündigte Mann hat die den Entmündigungsbeschluß anfechtende Klage auch dann gegen die Frau zu richten, wenn die Ehe inzwischen geschieden worden ist.

3. **RG.** R. **07** 1077 Ziff. 2614, GruchotsBeitr. **52** 159. Wird die Klage gegen einen Gemeindevorstand gerichtet, so braucht nicht erörtert zu werden, ob dieser in seiner Eigenschaft als Behörde oder als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde die Entmündigung beantragt hatte. Das Berufungsgericht kann die Sache an die erste Instanz zurückverweisen, wenn dort der angebliche Mangel der Parteifähigkeit mit Erfolg geltend gemacht war.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

§ 688. Orthal, Der Übergang vom Mahnverfahren zum ordentlichen Prozeßverfahren, JustdBl. **2** 84 ff., 98 ff., bespricht in gemeinverständlicher Weise die einzelnen denkbaren Stadien des Mahnverfahrens, mit Anführung von Beispielen.

§ 691. Im Kommentare von Petersen-Remelé [5] ist in Anm. 2 in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung vorgetragen: Die Verfügung durch die das Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehls zurückgewiesen wird, sei nicht dem Gläubiger gemäß § 329 ZPO. zuzustellen. Begründet wird dies damit, die Vorschrift stehe nicht in den allgemeinen Bestimmungen des ersten Buches, sondern im zweiten Buche, dessen Vorschriften nicht für das Mahnverfahren gelten, da dieses ein von dem ordentlichen abweichendes Verfahren bilde. Nur gegen diese Begründung wendet sich Peters GruchotsBeitr. **51** 254 ff., indem er ausführt, daß eine entsprechende Anwendung des § 329 an sich nicht ausgeschlossen sei; er begründet den obigen Satz aus der Eigenschaft des Mahnverfahrens als bloßen Registerverfahrens.

§ 692. Lehmer, JustdBl. **1** 229. Der Grundsatz des § 123 ZPO., daß alle Rechte der armen Partei im Wege einer cessio necessaria auf den Fiskus übergehen, wenn der Gegner der armen Partei zur Kostentragung verurteilt ist, ist auch für die Kosten des Mahnverfahrens maßgebend. Deshalb geht bei eingetretener Rechtskraft des Vollstreckungsbefehls der Anspruch auf die Kosten des Mahnverfahrens, sowohl Gerichts- wie Gerichtsvollzieherkosten, welche die Staatskasse dem Mahnkläger einstweilen gestundet hat, auch dem Mahnbeklagten gegenüber auf die Staatskasse über. — Das gleiche gilt auch im Zwangsvollstreckungsverfahren, wenn der Antragsteller im Armenrecht ist. Auch hier greift § 123 ZPO. durch. ➳ Vgl. auch Lehmer, JustdBl. **1** 312. Red. ⟵

§ 694. Wertheimer, BayRpflZ. **07** 81. Wird gelegentlich der Einlegung des Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl vom Widersprechenden eine empfangsbedürftige Willenserklärung (etwa ein Versprechen der Zahlung, sobald ihm dieselbe möglich sei) zunächst an das Gericht abgegeben, und von diesem der Gegenpartei übermittelt, muß die Willenserklärung als der Gegenpartei zugegangen angesehen werden. Der Widersprechende muß mit der Tatsache dieser Zugehung rechnen.

§ 695. Weigelin, R. **07** 961 f. Nimmt der Schuldner seinen bereits erklärten Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl zurück, so darf daraufhin ein Vollstreckungsbefehl erlassen werden.

§ 698. Levis, R. **07** 238. Damit der mit dem Privileg der Gebührenfreiheit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ausgestattete Landesfiskus, welcher einen Zahlungsbefehl erwirkt, auch in dem Falle vom Schuldner die Gebühr für den Zahlungsbefehl verlangen könne, in dem der Schuldner der Zahlungsaufforderung vor Erlaß des Vollstreckungsbefehls genügt, muß er in dem Gesuch um Erlaß des Zahlungsbefehls erklären, daß er auf die Geltendmachung seines Gebührenvorrechts verzichte.

§ 700. HansGZ. **07** Beibl. 133. (LG. Hamburg). Wird gegen einen Vollstrecknngsbefehl, der auf mehr als 300 M. lautet, Einspruch eingelegt, so ist das Amtsgericht, das die materielle Entscheidung dem Landgerichte zu überlassen hat, befugt, den Vollstreckungsbefehl wieder aufzuheben, und darf sich nicht auf den Ausspruch beschränken, daß der Einspruch in gesetzlicher Frist und Form eingelegt sei (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **32** 739).

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

Zu §§ 704 ff. Literatur: Müller W. M., Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts. Berlin 1907.

SeuffBl. **07** 748 (München). Bei Zweifelhaftigkeit oder Unvollständigkeit des Urteilsinhalts lassen Rechtslehre und Rechtsprechung eine Klage auf Feststellung des Urteilsinhalts, eine Ergänzungsklage zu (vgl. Gaupp-Stein Vorbem. IVb zu § 704, Falkmann [2] § 10, Planck, Lehrb. II § 171). Über die Zuständigkeitsfrage besteht Streit. Einige lassen die allgemeinen Zuständigkeitsregeln gelten (vgl. Gaupp-Stein, Falkmann); Planck aaO. 656 entscheidet sich auf Grund rechtsähnlicher Anwendung des § 767 für die ausschließliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts I. Instanz. OLG. tritt letzterer Ansicht im Ergebnisse bei. Das System der ZPO. sehe für die Rechtsbehelfe in Ansehung des Vollstreckungsanspruchs grundsätzlich von den allgemeinen Zuständigkeitsnormen ab und erkläre, wenn der Vollstreckungsanspruch überhaupt in Frage komme, das Prozeßgericht erster Instanz, wenn es sich um eine einzelne Betätigung des Vollstreckungsanspruchs handelte, das Vollstreckungsgericht für zuständig. Unter erstere Klasse falle der Streit über den Urteilsinhalt.

§ 706. SeuffBl. **07** 1058 (München). Der Gerichtsvollzieher des Berufungsgerichts ist berechtigt, die Erteilung des Zeugnisses über die Rechtskraft mangels Vorlegung der Nachweisung der Zustellung des ersten Urteils abzulehnen, da er sonst nur bestätigen kann, daß überhaupt kein Schriftsatz zur Terminsbestimmung eingegangen ist, nicht aber, daß „innerhalb der Notfrist“ ein solcher nicht eingegangen ist.

§ 707. 1. OLG. **15** 1 (KG). Da die §§ 707, 719 bezwecken, Härten, welche die Vollstreckung eines später nicht aufrechterhaltenen Urteils mit sich bringen würde, durch Einstellung der Zwangsvollstreckung zu beseitigen, so kann eine Einstellung nicht erfolgen, wenn das Urteil, aus dem die Zwangsvollstreckung betrieben wird, einem Rechtsmittel überhaupt nicht unterliegt.

2. Abs. 2. **RG.** JW. **07** 840, R. **07** 1542. Ob eine Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung anzuordnen ist, muß auf Grund des freien richterlichen Ermessens geprüft werden. Die hiernach getroffene Anordnung, die einer schriftlichen Begründung nicht bedarf, unterliegt nicht der Anfechtung. Der Beschluß aus § 707 Abs. 1 ist nur dann anfechtbar, wenn der Beschwerdeführer dartut, daß die Anordnung unter allen Umständen als ungesetzlich und unzulässig zu erachten ist. — Ebenso ElsLothJZ. **07** 24 (Colmar), das in einem Falle gemäß § 102 Abs. 1 ZPO. dem Rechtsanwalte die Kosten der unzulässigen Beschwerde auferlegt (s. auch zu § 719).

§ 709. 1. Ziff. 1. Mittelstein, SeuffBl. **07** 361. Unter „Wohnräumen und anderen Räumen“ im Sinne des § 709 Ziff. 1 ZPO. sind ebenso wie in dem des § 580 BGB. nur Räume zu verstehen, welche sich in Grundstücken bzw. in Baulichkeiten befinden, welche auf Grundstücken errichtet sind. Grundstücke als solche und „Behältnisse“ (§ 758 Abs. 1) fallen nicht unter § 709 Ziff. 1, letztere selbst dann nicht, wenn sie (wie z. B. Banksafes) in Verbindung mit einem Grundstücke stehen.

2. Ziff. 4. Die Streitfrage, ob die lediglich zu den Kosten verurteilenden Entscheidungen — insbesondere klagabweisende Urteile und Urteile, durch welche die Berufung zurückgewiesen wird — für vorläufig vollstreckbar erklärt werden können, ist von beiden Senaten des OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **07** 162, in feststehender Praxis verneint. Als Gründe der Verneinung sind angeführt: Das ein Rechtsmittel verwerfende Urteil „betreffe“ bezüglich der Kosten keinen vermögensrechtlichen Anspruch, d. h. einen im Prozesse behaupteten Anspruch, sondern be-

gründe insoweit erst einen im Kostenfestsetzungsverfahren zu verfolgenden Anspruch (Planck, Lehrb. II 640). Ferner: bei klagabweisenden Urteilen bilden die Kosten nicht den — nach §§ 3—9 ZPO. zu berechnenden Gegenstand der Verurteilung (Gaupp-Stein zu § 709 Note III). Wie OLG. Braunschweig ferner noch Raydt, Vorläufige Vollstreckbarkeit 58 ff. (vgl. dort die Literaturzusammenstellung), SeuffA. **44** Ziff. 290, OLG. **2** 132. Abweichend: Petersen-Anger § 709 IIIb, SeuffA. **47** Ziff. 300, OLG. **2** 130 (Breslau).

§ 710. 1. BreslauAK. **07** 57. (LG. Beuthen). Hat der Kläger ein gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbares Urteil nach Hinterlegung einer Sicherheit in barem Gelde vollstreckt, und wird dann das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen, so hat der Beklagte wegen seines Anspruchs auf Rückzahlung des beigetriebenen Betrags (§ 717 Abs. 2) ein Pfandrecht an dem Anspruche des Klägers gegen die Hinterlegungsstelle auf Rückzahlung der hinterlegten Summe. Ein Gläubiger des Beklagten kann daher aus dem hinterlegten Betrage nur dadurch Befriedigung erlangen, daß er den dem Beklagten gegen die Kläger zustehenden pfandgesicherten Anspruch aus § 717 Abs. 2 pfänden und sich überweisen läßt.

2. (§ 717.) BayRpflZ. **07** 301 (München). Der Kläger, der zur Herbeiführung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils Sicherheit geleistet hat, kann vom Schuldner Ersatz der ihm durch die Hinterlegung einer Geldsumme entgangenen Zinsen nicht fordern.

§ 713. 1. Oppler, R. **07** 691. Dem Antrage des Schuldners, ihm die Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung nachzulassen, hat das Gericht nur in den Fällen zu entsprechen, in denen von Amts wegen oder auf Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils ohne Sicherheitsleistung des Gläubigers anzuordnen ist. Ist das Urteil überhaupt nur gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 710 aE., § 713 Abs. 1), so ist der vom Schuldner aus § 713 Abs. 2 gestellte Antrag gegenstandslos.

2. R. **07** 1144, OLG. **15** 23 (Hamburg). Eine Bestimmung, welche einen Antragsteller berechtigt, wenn sein Antrag unter Aufhebung einer zunächst ergangenen Entscheidung von dem Berufungsgerichte zurückgewiesen wird, die Folgen der Aufhebung der Entscheidung und der Zurückweisung durch Sicherheitsleistung abzuwenden, ist der ZPO. unbekannt.

§ 714. PosMSchr. **06** 158, R. **07** 189 (Posen). Der Antrag, das Urteil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären, kann, wenn er in erster Instanz versäumt ist, vom Kläger durch Anschlußberufung nachgeholt werden.

§ 715. 1. KGJ. **32** A 17 (KG.). Durch die §§ 109, 715 ist die Befugnis und die Pflicht der Hinterlegungsstelle nicht berührt, nach Maßgabe der für sie geltenden Bestimmungen des Landesgesetzes die Sicherheit ohne gerichtliche Anordnung zurückzugeben (Seuffert § 109 Anm. 6, § 715 Anm. 6, Gaupp-Stein § 109 Anm. V, § 715 Anm. I). Nach der PrHinterlO. ist die Rückgabe des vom Gläubiger zum Zwecke der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteile Hinterlegten im Falle der Rechtskraft des Urteils nicht von einer gerichtlichen Anordnung abhängig gemacht worden. Die Verwahrungsstelle hat zu erwägen, ob trotz Rechtskraft des Urteils irgendein tatsächliches Bedenken, wie etwa die Einreichung eines Gesuchs um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Rechtsmittelfrist oder die Erhebung der Wiederaufnahmeklage der Rückgabe der Sicherheit entgegenstehen.

2. a) Die Streitfrage, ob der prozeßbevollmächtigte Anwalt für den nach § 715 gestellten Antrag auf Rückgabe einer Sicherheit die besondere Gebühr des § 24 RA. GebO. beanspruchen kann (vgl. JDR. **1** § 715 Ziff. 3, **3** § 715 Ziff. 3, **4** § 715 Ziff. 3, **5** § 715 Ziff. 2), ist verneint von OLG. **15** 191 (Karlsruhe auch BadRpr. **07** 291), 192 (Breslau), 193 (Posen), HansGZ. **07** Beibl. 288 (Hamburg), WürttJ. **19** 305

(Stuttgart), ElsLothJZ. **07** 141 (Colmar), R. **07** 715 (Stettin). **b)** SächsOLG. **28** 284. Auch die Gebühr aus § 87 RAGebO. steht ihm für diesen Antrag nicht zu.

§ 716. Wegen anologer Anwendung des § 716 bei Übergehung der Entscheidung über den Antrag des Bekl. gemäß § 713 Abs. 2 vgl. oben zu § 319 Ziff. 3.

§ 717. I. **RG.** SeuffA. **62** 120 = **RG. 63** 330 (s. JDR. **5** § 717 Abs. 1 Ziff. 2). Gegen die vorläufig vollstreckte Forderung kann in der Berufungsinstanz — sofern die Bedingungen des § 529 erfüllt sind — eine neu entstandene Forderung aufgerechnet werden.

II. Abs. 2. 1. Anwendungsfälle. **a) RG. 64** 278, JW. **07** 19. Der Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ist auch dann gegeben, wenn das vorläufig vollstreckbare erste Urteil durch ein eidbedingtes Urteil zweiter Instanz abgeändert wird. Wenn auch durch ein solches Urteil noch nicht endgültig über den Klagantrag erkannt wird und es möglich bleibt, daß er schließlich wieder zuerkannt wird, so genügt doch die formale Aufhebung oder Abänderung des ersten Urteils, um die Zwangsvollstreckung mindestens als verfrüht erscheinen zu lassen. Wird ein entsprechender Antrag gestellt, so ist bereits mit dem Erlasse des bedingten Endurteils auf Erstattung des auf Grund des aufgehobenen Urteils Beigetriebenen oder Gezahlten zu erkennen. Ebenso auf Grund des früheren § 655 Abs. 2: **RG. 12** 359, **25** 426, BolzePr. **12** Nr. 761 b, **22** 817, JW. **96** 249, **98** 48, 603 und **RG.** in einer neuen Entsch. R. **07** 1077. **b) RG.** BayRpflZ. **07** 455, PosMSchr. **07** 113. Die Schadensersatzpflicht nach § 707 Abs. 2 tritt auch dann ein, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil in der Berufungsinstanz zunächst durch ein bedingtes Endurteil ersetzt, später aber durch das Läuterungsurteil seinem Inhalte nach bestätigt wird. **c) RG.** FrankfRundsch. **06** 173, R. **07** 704. Zur Anwendung des § 717 Abs. 1 genügt, daß das frühere Urteil aufgehoben oder abgeändert wird. Es genügt daher Aufhebung gemäß § 539 ZPO. (wegen wesentlichen Mangels des Verfahrens) oder wegen mangelnder örtlicher Zuständigkeit. **d) RG.** R. **07** 1077. Dem Antrag auf Erstattung des auf Grund des erstinstanzlichen Urteils beigetriebenen Betrags ist auch dann stattzugeben, wenn vom Berufungsgerichte die Klage zurückgewiesen wird, weil der nicht prozeßfähige Beklagte im Prozesse nicht ordnungsmäßig vertreten sei. — Vgl. JDR. **1** § 717 I, **3** Ziff. 6, 7, **5** II 1.

2. Anwendung ausgeschlossen. **a)** OLG. **15** 1 (Frankfurt). Die Schadensersatzpflicht aus § 717 Abs. 2 greift nicht Platz, wenn das vorläufig vollstreckbare Urteil in der Berufungsinstanz nicht durch Urteil aufgehoben wird, sondern durch Vergleich seine Erledigung findet. **b)** OLG. **15** 273 (Celle). Im Beschwerdeverfahren wegen Aufhebung eines Kostenfestsetzungsbeschlusses findet § 717 keine Anwendung, da § 717 im § 795 nicht zitiert ist. Der Schadensersatzanspruch wegen zu Unrecht erfolgter Vollstreckung kann hier nur im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden.

3. Antrag. **RG.** R. **07** 982. Der Antrag aus § 717 Abs. 2 ist keine Widerklage, sondern nur ein Inzidentantrag, der mit dem Institute der vorläufigen Vollstreckbarkeit zusammenhängt.

4. Schadensersatz. **a)** Reichel, JheringsJ. **53** 133. Schon der durch die bloß begonnene Vollstreckung (Pfändung, Siegelung, Wegschaffung, Gebrauchsvorenthaltung) entstandene Schaden ist nach § 717 zu ersetzen. **b) RG. 64** 278, R. **07** 704. Der Schadensersatz besteht in erster Linie darin, daß die Vermögensverminderung, die durch die Zwangsvollstreckung für den Beklagten herbeigeführt ist, wieder ausgeglichen wird. Dieser zu ersetzende Schaden wird dadurch nicht beseitigt, daß andere Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien bestehen, aus denen der Beklagte dem Kläger als Schuldner gegenübersteht, zumal wenn es sich dabei um Schulden handelt, die zur Zeit der Zwangsvollstreckung noch nicht fällig waren.

c) R. **07** 65 (Hamm). Auch wenn beide Parteien Kaufleute sind, können Zinsen von dem beigetriebenen Betrage nur in Höhe von 4 pCt. gefordert werden.

5. Einwendungen. a) DJZ. **07** 720 (Braunschweig). Da der Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 dem materiellen Rechte angehört, können ihm gegenüber auch Einwendungen aus diesem, nicht bloß aus dem Prozeßrecht entgegengesetzt werden (Görres, BuschsZ. **35** 379, Petersen-Anger § 717 Abs. 2, Gaupp-Stein das. III 4, **RG.** SeuffA. **61** 208). Zu diesen sachlichen Einwendungen gehört auch die exceptio doli generalis. b) OLG. **15** 273 (Dresden). Gegenüber der Klage aus § 717 kann der Beklagte den Einwand erheben, das Urteil, durch welches das vorläufig vollstreckbare Erkenntnis aufgehoben ist, sei unter Verletzung der Eidespflicht erwirkt. c) Die bestrittene Frage, ob gegenüber der Klage aus § 717 Abs. 2 eine Aufrechnung zulässig sei (vgl. JDR. **4** § 717 Ziff. 2 a, **5** § 717 II 4, auch **3** § 717 Abs. 2 Ziff. 1) wird vom KG. (5. Sen.), OLG. **15** 274 im Anschluß an die auf Grund des § 655 Abs. 2 a. F. ergangene Entscheidung des **RG. 34** 354 jedenfalls für den Fall verneint, daß mit der Klage nur Rückerstattung des Gezahlten verlangt wird.

6. Übergangszeit. **RG.** FrankfRundsch. **06** 173, R. **07** 704 u. BayRpflZ. **07** 83. § 717 Abs. 2 findet keine Anwendung, wenn aus dem vorläufig vollstreckbaren Urteile die Zwangsvollstreckung vor 1900 betrieben, das Urteil dann nach 1900 aufgehoben worden ist.

7. Streitwert. OLG. **15** 157, HansGZ. **07** Beibl. 274 (Hamburg). Wenn auch an Stelle des im § 655 a. F. gegebenen Rückforderungsanspruchs im § 717 n. F. ein Schadensersatzanspruch getreten ist, so ist doch weiterhin im Anschluß an **RG. 9** 411 anzunehmen, daß, sofern dieser Anspruch in dem anhängigen Verfahren geltend gemacht wird, für den Streitwert der § 4 ZPO. maßgebend bleibt.

§ 718. 1. R. **07** 315 (Hamm). § 718 Abs. 1 bezieht sich lediglich auf die Verhandlung und Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit erstinstanzlicher, mit der Berufung angegriffener Urteile.

2. SeuffA. **62** 211 (München). Ist ein Urteil in erster Instanz für vorläufig vollstreckbar erklärt, so kann ein in erster Instanz nicht gestellter Antrag, das Urteil gemäß § 712 für nicht vorläufig vollstreckbar zu erklären, im Verfahren nach § 718 Abs. 1 jedenfalls dann nicht nachgeholt werden, wenn der Antrag schon vor Erlaß des erstinstanzlichen Urteils hätte gestellt werden können.

3. **RG. 66** 305, JW. **07** 678, R. **07** 1268. Über einen Antrag auf Abänderung der Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ist nur gemäß § 718 nach mündlicher Verhandlung durch Urteil, nicht nach §§ 707, 719 im Beschlußverfahren zu entscheiden. Anders bei einem Antrage, der nur die Verhinderung oder Erschwerung der Vollstreckung betrifft (z. B. Abhängigmachung der Vollstreckung von einer Sicherheitsleistung).

§ 719. (Vgl. zunächst o. zu § 707.) 1. ElsLothJZ. **07** 483 (Colmar). Die Anordnung der vorläufigen Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 707, 719 kann stets nur von dem für das Rechtsmittelverfahren zuständigen Gerichte, nicht durch das Vorinstanzgericht erlassen werden. Aus einem im Wechselprozeß unter Vorbehalt der Ausführung der Rechte im ordentlichen Verfahren ergangenen Urteile (§ 599) findet aber, ebenso wie im Falle des § 302, eine vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung überhaupt nicht statt.

2. OLG. **15** 296 (KG.). Auch wenn man die immerhin zweifelhafte Frage, ob die §§ 707, 719 überhaupt auf solche Urteile anwendbar sind, welche einen Arrestbefehl aufheben, im Anschluß an **RG. 25** 401 bejaht, insbesondere die Durchführung eines Arrestaufhebungsurteils als „Zwangsvollstreckung" ansehen kann, so ist doch eine Anordnung aus §§ 707, 719 jedenfalls dann nicht mehr zulässig, wenn durch

Aufhebung des Arrestpfändungsbeschlusses die Zwangsvollstreckung bereits beendet ist.

3. OLG. **14** 160 (KG.). Eine Einstellung der Vollstreckung aus dem unter Vorbehalt der Rechte ergangenen, in betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurteil anzusehenden Wechselurteile (§ 599) mit Rücksicht auf die Fortsetzung des Rechtsstreits im ordentlichen Verfahren ist unzulässig. § 719 trifft nicht zu, da das Nachverfahren weder als Rechtsmittel noch als Einspruch gelten kann. Die Voraussetzungen der §§ 767—769 liegen gleichfalls nicht vor. § 707 kann weder direkt noch analog angewendet werden.

4. **RG.** R. **07** 1268. Auf Grund der §§ 707, 719 kann auch die Erhöhung der in dem vorläufig vollstreckbaren Urteile bestimmten Sicherheit angeordnet werden.

5. ElsLothJZ. **07** 202 (LG. Saargemünd). Die vom Beklagten nach §§ 719, 707 bestellte Sicherheit haftet nicht bloß für das Interesse, das der Kläger daran hat, daß die Vollstreckung schon früher erfolgt wäre, das „Verzögerungsinteresse", sondern pfandgleich für dasjenige, wozu der Beklagte in der vorläufig für vollstreckbar erklärten Entscheidung verurteilt ist, insofern und insoweit diese Entscheidung demnächst zugunsten des Klägers bestehen bleibt (**RG. 25** 376).

§ 721. HansGZ. **07** Beibl. 263 (Hamburg). Nicht nur, wenn auf Grund eines gültigen Mietvertrags auf Räumung erkannt wird, sondern auch bei allen anderen auf Räumung lautenden Urteilen kann das Gericht eine Räumungsfrist bestimmen.

§ 722. 1. Neumeyer, DJZ. **07** 1193. Urteile des Auslandes können in Deutschland nur dann vollstreckt werden, wenn sie hier auch der Anerkennung fähig sind; eine Anerkennung erscheint nur dann statthaft, wenn deren Voraussetzungen im Zeitpunkte der Fällung des Urteils gegeben sind.

2. SeuffBl. **07** 123 (LG. München I). Auch der Vollstreckungsklage des § 722 gegenüber ist die Einrede der Aufrechnung an sich zulässig (**RG. 13** 347). Sie unterliegt aber der Schranke des § 767 Abs. 2, ist also nur insoweit zulässig, als sie nicht schon in dem früheren Verfahren geltend gemacht werden konnte.

§§ 724 ff. 1. *Müller aaO. 131 ff. Die Vollstreckungsklausel ist unerläßliche formelle Voraussetzung jedes Vollstreckungsverfahrens. Sie ist der Parteivereinbarung entzogen und unverzichtbar. Die Unterschrift ist absolut wesentlich, die Beifügung des Amtssiegels und der Gebrauch der im § 725 vorgeschriebenen Worte aber nur instruktionell. Als wesentliches Erfordernis muß die Klausel ferner in den Fällen des § 727 die Anordnung des Vorsitzenden und die Bezeichnung der Urkunden, bzw. den Vermerk der Offenkundigkeit enthalten. Ist sie in einem dieser wesentlichen Beziehungen mangelhaft, so ist die trotzdem betriebene Vollstreckung ebenso nichtig, als wenn die Klausel überhaupt fehlt.

2. Abweichend von einem früheren Beschlusse hat das KG., KGBl. **07** 32, die Erteilung der Vollstreckungsklausel zu einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil auf Zurückweisung des Rechtsmittels und über die Kosten abgelehnt. Die Vollstreckungsklausel solle nur dazu dienen, einen Schuldtitel zur Bewirkung der Zwangsvollstreckung geeignet zu machen. Im vorliegenden Falle sei aber die Zwangsvollstreckung aus dem Urteile deshalb ausgeschlossen, weil die Kosten ziffermäßig aus ihm nicht zu entnehmen seien.

§ 724. BreslauAK. **07** 6 (LG. Öls). Wird die Berufung gegen ein verurteilendes Erkenntnis erster Instanz durch vorläufig vollstreckbares Berufungsurteil zurückgewiesen, so ist die Vollstreckungsklausel zu dem ersten Urteile, nicht zu dem der höheren Instanz, zu erteilen.

§ 726. Literatur: Rieß, Die Vollstreckung von Urteilen auf Leistung „nach Empfang der Gegenleistung" (§ 322 Abs. 2 BGB.), GruchotsBeitr. **51** 581 ff.

1. Rieß aaO. (vgl. o. Ziff. 2 zu § 323 BGB.). Hat der klagende Teil vorzuleisten, so kann er, wenn der andere Teil im Verzuge der Annahme ist, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen (§ 322 Abs. 2 BGB.). Ein Vorleistungsurteil aus § 322 Abs. 2 BGB. steht für die Zwangsvollstreckung nicht — wie Planck (3) und Rehbein aus § 322 Abs. 3 BGB. entnehmen — einem Urteil auf Leistung Zug um Zug völlig gleich. Die Ausnahmevorschrift des § 726 Abs. 2 ZPO. (Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Gerichtsschreiber ohne Anordnung des Vorsitzenden, § 730) gilt vielmehr, wie ihre Entstehungsgeschichte beweist, nur für Zug-um-Zug-Urteile; für Vorleistungsurteile darf die Vollstreckungsklausel nach §§ 726 Abs. 1, 730 erst auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden, dem zuvor der Beweis des Annahmeverzugs oder der Befriedigung des Schuldners durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu erbringen ist. — Ebenso Gaupp-Stein (6/7) II Anm. 3 zu § 726, Seuffert (8) II 336 Anm. 2 zu § 726, Petersen-Anger (4) Anm. 4 zu § 756, Falkmann, ZwVollstr. (2) 127. — Daß der Schuldner sich fortdauernd im Annahmeverzuge befindet, wird aber nicht, wie die Begründung der ZPO.-Novelle (Hahn-Mugdan, Mater. zu den Reichsjustizgesetzen VIII 136, 137), Gaupp-Stein Anm. III zu § 727 und Falkmann 127 annehmen, in der Regel schon auf Grund der in dem Urteil enthaltenen Feststellung des Annahmeverzugs als bewiesen anzusehen sein. Es bedarf vielmehr des Nachweises, daß nach dem Urteilserlasse von neuem ein Annahmeverzug eingetreten ist. Ebenso Hellwig, Anspruch und Klagerecht 377 ff.

2. a) Engel, PosMSchr. **07** 145. Grundsätzlich muß der Gläubiger den Eintritt derjenigen Tatsache beweisen, von der die Fälligkeit des in vollstreckbarer Form versprochenen Kapitals abhängt. Dies gilt insbesondere auch von den Voraussetzungen des Kündigungsrechts wie Einleitung der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung des Grundstücks, Konkurs, Verlust des Eigentums des belasteten Grundstücks. Anders verhält es sich lediglich bezüglich der Nichtbezahlung oder nicht pünktlichen Zahlung von Zinsen. In diesem Falle ist es nach den allgemeinen Regeln über die Beweislast Sache des Schuldners, die rechtzeitige Zahlung zu beweisen. Diese Normen können durch Nebenabreden nicht geändert werden. Hat jedoch inhaltlich der vollstreckbaren Urkunde der Schuldner dem Gläubiger die Befugnis eingeräumt, sich eine vollstreckbare Ausfertigung ohne jeden Nachweis erteilen zu lassen, so ist dies zulässig und rechtswirksam. **b)** Während das KG., DJZ. **06** 1029, DNotV. **06** 776, in Abweichung von seiner früheren Rechtsprechung (OLG. **3** 151) angenommen hat, daß die Vollstreckungsklausel zu einer exekutorischen Urkunde in Ansehung einer Kapitalforderung, deren Fälligkeit durch einen Verzug in der Zinszahlung bedingt ist — sog. kassatorische Klausel —, erst erteilt werden darf, nachdem der Eintritt der Bedingung gemäß § 726 nachgewiesen ist, tritt das LG. Dresden, SächsRpflA. **07** 524, der herrschenden Meinung bei, wonach in Fällen der erwähnten Art die Nichtzahlung der Zinsen keine vom Gläubiger zu beweisende Tatsache ist, es vielmehr dem Schuldner überlassen bleibt, nach Erteilung der Klausel den Beweis, daß er die Zinsen gezahlt habe, zu führen (vgl. **RG. 41** 223, SeuffA. **43** 20, Gaupp-Stein § 726 Anm. II). **c)** PucheltsZ. **38** 52 (Colmar). Im Zweifel ist eine Beweispflicht des Gläubigers und mithin die Voraussetzung des § 726 Abs. 1 nicht gegeben im Falle der sog. „kassatorischen Klausel" — d. h. die Vereinbarung, daß die Rückzahlung eines, sei es im ganzen, sei es durch Terminzahlungen gestundeten Kapitals sofort fällig werden solle, wenn eine Termins- oder Zinszahlung nicht rechtzeitig erfolgt —, und bleibt es dem Schuldner überlassen, durch Nachweis der rechtzeitigen Zahlung die Zwangsvollstreckung abzuwenden. Anders liegt es, wenn zu der Nichtzahlung noch eine Handlung des Gläubigers, z. B. eine Kündigung, hinzukommen muß. Solche Hand-

lungen sind vom Gläubiger nachzuweisen, ehe ihm die Vollstreckungsklausel erteilt werden kann. Die Urkunden, durch welche dieser Nachweis erbracht wird, sind in der Klausel zu erwähnen. — Vgl. JDR. zu § 726, **1** 1, **3** 1. u. 2.

§ 727. 1. *Müller aaO. 121. § 86 (Fortbestehen der Vollmacht trotz des Todes des Machtgebers) betrifft nur das Erkenntnisverfahren. Für das Vollstreckungsverfahren kommt die besondere Vorschrift des § 727 in Betracht. Der Bevollmächtigte muß also, wenn er die Vollstreckung erst nach dem Tode des Gläubigers beantragen will, zunächst eine auf die Erben lautende Vollstreckungsklausel erwirken und diese nach § 750 zustellen.

2. **a)** HansGZ. **07** Beibl. 205 (Hamburg). § 727 findet auch auf nur vorläufig vollstreckbare Urteile Anwendung. Ebenso OLG. München, SeuffBl. **07** 1055, unter Berufung auf BayObLG. **14** 705. Auch von einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteile kann eine vollstreckbare Ausfertigung für den Rechtsnachfolger des Gläubigers erteilt werden. AM. **RG. 35** 386, JW. **98** 160. **b)** OLG. **15** 158, BraunschwZ. **07** 122 (Braunschweig) führt gegen **RG. 35** 386, JW. **98** 160, OLG. Jena, BuschsZ. **27** 345, Petersen, Struckmann-Koch aus, daß auch bei vorläufig vollstreckbaren, nicht nur bei rechtskräftigen Urteilen dem Rechtsnachfolger eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden könne; dies wird aus der Wortfassung des § 727 und dem Gegensatze zu der Sondervorschrift im § 729 Abs. 2 gefolgert. Die von den Gegnern aus §§ 265, 717 entnommenen Bedenken werden für nicht stichhaltig erklärt. Wie Braunschweig: Seuffert, Gaupp, OLG. **9** 112 (Rostock), Kohler, BuschsZ. **12** 117.

3. Rechts- und Besitznachfolger. **a)** KGBl. **07** 93 (LG. Berlin I). Der Ausdruck „Rechtsnachfolge" im § 727 wie im § 325 ist im weitesten Sinne zu fassen. Er begreift auch die Verpfändung und sonstige dingliche Belastung, daher auch die Bestellung eines Nießbrauchs in sich (Gaupp-Stein § 325 Anm. 3). **b)** HansGZ. **07** Beibl. 205 (Hamburg) vgl. o. Ziff. 3 zu § 426 BGB. **c)** HessRspr. **8** 18 (Darmstadt). Der Übernehmer einer Schuld ist nicht Rechtsnachfolger im Sinne des § 727, sondern Schuldnachfolger, vgl. JDR. **3** 2. **d)** OLG. **15** 34 (Cöln). Rechtsnachfolger im Sinne des § 727 ist auch der Zwangsverwalter (ebenso Gaupp-Stein § 727 III 2; abweichend Petersen). **e)** α. OLG. **14** 161 (Celle). Die Streitfrage, ob der Konkursverwalter als Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners im Sinne des § 727 anzusehen ist, wird in Übereinstimmung mit **RG. 57** 8, Planck II 660, 670, Fischer-Schäfer, ZwVerst. 48, Gaupp-Stein, Struckmann-Koch und Seuffert zu § 727 ZPO. vgl. auch JDR. **1** 4, **5** 2 bejaht. Die Klausel gegen den Verwalter darf aber nur zum Zwecke der abgesonderten Befriedigung des Gläubigers erteilt werden, da nach § 14 KO. die Zwangsvollstreckung zugunsten einzelner Konkursgläubiger während der Dauer des Konkurses im übrigen ausgeschlossen ist. Diese Beschränkung ist in der Klausel zum Ausdrucke zu bringen. β. JustdBl. **07** 89 (LG. Frankenthal). Ein vom Gemeinschuldner erwirktes vollstreckbares Urteil bedarf zur Vollstreckung der Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Konkursverwalter. **f)** OLG. **14** 166, KGJ. **33 A** 3 (KG.). Da nach § 129 Abs. 4 HGB. aus einem gegen die offene Handelsgesellschaft gerichteten vollstreckbaren Titel die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht stattfindet, kann auch eine vollstreckbare Ausfertigung eines solchen Schuldtitels gegen die Einzelgesellschafter nicht erteilt werden. — Auch wenn die offene Handelsgesellschaft ohne Liquidation aufgelöst wird (§ 158 HGB.), findet, solange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, aus dem Titel gegen die Gesellschaft Zwangsvollstreckung in dieses Vermögen statt. Eine Umschreibung der Klausel auf die Gesamtheit der Gesellschafter ist nicht zulässig, da ein Wechsel im Rechtssubjekte des Vermögens nicht eingetreten ist. **g)** SchlHolstAnz. **07** 29 (Kiel). Der einer armen Partei beigeordnete Rechtsanwalt, der für seine Partei einen Kostenfestsetzungs-

beschluß erwirkt hat, in welchem seine Kosten festgesetzt sind, kann verlangen, daß ihm die Vollstreckungsklausel für diesen Beschluß in Höhe seiner Forderung erteilt werde, und bedarf nicht eines neuen Kostenfestsetzungsbeschlusses wegen seiner Kostenforderung (vgl. § 124 ZPO.). **h)** OLG. **15** 274 (Hamm). Der Eigentümer eines Grundstücks war rechtskräftig verurteilt, das über das Nachbargrundstück hinausragende Dach seines Hauses bis auf seine Grundstücksgrenze zurückzuziehen. Während des Rechtsstreits hatte er jedoch das Grundstück veräußert. Die Erteilung einer vollstreckbaren Urteilsausfertigung gegen den Erwerber wurde abgelehnt, weil dieser nicht Rechtsnachfolger im Sinne des § 727 sei (vgl. jedoch zu § 887). **i)** PosMSchr. **07** 65 (Posen). Ist der Eigentümer einer Anlage auf Grund der actio negatoria aus § 1004 BGB. zur Unterlassung einer Störung verurteilt, so kann gegen seinen Besitznachfolger nicht gemäß § 727 eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden, sofern nicht etwa der Klage eine Grunddienstbarkeit zugrunde lag.

4. OLG. **15** 274 (KG.). Bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung für den Zessionar als Rechtsnachfolger ist nicht zu prüfen, welche Wirkungen die Abtretung der Urteilsforderung auf deren Bestand haben kann. Es ist vielmehr dem Schuldner zu überlassen, darauf gestützte Einwendungen gemäß § 732 zu erheben.

§ 730. ThürBl. **54** 168 (Jena). Der Vorsitzende, der die Versagung der Vollstreckungsklausel gemäß § 730 angeordnet hat, darf bei der Entscheidung des Prozeßgerichts über die Rechtmäßigkeit der von dem Gerichtsschreiber verfügten Verweigerung der Vollstreckungsklausel mitwirken.

§ 731. ThürBl. **54** 267 (Jena). Stellt sich heraus, daß der Gläubiger, statt auf Erteilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben, auf dem billigeren Wege des § 727 die Umschreibung der Klausel hätte erreichen können, so treffen den Gläubiger die Mehrkosten (§ 93 ZPO.). Vgl. Gaupp-Stein § 731 Anm. 1.

§ 732. 1. RheinA. **103** I 199 (Düsseldorf). In dem Verfahren nach § 732 ist nicht nur darüber zu entscheiden, ob die formellen Bestimmungen für die Erteilung der Vollstreckungsklausel beobachtet sind, sondern auch darüber, ob nicht etwa trotz formell gehörigen Verfahrens die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung der Klausel fehlen. Dies ergeben die Materialien (Hahn 407) und der Wortlaut der §§ 732, 768 (vgl. Freudenthal, Gaupp-Stein, Petersen, Struckmann-Koch [7] zu § 732, **RG. 50** 372). So kann gemäß § 732 geltend gemacht werden, daß derjenige, gegen den auf Grund eines Erbscheins eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt ist, die Erbschaft ausgeschlagen habe.

2. HessRspr. **8** 18 (Darmstadt). Der Schuldner, gegen den die Vollstreckungsklausel erteilt ist, kann wahlweise seine Einwendungen gemäß § 732 geltend machen oder Klage nach § 768 erheben. Hat das Beschwerdeverfahren zu einem für ihn ungünstigen Ergebnisse geführt, so übt der betr. Beschluß nicht Rechtskraft in dem Sinne aus, daß ihm nunmehr der Klageweg verschlossen wäre. Hat er aber eine ihm günstige Entscheidung erzielt, liegt kein Rechtsschutzbedürfnis weiter vor, und Klage findet nicht mehr statt.

3. RheinA. **103** I 199 (Düsseldorf). Ist gemäß § 727 gegen den Erben auf Grund eines Erbscheins eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt worden, so kann die dagegen gemäß § 732 erhobene Einwendung auch darauf gestützt werden, daß der im Erbscheine benannte Erbe die Erbschaft ausgeschlagen habe.

§ 733. OLG. **15** 159, HansGZ. **07** Beibl. 280, R. **07** 774 (Hamburg). Hat der Gerichtsschreiber auf Anordnung des Vorsitzenden eine weitere vollstreckbare Ausfertigung erteilt, so kann der Schuldner die Entscheidung des Prozeßgerichts nachsuchen (§ 576). Billigt dies die Erteilung der Ausfertigung, so ist hiergegen weder die sofortige Beschwerde aus § 793 — weil keine Entscheidung im Vollstreckungsverfahren vorliegt — noch einfache Beschwerde aus § 576 Abs. 2 zulässig, denn dieser Paragraph bestimmt nicht, daß gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts Beschwerde

zulässig sei, sondern nur, daß die Beschwerde, wenn sie zulässig sei, gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts (und nicht etwa gegen die des Gerichtsschreibers stattfinde, JW. **02** 253). Die in diesem Zusammenhange erfolgende Zurückweisung der Gegenanträge des Schuldners stellt nicht die Zurückweisung eines das Verfahren betreffenden Gesuchs — wogegen nach § 567 Abs. 1 Beschwerde gegeben wäre — dar, sondern nur die Motivierung der Erklärung, daß der Antrag des Gläubigers begründet ist.

§ 735. *Müller aaO. 116. Der nicht rechtsfähige Verein kann zufolge § 50 Abs. 2 unter Umständen auch Gläubiger in der Zwangsvollstreckung sein, insbesondere, wenn gegen den abgewiesenen Kläger ein Kostenfestsetzungsbeschluß oder ein auf die Widerklage hin verurteilendes Erkenntnis vorliegt. Der Verein hat dann im allgemeinen die prozessualen Befugnisse eines Gläubigers, muß sich jedoch die Beschränkungen gefallen lassen, die sich aus dem Mangel der Rechtsfähigkeit nach materiellem Rechte ergeben, kann also weder eine Zwangshypothek für sich eintragen lassen, noch eine Forderung pfänden.

§ 736. *Reichel, BuschsZ. **36** 350. Sind alle Gesamthänder (Mitgesellschafter, Miterben) als Gesamtschuldner verurteilt, so kommt für die Frage der Vollstreckung in das Gesamthandsgut nichts darauf an, ob die Schuld von Hause aus Gesamthandsschuld — oder vielmehr Privatschuld der Gesamthänder — ist. Liegt ein Urteil solcher Art vor, so hat mithin, abgesehen vom Falle der Nachlaßpflegschaft oder des Nachlaßkonkurses, der Vollstreckungsbeamte — im Falle der Zwangshypothek das Grundbuchamt — die Vollstreckung in das Gesamthandsgut vorzunehmen, ohne erst fragen zu dürfen, ob die Vollstreckungsschuld von Hause aus Gesamthandsschuld sei.

§ 739. I. 1. Hoeniger, JustdBl. **2** 1 ff. Das Urteil nach § 739 ZPO., das den Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt, ist ein Feststellungs-, nicht ein Leistungsurteil; festgestellt wird dadurch, daß die zu vollstreckende Forderung eine Vollschuld der Frau und nicht etwa nur eine aus dem Vorbehaltsgute zu begleichende Schuld bildet.

2. Kraus, BayRpflZ. **07** 227. Zu einer vollständigen Begründung der Klage in der Richtung gegen den Ehemann, welcher zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt werden soll, gehört die Behauptung, daß die Eheleute in einem der im § 739 aufgeführten Güterstände leben und daß die Verpflichtung der Ehefrau, auf Grund deren gegen sie geklagt wird, mit Genehmigung des Ehemanns eingegangen wurde, oder daß Umstände vorliegen, aus denen folgt, daß es in dem betreffenden Falle der Genehmigung des Ehemanns nicht bedurfte.

3. OLG. **15** 160 (KG.). Die Pflicht des Mannes, die Vollstreckung in das Vermögen der Frau zu dulden, folgt nicht aus dem dem Manne am Frauenvermögen zustehenden Rechte, sondern aus dem ehelichen Verhältnis an sich. Das Gesetz, das der Frau Geschäfts- und Prozeßfähigkeit beigelegt hat, muß auch dafür sorgen, daß der Gläubiger seine Ansprüche gegen die Frau ohne weitere Umstände zu verwirklichen in der Lage sei, sich also von vornherein gegen diejenigen Hindernisse zu sichern vermöge, die sich aus dem Umstand ergeben, daß seine Schuldnerin verheiratet ist. Hiernach wird auch bei Gütertrennung eine Klage gegen den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Frau für zulässig erachtet.

II. 1. Kraus, BayRpflZ. **07** 228. Der Ehemann, welcher neben der auf Leistung verklagten Ehefrau auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt wird, ist ebenso wie seine Ehefrau Prozeßpartei und im Falle der Verurteilung unterliegender Teil. Es muß deshalb die Bestimmung des § 100 ZPO. zur Anwendung kommen. — Auch wenn die Voraussetzungen der §§ 1387, 1388 BGB. vorhanden sind, was regelmäßig der Fall sein wird, muß es bei der Kostenverteilung des § 100 ZPO. verbleiben, wenn nicht ausdrücklich in der Klage die gesamt-

verbindliche Haftung des Ehemanns für die Kosten auf Grund der angegebenen Bestimmungen des BGB. geltend gemacht wird. Der Kläger kann aber auf jeden Fall nachträglich in gesonderter Klage die Kosten auch von dem Manne ersetzt verlangen, wenn die Bestimmungen der §§ 1387, 1388 BGB. zutreffen. Diese gesamtverbindliche Haftung bezieht sich aber nur auf die Kosten der Leistungsklage. Die Kosten der Klage auf Duldung der ZwV. hat der Ehemann allein zu tragen.

2. Kraus, BayRpflZ. **07** 227. Die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung wird nicht dadurch ersetzt, daß er in gesamtverbindlicher Haftung mit seiner Frau zur gleichen Leistung verurteilt wird. — Vgl. JDR. **1** II 1, **4** 2, **5** 2.

III. Kosten. 1. **RG.** R. **07** 982. Ist die Frau zur Leistung, der Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt, so haften die Eheleute — als unechte Streitgenossen (JW. **05** 49) — nach § 100 Abs. 1, 2 ZPO. geteilt für die Kosten. Dagegen ergibt sich die Verpflichtung des Mannes, für die Kosten der Frau als Gesamtschuldner aufzukommen, aus §§ 1387 Ziff. 1, 1388 BGB. — Vgl. oben Nr. II 1.

2. Kraus aaO. 229. Hat der Ehemann dem Gläubiger der Ehefrau bereits vor der Erhebung der Klage erklärt, daß er sich der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Frau nicht widersetze, so treffen im Falle des § 93 ZPO. die Kosten der Duldungsklage gegen ihn den Gläubiger. Nur wenn besondere Umstände die Befürchtung begründet erscheinen lassen, der Ehemann werde demnächst tatsächlich die Zwangsvollstreckung gleichwohl nicht dulden, ist anders zu entscheiden.

3. PosMSchr. **06** 177 (Posen) (s. JDR. **5** § 739 Ziff. 5 b). Der Ehemann ist nicht verpflichtet, dem Gläubiger der Ehefrau freiwillig einen vollstreckbaren Duldungstitel in der Form des § 794 Ziff. 5 zu verschaffen. Er wendet die Kostenlast gemäß § 93 schon dadurch ab, daß er die Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte tatsächlich duldet. — Antwortet der Ehemann auf eine Anfrage des Gläubigers, ob er die Zwangsvollstreckung dulden wolle, nicht oder verneinend, oder erklärt er zwar seine Bereitschaft, duldet dann aber die Zwangsvollstreckung nicht, so gibt er dem Gläubiger zur Klage Veranlassung. Abw. OLG. **5** 398 (KG.) u. OLG. **11** 97, SächsRpflA. **06** 229 (Dresden) = JDR. **3** § 739 Ziff. 5, **4** § 739 Ziff. 4 (vgl. auch **1** § 739 II Ziff. 9).

IV. Übergangszeit. a) Will, BayRpflZ. **07** 12. Neben dem Leistungstitel gegen die Ehefrau muß ein Duldungstitel gegen den Ehemann nicht nur dann gefordert werden, wenn die güterrechtlichen Verhältnisse der im § 739 gedachten Art infolge der Verehelichung seit 1. Januar 1900 ohne Abschließung eines Ehevertrags oder auf Grund eines solchen eingetreten sind, sond rn auch dann, wenn ein derartiger Güterstand des BGB. zwischen den betr. Eheleuten besteht, weil das zwischen ihnen vor dem 1. Januar 1900 bestandene Güterrechtsverhältnis durch Landesgesetz in einen Güterstand des neuen Rechtes übergeleitet wurde, wie er im § 739 erwähnt ist (vgl. auch Gaupp-Stein § 739 Anm. VI und Seuffert § 739 Anm. 5). Auch bei sog. altrechtlichen Hypothekenurkunden bedarf es daher zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau eines Duldungstitels gegen den Ehemann. Ebenso b) BayRpflZ. **07** 90 (LG. München I). Dagegen: c) Habel, BayRpflZ. **07** 106 f. Bei sog. altrechtlichen Hypothekenurkunden ist zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau ein Duldungstitel gegen den Mann im Sinne des § 739 ZPO. nicht erforderlich. Da nach früherem Rechte die Vollstreckung gegen beide Ehegatten gerichtet werden konnte, wenn nur ihre beiderseitige Verpflichtung sich aus der Urkunde ergab, so ist zu folgern, daß auch jetzt noch für Hypothekenurkunden in Ansehung der Hypotheken, die zu der Zeit bestehen, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, ohne weiteres die Vollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau zulässig ist, wenn nur aus der Urkunde der Anspruch gegen beide Ehegatten begründet ist.

§ 740. *Müller aaO. 155. Die in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau ist bei der Vollstreckung gegen den Ehemann als Dritte, nicht als Schuldner anzusehen und kann daher bei Verletzung ihres Gewahrsams nach § 809 widersprechen.

§ 741. Literatur: Hörle, Die Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach dem BGB. Leipzig 1907.

*Hörle aaO. Die Zwangsvollstreckung aus § 741 können alle Gläubiger der Frau, nicht nur ihre Geschäftsgläubiger betreiben. Die Zwangsvollstreckung ist auch in das nicht zum Geschäftsbetriebe gehörende eingebrachte Gut der Frau oder Gesamtgut zulässig, wenn es sich im Gewahrsame der Frau oder zwar im Gewahrsame des Mannes befindet, dieser aber sich zur Herausgabe der Sache oder zur Duldung der Zwangsvollstreckung bereit erklärt. Darauf, ob der Mann die Einwilligung zu dem Geschäftsbetriebe der Frau erteilt hat oder nicht, kommt es nicht an (79 ff., 120 ff.). — Die Gläubiger der Frau sind ungeachtet des § 741 befugt, dem Manne gegenüber einen auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau gerichteten Schuldtitel zu erwirken, und der Mann kann nicht unter Berufung darauf, daß ein solcher Titel nicht erforderlich sei, die Kostenlast auf den Gläubiger abwälzen (83). — Zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau oder in Gesamtgut auf Grund des gegen die Frau gerichteten Schuldtitels genügt für den Vollstreckungsbeamten die Feststellung, daß die Frau selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt oder es zur Zeit der Rechtshängigkeit des Anspruchs selbständig betrieben hat oder bei einem Handelsbetriebe zu diesem Zeitpunkt Inhaberin der im Schuldtitel bezeichneten Firma war (86). Der Vollstreckungsbeamte, der wegen einer persönlichen Schuld des Mannes auf Grund eines nur gegen diesen gerichteten Schuldtitels die Zwangsvollstreckung vornehmen will, darf in den Geschäftsräumen des von der Frau selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts nicht pfänden. Dies gilt auch dann, wenn der Mann das Erwerbsgeschäft im Namen der Frau betreibt oder in dem von der Frau selbständig betriebenen Erwerbsgeschäft als Handlungs- oder Gewerbegehilfe tätig ist (89, 123 ff.).

§ 742. BayRpflZ. **07** 218 (LG. München I) An Stelle der Rechtshängi im Sinne des § 742 tritt bei vollstreckbaren Urkunden der Zeitpunkt der Errichtung.

§ 743. 1. HansGZ. **07** Beibl. 225 (Hamburg). Ist die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts der Fahrnisgemeinschaft beendet, so genügt ein gegen den Mann ergangenes Urteil keinesfalls mehr zur Zwangsvollstreckung in die der Frau überwiesenen Vermögensstücke.

2. R. **07** 517 (Cöln). Macht im Falle des § 743 der Ehegatte, der weder zur Leistung noch zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt ist, von dem Widerspruchsrechte gemäß § 771 Gebrauch, so liegt hierin selbst dann keine Arglist, wenn der betr. Gatte einer Klage auf Duldung keine berechtigten Einwendungen entgegensetzen kann (vgl. Gaupp-Stein § 771 Anm. II 4 u. III, **RG.** R. **05** 111).

3. PucheltsZ. **38** 143 (Colmar) = OLG. **13** 186 (vgl. JDR. **5** § 743) betr. Zwangsvollstreckung gegen die Ehefrau nach Aufhebung der ehelichen Gütergemeinschaft und Auseinandersetzung.

§ 744. HansGZ. **07** Beibl. 257 (Hamburg). Durch § 744 wird eine Klage gegen die Ehefrau auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das bei Vornahme der Gütertrennung ihr zugewiesene frühere Gesamtgut nicht ausgeschlossen.

§ 747. Reichel, BuschZ. **36** 351. Sind alle Miterben als Gesamtschuldner verurteilt, so findet auf Grund des § 747 Zwangsvollstreckung in den Nachlaß auch dann statt, wenn der Verurteilung eine Schuld zugrunde liegt, die nicht Nachlaßschuld ist.

§§ 750 ff. *Müller aaO. 136. §§ 750—752 bilden, ebenso wie die Vollstreckungsklausel, absolut wesentliche Prozeßvoraussetzungen für das Vollstreckungsverfahren, ihr Mangel hat also ebenfalls Nichtigkeit zur Folge. Eine Konvaleszenz

durch Nachholung der Zustellung oder durch Nichtrüge von seiten des Schuldners ist ausgeschlossen.

§ 750. Puchel tsZ. **38** 52 (Colmar). Eine unter Verletzung des § 750 durchgeführte Zwangsvollstreckung ist Dritten gegenüber unheilbar nichtig.

§ 751. OLG. **15** 3 (Colmar). Soll aus einem Urteile, dessen vorläufige Vollstreckbarkeit von einer Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängig gemacht ist, eine Zwangssicherungshypothek eingetragen werden, so hat der Grundbuchrichter gemäß § 751 Abs. 2 zu prüfen, ob die Sicherheit geleistet und die Abschrift der dies nachweisenden Urkunde zugestellt ist. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel enthebt ihn dieser Pflicht nicht, da die Klausel in diesem Falle nach § 726 ohne vorgängige Prüfung der erfolgten Sicherheitsleistung erteilt wird.

§§ 753 ff. 1. RheinA. **103** I 196 (Cöln). Der Gerichtsvollzieher steht nach fester Rechtsprechung (**RG. 16** 396, **56** 84, JW. **01** 783) zum beauftragenden Gläubiger in einem auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrage (§§ 611, 675 BGB.). Seine Verpflichtungen bestimmen sich nach dem BGB. in Verbindung mit den kraft stillschweigenden Willens der Vertragschließenden als Vertragsinhalt anzusehenden Vorschriften der GeschAnw. f. Gerichtsvollzieher. — Der Gerichtsvollzieher kann dem Gläubiger dadurch schadensersatzpflichtig werden, daß er ohne dessen Zustimmung Pfandsachen zu einem Schleuderpreise zuschlägt. Dagegen **RG.** RheinA. **104** II 146, DJZ. **07** 427. Der Gerichtsvollzieher schließt mit dem Gläubiger keinen reinen Dienstvertrag, er hat sich nach Gesetz und Geschäftsanweisung zu richten. Letztere schreibt vor, die Vollstreckung ohne Verzug durchzuführen. Geringe Gebote kommen bei vielen Versteigerungen vor.

2. HessRspr. **8** (Darmstadt). Die Kenntnis des Gerichtsvollziehers von der Zahlungseinstellung des Schuldners ersetzt die Kenntnis des Gläubigers nicht. Insoweit ist er nicht dessen Vertreter.

3. WürttZ. **07** 191 (Stuttgart). Während nach § 788 die zu den Kosten der Zwangsstreckung gehörenden Gebühren und Auslagen des GVollz. dem Schuldner gegenüber sofort mit Beginn jeder Vollstreckungsmaßregel fällig werden, tritt die Fälligkeit der Gebühren und Auslagen gegenüber dem Gläubiger nach § 20 GVGebO. erst ein, wenn der Auftrag erledigt ist.

§ 753. SächsOLG. **28** 87, OLG. **15** 275 (Dresden). Der Gläubiger hat das Recht, der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher beizuwohnen. Demgegenüber versagt das Hausrecht des Schuldners so lange, als der Gläubiger von seinem Rechte angemessenen Gebrauch macht. Leistet der Schuldner dem Gläubiger Widerstand, so hat der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger keine tätige Hilfe zu leisten, sondern sich darauf zu beschränken, den Schuldner unter Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen seiner Handlungsweise (§ 240 StGB.) zu verwarnen. Dem Gläubiger bleibt es überlassen, sich polizeiliche Hilfe zu verschaffen.

§ 756. OLG. **15** 276, NaumburgAK. **07** 86 (Posen). Die Zustellungsurkunde beweist nur die Aushändigung einer mit der Urschrift übereinstimmenden Abschrift an den Adressaten, nicht die Echtheit der Urschrift. Der Nachweis des Annahmeverzugs wird daher durch den Nachweis der Zustellung des lediglich privatschriftlichen Angebotsschreibens nicht in der gehörigen Form erbracht.

§ 759. *Müller aaO. 162. Die Unterlassung der Zuziehung von Zeugen macht die Pfändung nichtig.

§ 761. *Müller aaO. 164. Ist die Pfändung zur Unzeit vorgenommen, so hängt ihre Gültigkeit von der Einwilligung des Schuldners ab.

§ 762. *Müller aaO. 165. Die Protokollierung ist — abgesehen von der Anschlußpfändung — nur instruktionell und berührt die Wirksamkeit der Pfändung nicht.

§ 766. 1. Francke, BuschsZ. **36** 313. Die Entscheidung nach § 766 ZPO. ist, wenn sie zugunsten des Schuldners erfolgt, nicht etwa ein Erkenntnis, daß eine rechtsgültige Pfändung nicht zustande gekommen sei, sondern eine Verfügung, welche die zustande gekommene Pfändung aufhebt.

2. SchlHolstAnz. **07** 364 (Kiel). Wird eine Zwangsvollstreckung im Bezirke mehrerer Amtsgerichte vorgenommen, so ist als Vollstreckungsgericht zur Entscheidung über Erinnerungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung immer nur dasjenige Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke die angefochtene Maßnahme erfolgt ist.

3. a) **RG. 66** 233, JW. **07** 542. Der Drittschuldner kann die Unpfändbarkeit der Forderung (§ 850) nur im Wege des § 766 geltend machen. Für Einwendungen, welche sich gegen das Forderungsrecht selbst richten, ist jedoch dieser Weg ungangbar. Diese Einwendungen kann er, wenn er auf Grund der Überweisung vom Pfändungsgläubiger verklagt wird, ungehindert im Prozesse geltend machen. **b)** *Hörle aaO. Betreibt die Frau ein Erwerbsgeschäft (§ 741 ZPO.), so steht die Einwendung aus § 766 dem Manne und der Frau zu, wenn durch eine unrichtige Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder durch einen Verstoß gegen eine gesetzliche oder Dienstvorschrift das Recht oder das Interesse des Mannes oder der Frau verletzt worden ist oder die Frau das Erwerbsgeschäft nicht selbständig oder überhaupt kein Erwerbsgeschäft im Sinne des § 741 ZPO. betreibt. Der Frau steht sowohl die Einwendung aus § 766 als auch die Widerspruchsklage aus § 771 zu, wenn auf Grund eines nur gegen den Mann gerichteten Schuldtitels Gegenstände, die sich in ihrem Besitz und Gewahrsame befinden, gepfändet werden (80, 122). **c) RG.** GruchotsBeitr. **51** 203. Der Einwand, daß die Zwangsvollstreckung aus einem nach Maßgabe der Vorschriften des PrG. betr. das Teilungsverfahren usw. im Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes vom 22. Mai 1887 (GS. 136) aufgenommenen notariellen Versteigerungsprotokolle wegen Fehlens der Unterwerfungsklausel unzulässig sei, betrifft die Art und Weise der Zwangsvollstreckung. Denn es wird damit im wesentlichen geltend gemacht, daß die Zwangsvollstreckung auf Grund einer hierzu nicht geeigneten Urkunde eingeleitet worden sei, somit das Zwangsvollstreckungsverfahren aus einem formellen Grunde überhaupt nicht stattfinden dürfe. Der Einwand ist daher nicht durch Klage, sondern nach § 766 im Wege der Erinnerung geltend zu machen.

4. (§ 767.) ElsLothJZ. **07** 18 (Colmar). Die Einwendung, daß für die an Stelle einer früheren vollstreckbaren Schuld übernommene neue Verpflichtung nicht eine neue Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung stattgehabt habe, ist nach § 766, nicht durch Klage gemäß § 767 geltend zu machen.

5. (§ 771.) OLG. **15** 164 (KG.). Ein bei der Zwangsvollstreckung nicht beteiligter Dritter hat, wenn in seinem Besitze befindliche Sachen gegen seinen Willen gepfändet werden, die Einwendung aus § 766 und die Widerspruchsklage aus § 771. Mit der Einwendung aus § 766 kann aber nur geltend gemacht werden, daß die Vollstreckung hinsichtlich der Art und Weise unzulässig gewesen sei, oder daß der Gerichtsvollzieher bei seinem Vorgehen gegen gesetzliche oder andere Dienstvorschriften verstoßen habe. Fällt dem Gerichtsvollzieher ein solcher Verstoß nicht zur Last, so greift § 771 Platz. Insbesondere sind verwickelte Besitzfragen nur auf diesem Wege zu lösen.

6. HansGZ. **07** Beibl. 43 (Hamburg). Eine Entscheidung gemäß § 766 in Ansehung der vom Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten kann nicht mehr getroffen werden, wenn die beanstandeten Beträge bereits an den Gläubiger abgeführt worden sind, da dann das Vollstreckungsverfahren bereits beendet ist.

7. RheinA. **103** I 41 (Cöln). Gegen die ohne Anhörung des Schuldners erfolgte Anordnung der Zwangsversteigerung eines Grundstücks (§ 15 ZVG.), steht dem Schuldner nicht die sofortige Beschwerde aus § 793, sondern die Erinnerung nach § 766 zu.

8. ElsLothJZ. **07** 186 (Colmar). Für die Festsetzung der Kosten des Einwendungsverfahrens ist dasjenige Gericht, welches in erster Instanz über die Einwendung entschieden hat, zuständig.

§ 767. I. 1. **RG.** R. **07** 385. Bei Vorhandensein eines Interesses an der vorzeitigen Erhebung ist nicht ausgeschlossen, daß die Klage aus § 767 (§ 797 Abs. 4) auch schon vor Beginn der Zwangsvollstreckung erhoben wird.

2. **a)** **RG.** R. **07** 774. § 767 findet auch auf Einwendungen gegen einstweilige Verfügungen Anwendung (§§ 928, 936). **b)** SeuffA. **62** 122, ThürBl. **53** 266 (Jena), = R. **06** 59 (s. JDR. **5** § 767 III 3b) betr. Unzulässigkeit der Klage aus § 767 und der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung aus § 769 Abs. 1 gegenüber einer einstweiligen Verfügung. **c)** NaumburgAK. **07** 10 (LG. Halle). Gegen OLG. Jena, NaumburgAK. **06** 94, ist mit dem **RG.** JW. **02** 23 anzunehmen, daß gegenüber dem Anspruch aus einer einstweiligen Verfügung die Vollstreckungsgegenklage dann statthaft ist, wenn es sich um die Behauptung handelt, daß die zu vollstreckende Verpflichtung bereits vollständig erfüllt sei. Wird aber geltend gemacht, daß infolge nachträglich eingetretener veränderter Umstände der Anspruch in der ursprünglichen Höhe nicht mehr gerechtfertigt sei, so richtet sich dies nicht gegen die Vollziehung einer an sich berechtigten Verfügung, sondern er verlangt die teilweise Aufhebung der Verfügung selbst; dies kann aber lediglich auf dem durch § 927 vorgeschriebenen Wege geltend gemacht werden.

3. **RG.** R. **07** 1145. § 767 findet auf die Feststellung von Forderungen in der Konkurstabelle entsprechende Anwendung.

4. **a)** KGBl. **07** 32 (KG.). Betreibt der Gläubiger auf Grund eines vollstreckbaren Urteils Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner, so kann dieser den Einwand der Tilgung des Anspruchs nur im Wege der Klage aus § 767 geltend machen. Eine Feststellungsklage über das Nichtbestehen der Forderung ist unzulässig. **b)** ElsLoth. JZ. **07** 18 (Colmar). Mit der Vollstreckungsgegenklage aus § 767 kann die negative Feststellungsklage, daß die Forderung, für welche die Vollstrecknng erfolgt ist, nicht mehr besteht, verbunden werden, sofern überhaupt die Voraussetzungen der Feststellungsklage gegeben sind.

II. Abs. 2. 1. **RG.** R. **07** 774. Nach Zurücknahme der Berufung kann nicht mehr über Einwendungen, welche den durch das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig festgestellten Anspruch betreffen, verhandelt werden. Eine Einwendung, welche nach dem erstinstanzlichen Urteil, aber vor Erlaß des Urteils aus § 515 Abs. 3 entstanden ist, fällt daher nicht unter § 767 Abs. 2.

2. **RG.** R. **07** 983. § 767 eröffnet nicht den Weg, um nachträglich Einwendungen vorzubringen, die, wenn sie im Prozesse vorgebracht wären, als unzulässig hätten verworfen werden müssen. Solche Einwendungen können auch die Vollstreckungsgegenklage nicht stützen.

3. **RG. 65** 126, JW. **07** 181. Der Indossatar eines Wechsels an eigene Order hatte, nachdem er mangels Zahlung hatte Protest erheben lassen, gegen den Aussteller ein rechtskräftiges Urteil auf Zahlung der Wechselsumme erwirkt, dann die Rechte aus dem Urteil an den Akzeptanten abgetreten, der sich seinerseits als Rechtsnachfolger auf Grund des § 727 eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen ließ. Gegen die Zwangsvollstreckung erhob der Aussteller Gegenklage aus § 767. Das RG. führt aus: dem Beklagten stehe die im Wechselrechte begründete Einrede entgegen, daß nach Einlösung des Wechsels durch den Kläger der Beklagte in seiner Eigenschaft als Akzeptant dem Kläger würde erstatten müssen, was dieser gezahlt habe, daß er also etwas fordere, was er sofort wieder zurückzahlen müsse. Die Einrede sei erst durch die Abtretung des Judikatsanspruchs entstanden, ihre Geltendmachung daher nach § 767 Abs. 2 zulässig.

4. Danziger, PosMSchr. **07** 46. Privative Schuldübernahme der im Urteile festgestellten Schuld durch einen Dritten berechtigt den Schuldner zur Zwangsvollstreckungsgegenklage.

5. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1073, JW. **07** 310, R. **07** 578. Ist nach dem den Beklagten verurteilenden Erkenntnisse erster Instanz ein Vergleich geschlossen, infolge desselben dann die Berufung zurückgenommen und daraufhin gegen den Berufungskläger Versäumnisurteil aus § 515 Abs. 3 ZPO. erlassen, so kann gegenüber der Zwangsvollstreckung aus dem ersten Urteile Gegenklage gemäß § 767 auf Grund des Vergleichs erhoben werden. Denn die nach § 767 Abs. 2 maßgebende letzte mündliche Verhandlung ist die letzte Verhandlung erster Instanz, nicht etwa die, auf Grund deren das Versäumnisurteil in zweiter Instanz erging, da das erste Urteil schon mit der Zustellung des die Zurücknahme der Berufung erklärenden Schriftsatzes, nicht erst durch das den Verlust des Rechtsmittels aussprechende Versäumnisurteil die Rechtskraft erlangte (§ 515 Abs. 3). Ebenso **RG.** JW. **07** 392.

6. **RG.** BayRpflZ. **07** 46. Betreibt der Gläubiger einer mit dem Schuldner getroffenen Vereinbarung zuwider Zwangsvollstreckung aus einem vollstreckbaren Titel, so steht der Klage aus § 767 der Umstand nicht entgegen, daß die Vereinbarung vor dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung (§ 767 Abs. 2) getroffen ist. Denn Grund der Klage ist in solchen Fällen nicht die Vereinbarung, sondern das vertragswidrige Verhalten des Gläubigers.

7. a) **RG. 64** 228 = JW. **04** 96, JDR. **3** § 767 Abs. 2, 1 betr. die Unzulässigkeit der Geltendmachung einer Aufrechnung gemäß § 767, wenn die Aufrechnung bereits während des Prozesses erklärt werden konnte (**RG.** aaO.). Wie das RG.: Gaupp-Stein § 767 Anm. IIb Abs. 3, Seuffert Anm. 3b, Hellwig, Anspruch und Klage 20, 407, Eccius, GruchotsBeitr. **42** 255, R. **07** 774 (Frankfurt). Ebenso RG. in weiteren Entsch. R. **07** 640, 983. — AM.: Planck BGB. § 389 Anm. 3, Schollmeyer § 389 Anm. 2, Eck, Vorträge I 378, Förtsch, GruchotsBeitr. **42** 229, Siber, Kompensation und Aufrechnung 125, Leonhard, Aufrechnung 156, 157, Könnemann, PosMSchr. **3** 34, Hellmann, KrVSchr. **40** 93, Kohler, BuschsZ. **24** 22, 23, Weismann, ebendort **26** 24, Struckmann-Koch § 767 ZPO. Anm. 4, Petersen-Anger § 767 Anm. 6. **b) RG.** R. **07** 1412. Der Grundsatz, daß die Wirksamkeit eines rechtskräftigen Urteils durch die nachträgliche Aufrechnung mit einer schon früher entstandenen Forderung nicht in Frage gestellt werden kann, steht auch im Wege, wenn ein Dritter sich auf jene Aufrechnung zur Beseitigung des gegen den Schuldner ergangenen rechtskräftigen Urteils beruft.

8. SeuffA. **62** 295 (München). Auch Einwendungen gegen den Kostenerstattungsanspruch fallen unter § 767 Abs. 2.

9. ElsLothJZ. **07** 119 (Colmar). Dadurch, daß eine Vollstreckungsgegenklage des Schuldners gemäß § 767 Abs. 2 unzulässig ist, wird nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner eine infolge der drohenden Vollstreckung des Urteils an den Gläubiger unter Vorbehalt geleistete Zahlung nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes, etwa als Schadensersatz, zurückfordern kann.

§ 769. 1. Hagen, SeuffBl. **07** 365. Ob in dem Unterlassen der Stellung des Einstellungsantrags ein mitwirkendes Verschulden des dritten Eigentümers der gepfändeten Sachen liegt, welches seinen Schadensersatzanspruch gegen den pfändenden Gläubiger ausschließt, ist von Fall zu Fall zu entscheiden.

2. RheinA. **104** I 17 (Köln). Die „bis zur Erlassung des Urteils" angeordnete Einstellung tritt ohne weiteres außer Kraft mit der Verkündung des Urteils derjenigen Instanz, welche die Einstellung nach § 769 ZPO. angeordnet hat, auch wenn das Urteil dies nicht ausdrücklich ausspricht (§ 770) und noch nicht rechtskräftig und nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt ist. Außer einem solchen Urteil

giebt es nach Ablauf der Frist für die sofortige Beschwerde (§ 793) kein Mittel, um den Einstellungsbeschluß außer Kraft zu setzen. (AM. Gaupp ZPO. § 769 N. 16).

3. Abs. 1. R. **07** 257 (Colmar). Eine Zwangsvollstreckung, die noch nicht begonnen hat, sondern erst vorbereitet wird (z. B. im Falle des § 845), kann auf eine Einwendungsklage (§ 767) ohne Sicherheitsleistung eingestellt werden.

4. Abs. 2. Köhler, DIZ. **07** 1144, führt gegenüber einem abweichenden Beschlusse des OLG. Breslau aus, daß dem Vollstreckungsgericht im Falle des § 769 Abs. 2 das Recht zur sachlichen Prüfung des Einstellungsantrags zustehe.

§ 771. Literatur: Voß, Über Aufrechterhaltung der Vollstreckungspfändung und des Absonderungsrechts durch Anfechtungseinrede oder Replik, GoldschmidtsZ. **60** 386.

I. Natur der Klage. 1. *Müller aaO. 89. Greift die Vollstreckung in das materielle Recht eines Dritten ein, so ist das Pfändungspfandrecht nicht schon deshalb ohne weiteres unwirksam, sondern es bedarf der Anfechtung von seiten des Drittberechtigten (vgl. auch § 804). Der Anfechtung dient ausschließlich die Klage aus § 771, die sich demnach als selbständige prozeßrechtliche Klage, gerichtet auf Unwirksamkeitserklärung des Pfändungsakts, charakterisiert. Erfolgt der Widerspruch nicht spätestens bis zur Beendigung der Vollstreckung, so ist das Pfändungspfandrecht unanfechtbar und damit vollwirksam geworden. Dementsprechend ist auch nachträglich ein Bereicherungsanspruch gegen den Vollstreckungsgläubiger nicht gegeben (s. dagegen Ziff. 8 und JDR. **3** IV, **5** II 5).

2. OLG. **15** 5, R. **07** 456 (Cassel). § 771 setzt nur für den Fall, daß dem Widersprechenden ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, bestimmte Formen des Widerspruchs fest und spricht die Zulässigkeit von Anordnungen des in §§ 769, 770 bezeichneten Inhalts aus. Er schließt aber die Geltendmachung des einem Dritten nach Maßgabe der Vorschriften des materiellen Rechtes auf Grund eines anderen Rechtes zustehenden Anspruchs auf Aufhebung einer eingeleiteten Zwangsvollstreckung nicht aus. Solcher Anspruch auf Aufhebung der Zwangsvollstreckung ist begründet, wenn der Beklagte sich durch das Betreiben der Vollstreckung in ein Grundstück mit der dem Kläger gegenüber übernommenen Verpflichtung, die Auflassung seitens des Schuldners an den Kläger zu dulden, in Widerspruch setzt.

II. 1. Zuständigkeit. **RG. 65** 376, JW. **07** 267. Für die Widerspruchsklage gegen die Pfändung einer Forderung ist das Gericht, welches den Pfändungsbeschluß erlassen hat, bzw. das diesem übergeordnete Gericht zuständig (vgl. **RG. 12** 379, JW. **95** 296, **01** 330). Dies gilt auch für die Widerspruchsklage gegen die Pfändung hypothekarischer Forderungen. Weder der Ort, an welchem die Wegnahme — bei Briefhypotheken — des Hypothekenbriefs, noch der, an welchem — — bei Buchhypotheken — die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch stattfindet, noch — in beiden Fällen — der Ort der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner sind von Bedeutung.

2. Aktivlegitimation. a) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 959. Mangelnde Aktivlegitimation des Geldgebers zur Klage aus § 771, wenn das Geld auf den Namen des Empfängers von dessen Verteidiger in einem Strafprozeß als Sicherheit hinterlegt und demnächst von einem Gläubiger des Empfängers für dessen Anspruch gegen die Hinterlegungsstelle gepfändet ist (= DIZ. **06** 1317, JDR. **5** § 771 II 2 d). **b**) BadRpr. **07** 262 (Karlsruhe). Dem Hinterleger von Geld steht gegen die Hinterlegungsstelle ein Anspruch aus einem unregelmäßigen Verwahrungsvertrage zu. Dieser Anspruch des Hinterlegers unterliegt der Pfändung; unerheblich ist, ob der Hinterleger auf Grund eines Inkassomandats einen Dritten zur Erhebung des hinterlegten Betrags ermächtigt hat. **c**) BadRpr. **07** 210 (Karlsruhe). In Übereinstimmung mit **RG. 43** 404 wird angenommen, daß es bei der Widerspruchsklage des Zessionars gegen die Pfändung genügt, daß die dem Rechtsgrunde nach in-

dividualisierte Forderung sowohl dem Kläger abgetreten, als von dem Beklagten gepfändet sei, daß es dagegen nicht darauf ankomme, ob der Zedent und der Pfändungsschuldner dieselbe Person sei. **d)** **RG.** HansGZ. **07** Beibl. 60. Dem Miteigentümer steht gegenüber der Pfändung der ganzen Sache durch den Gläubiger eines anderen Miteigentümers die Widerspruchsklage zu. **e)** SächsRpflA. **07** 348 (LG. Leipzig). Den Gesamthändern steht kein Widerspruchsrecht gegen die Vollstreckung in Gesamthandsgut zu, wenn diese erfolgt wegen einer Schuld, wegen deren sie selbst neben dem Vollstreckungsschuldner als Gesamtschuldner verurteilt sind. **f)** OLG. **15** 277 (Celle). In entsprechender Anwendung des den §§ 772, 773 zugrunde liegenden gesetzgeberischen Gedankens ist dem Lehnsfolger die Widerspruchsklage aus § 771 gegen die Zwangsvollstreckung in Lehnsgut zuzubilligen. **g)** **RG.** R. **07** 1078. Bei einer Zwangsvollstreckung in Fideikommißgut ist der Fideikommißinhaber Dritter im Sinne des § 771. Das die Veräußerung hindernde Recht ist das Obereigentum der Familie. Der Fideikommißinhaber befindet sich hinsichtlich des Fideikommißguts einerseits und seines Privatvermögens andererseits in ähnlicher Lage wie der Testamentsvollstrecker, der Konkursverwalter, der Ehemann, der Erbe vor Annahme der Erbschaft bezüglich der von ihnen vertretenen verschiedenen Vermögenskreise.

3 Anwendbarkeit auf Zwangsvollstreckung in Rechte (§ 847). OLG. **15** 162 = SächsRpflA. **06** 56 (Dresden) s. JDR. **5** § 771 II 1c. Wird ein Anspruch auf Herausgabe körperlicher Sachen gepfändet, so kann der Dritte, dem an den Sachen ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, schon der Anspruchspfändung gegenüber Widerspruchsklage erheben.

4. Einwendungen. **a)** RheinA. **104** I. 177 (Cöln). Gegenüber der Widerspruchsklage kann der Beklagte nicht einwenden, daß der Kläger, obwohl er nicht mitverurteilt sei, materiell-rechtlich, insbes. kraft ehelichen Güterrechts für die Urteilsforderung hafte und die Vollstreckung in die ihm gehörigen Grundstücke dulden müsse. **b)** Voß. Die Pfändung einer Sache, die dem anfechtbaren Widerspruchsrecht eines Dritteigentümers unterliegt, steht im Erfolg einer unwidersprechlichen Pfändung gleich (396). Hat der Vollstreckungsschuldner dem Drittschuldner die von der Pfändung ergriffene Forderung in anfechtbarer Weise gestundet, so kann der klagende Vollstreckungsgläubiger der Einrede der Stundung die Replik der Anfechtung entgegensetzen (397). Ist die Forderung vom Pfändungsschuldner dem Drittschuldner in anfechtbarer Weise erlassen worden, so behält sie trotz des Erlasses zugunsten des Anfechtungsberechtigten ihren Bestand, als wenn sie nicht erlassen wäre (398). **c)** KGBl. **07** 112 (LG. Berlin I). Hat der Gläubiger Möbel gepfändet, die dem Schuldner von einem Dritten unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung überlassen sind, so kann er der Interventionsklage des Dritten die Einrede der Arglist entgegensetzen, wenn dieser sein Anerbieten, den noch ausstehenden Kaufpreisrest zu zahlen, abgelehnt hat. Das wirtschaftliche Interesse des Dritten, seinem Käufer die Möbel zu erhalten, ist rechtlich unbeachtlich.

5. R. **07** 517 (Cöln). Auf die Entscheidung über die Widerspruchsklage gegen eine entgegen der Vorschrift des § 743 eingeleitete Zwangsvollstreckung ist es ohne Einfluß, wenn der fehlende Titel nachträglich erwirkt wird.

6. a) SeuffA. **62** 289 (Colmar). Nach Aufhebung der Pfändung ist die Widerspruchsklage nicht mehr zulässig. **b)** HansGZ. **07** Beibl. 173, R. **07** 578 (Hamburg). Bei Pfändung und Überweisung einer Forderung kann die Widerspruchsklage bis zur Einziehung der Forderung erhoben werden.

7. OLG. **14** 162, BayRpflZ. **07** 114 (Augsburg). Die Widerspruchsklage ist dem Pfändungsgläubiger selbst, nicht dessen Prozeßbevollmächtigten aus dem vorangegangenen Prozesse zuzustellen.

8. BayRpflZ. **07** 50 (München). Dem Dritteigentümer gepfändeter Sache steht ein Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger bezüglich des Versteigerungserlöses zu.

III. Abs. 3. OLG. **14** 162 (KG.). Der Schuldner kann aus den Ansprüchen des Widerspruchsklägers (§ 771) kein eigenes Recht auf Einstellung der Zwangsvollstreckung herleiten.

IV. Kosten des Interventionsprozesses. Vgl. o. Ziff. I 2 d zu § 93.

§ 774. *Hörle aaO. Die Widerspruchsklage steht, wenn die Frau ein Erwerbsgeschäft betreibt, insbesondere dem Manne zu, wenn er Eigentümer oder Miteigentümer der zum eingebrachten Gute gehörenden gepfändeten Sache ist oder die Sache zum Zeitpunkte der Pfändung sich in seinem Besitz und Gewahrsame befunden hat oder die Verbindlichkeit, infolge deren Zwangsvollstreckung eingeleitet ist, nicht zu denen gehört, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt und er weder zu dem Rechtsgeschäfte noch zu dem Rechtsstreite die erforderliche Zustimmung erteilt hat, mithin das eingebrachte Gut oder das Gesamtgut nicht haftet oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit ein Einspruch oder der Widerruf in dem Güterrechtsregister eingetragen oder ein im Güterrechtsregister nicht eingetragener Einspruch oder Widerruf dem Gläubiger bekannt war, ohne daß der Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt oder wenn dies der Fall ist, der gegen ihn erwirkte Schuldtitel ihm zugestellt ist (§§ 1405, 1435 BGB.) oder das Erwerbsgeschäft ohne Wissen des Mannes betrieben wurde, so daß er Einspruch nicht einlegen konnte oder der Betrieb des Erwerbsgeschäfts zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit kein selbständiger war oder zu dieser Zeit überhaupt kein Erwerbsgeschäft im Sinne der §§ 1405, 1452 BGB. betrieben wurde (81, 121 ff.). Schützt der Mann die Einwendung seines Miteigentums an der zum Gesamtgute gehörenden gepfändeten Sache vor, so kann ihr der Gläubiger wirksam damit begegnen, daß ein von dem Manne bewilligter selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts der Frau vorliegt, mithin der Schuldtitel gegen die Frau in Ansehung des Gesamtguts dem Manne gegenüber wirksam ist.

§ 775. Literatur: Letzgus, Stundung bei der Zwangsvollstreckung, WürttZ. **07** 121.

1. *Müller aaO. 173. Die Vorschriften in Ziff. 1 und 3 sind absolut wesentlich, eine Vollstreckung darf in diesen Fällen bei Vermeidung der Nichtigkeit weder eingeleitet noch fortgesetzt werden.

2. Letzgus. Der Gläubiger hat nicht das Recht, statt der Geldsumme ein Pfandrecht an beweglichen Sachen zwecks Sicherung der Geldsumme zu fordern, um sich ein solches dadurch zu verschaffen, daß er unter Aufrechterhaltung der Vollstreckungsmaßregeln dem Schuldner immer von neuem Stundung gewährt. Wird die Forderung gestundet, so kann der Schuldner vom Gläubiger die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln verlangen. Wenn auch dem Gläubiger eine billige Berücksichtigung besonderer Umstände des Schuldners zu gestatten ist, so muß doch, wenn das Pfändungspfandrecht seine Berechtigung behalten soll, stets die Absicht der Befriedigungsvollstreckung ersichtlich bleiben.

§ 777. *Müller 47. Eine entgegen dem § 777 vorgenommene Pfändung gibt lediglich dem Schuldner ein Anfechtungsrecht. Macht er davon keinen Gebrauch, ist das Pfändungspfandrecht vollwirksam.

§ 780. 1. **RG.** DJZ. **07** 881, R. **07** 704. Ist ein Erbe „nach Kräften des Nachlasses" verurteilt, so ist damit — sofern die Gründe des Urteils Gegenteiliges nicht ergeben — nur ausgedrückt, daß ihm die Beschränkung seiner Haftung gemäß § 780 vorbehalten sei, nicht, daß er tatsächlich nur mit dem Nachlasse zu haften habe.

2. *Rudorff, GruchotsBeitr. **51** 574. Der Streit über die beschränkte Haftung von Erben, Abkömmlingen, Vermächtnisnehmern, Ehegatten (BGB.

§§ 1989 ff., 1973 f., 2187, 419, 1480 ff., 1504) ist nicht in die Exekutionsinstanz zu verschieben, sondern vor dem Urteile zu erledigen, wenn der Beklagte bestreitet, aus dem Nachlaß als Erbe oder Vermächtnisnehmer oder aus dem Gesamtgut etwas erhalten zu haben, und daher jede Haftung ablehnt.

3. SeuffA. **62** 337 (BayObLG.). Der Erbe, der gemäß § 1990 BGB. dem Nachlaßgläubiger den Einwand der Erschöpfung oder der Unzulänglichkeit des Nachlasses entgegensetzen kann, kann die Abweisung der Klage erwirken, wenn Nachlaßgegenstände überhaupt nicht vorhanden sind oder wenn die vorhanden gewesenen schon zur Befriedigung von Nachlaßgläubigern verwendet wurden oder wenn der Nachlaßgläubiger auf Befriedigung aus dem dürftig n Nachlasse verzichtet hat. Weist der Gläubiger die Befriedigung, soweit der dürftige Nachlaß reicht, zurück, so kann der Erbe eine Verurteilung unter dem Vorbehalte seiner Haftung auf den Nachlaß erwirken (vgl. Eccius, GruchotsBeitr. **43** 617, Planck [3] V 162 § 1991 Erl. 2 b, Staudinger [2] V 203).

4. **a**) SeuffA. **62** 297 (Hamburg). Während Eccius, GruchotsBeitr. **43** 617, meint, daß der Erbe — und analog der nicht ursprünglich haftende gütergemeinschaftliche Ehegatte nach § 1480 BGB. —, wenn die Erbschaft erschöpft oder die Auseinandersetzung für ihn ergebnislos verlaufen ist, sich nicht erst eine kostspielige Verurteilung unter Vorbehalt beschränkter Haftung gefallen zu lassen brauchte, sondern ohne weiteres kostenpflichtige Abweisung der Klage erbitten könne — ebenso Struckmann-Koch zu § 780, Sydow-Busch § 781 Anm. 3 unter Berufung auf die Motive und **RG. 54** 413, **34** 277 —, vertreten andere die Auffassung, daß die Frage der Haftung stets erst nach Erlaß eines Urteils mit Vorbehalt in der Zwangsvollstreckungsinstanz zu erörtern sei. Das OLG. hält in einem Falle, in dem in erster Instanz durch ein eidliches Zeugnis die Nichtzuteilung von Gegenständen des Gesamtguts an die Beklagte erwiesen ist, die Abweisung der auf § 1480 gestützten Klage für gerechtfertigt. **b**) SeuffBl. **07** 309 ((Nürnberg). Steht fest, daß kein Nachlaß vorhanden ist, so brauchen sich die Erben eine — zwecklose — kostenpflichtige Verurteilung unter Beschränkung der Haftung nicht gefallen zu lassen, können vielmehr Klagabweisung verlangen (vgl. Planck [3] § 1911 Anm. 2 b, Staudinger §§ 1990—1992, Dernburg, Bürgerliches Recht V 481, Eccius, GruchotsBeitr. **43** 617, **RG.** JW. **05** 532, **RG. 34** 277).

5. **a**) ThürBl. **54** 267 (Jena). Wird gegen den Erben des verurteilten Schuldners nach § 731 Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel erhoben, so kann ihm in diesem Verfahren auf seinen Antrag die Beschränkung der Haftung gemäß § 780 vorbehalten werden. Wenn auch § 780 seinem Wortlaut und Sinne nach zunächst nur den Fall im Auge hat, daß der Erbe verurteilt wird, so steht doch der entsprechenden Anwendung auf den vorbezeichneten Fall nichts entgegen. Auch der Umstand, daß bei Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Gerichtsschreiber (§§ 727, 724, 730) ein Vorbehalt im Sinne des § 780 nicht in Frage kommt, kann für die gegenteilige Meinung nicht verwertet werden (abweichend Meyer, R. **04** 217). **b**) OLG. **15** 280 (Celle). Ob der Erbe des Schuldners sich die Beschränkung der Haftung durch einen Vorbehalt im Urteil auch dann sichern lassen muß, wenn gegen ihn auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung gegen den Erblasser ergangenen Urteils Klage erhoben wird, ist zweifelhaft. Nach § 785 werden auch die gemäß § 781 erhobenen Einwendungen nach § 767 erledigt, also ebenso behandelt wie Einwendungen, die den durch Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen. Solche Einwendungen können aber auch gegenüber der Klage auf die Vollstreckungsklausel geltend gemacht werden (Seuffert Anm. 4 zu § 731, **RG. 13** 347, **34** 347). Können sie aber so geltend gemacht werden, so müssen sie auf diese Weise erhoben werden, widrigenfalls sie später ausgeschlossen sind (Seuffert § 781 Ziff. 4 ff., Hellwig, Anspruch 172). Wenn letztere Folgerung auch von der Mehrzahl der Schriftsteller nicht gezogen

wird, so läßt doch die Zweifelhaftigkeit der Rechtsfrage es für den Erben geboten erscheinen, sich durch den Vorbehalt zu sichern.

§ 784. **RG.** R. **07** 1412. Der Nachlaßverwalter kann die Aufhebung auch derjenigen Zwangsvollstreckungsmaßregeln verlangen, die zugunsten eines Nichtnachlaßgläubigers vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung erfolgt sind.

§ 788. Literatur: du Chesne, Festsetzung der Vollstreckungskosten durch das Zwangsversteigerungsgericht, SächsRpflA. **07** 25.

1. Lemke, R. **07** 1458 f. (gegen Bing aaO. 1247 f.). Nimmt der Gläubiger vom Schuldner unter Eigentumsvorbehalt des Verkäufers auf Abzahlung gekaufte Gegenstände in der Weise zu seiner Befriedigung in Anspruch, daß er den Anspruch des Schuldners auf Übertragung des Eigentums an den Gegenständen gegen Zahlung des rückständigen Kaufpreises pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt, zahlt er sodann den Restkaufpreis und erwirbt die Herausgabe der Gegenstände an den Gerichtsvollzieher, so gehört die Zahlung des Restkaufpreises zu den notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung und ist der gezahlte Betrag daher gemäß § 788 Abs. 1 ZPO. dem Gläubiger vom Schuldner zu erstatten (ebenso Flechtheim, BuschsZ. **28** 282, Petersen § 788 Anm. 2, Seuffert [8] § 829 Anm. 1b; aM. Gaupp-Stein [5] § 788 I, Liebrecht, KGBl. **05** 13).

2. OLG. **15** 96 (Dresden). Die Vollstreckungskosten gehören nicht zu den durch das Urteil nach Quoten verteilten Kosten des Rechtsstreits, sondern fallen dem Schuldner zur Last, gegen den die Vollstreckung sich richtet. Der Festsetzungsbeschluß kann aber neben der Festsetzung des auf Grund der Quotenverteilung des von der einen der anderen Partei zu erstattenden Betrags zugleich die selbständige Festsetzung der zu erstattenden Vollstreckungskosten enthalten.

3. OLG. **14** 164 (KG.). Ist auf Grund einer einstweiligen Verfügung im Grundbuch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek eingetragen, dann nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung durch Urteil die Vormerkung auf Antrag des Beklagten gelöscht worden, so sind die durch den Löschungsantrag entstandenen Kosten als Kosten der Zwangsvollstreckung des die einstweilige Verfügung aufhebenden Urteils anzusehen (ebenso Oberneck, abweichend Turnau-Förster). Es bedarf daher keiner besonderen Klage auf Erstattung derselben.

4. OLG. **14** 163 (Hamburg). Die dem Rechtsanwalte nach § 87 RAGebO. zustehende Gebühr für Erhebung und Ablieferung von Geldern fällt weder unter den Begriff der Prozeßkosten (§ 91) noch unter den der Vollstreckungskosten (§ 788).

5. SeuffA. **62** 171, SächsOLG. **28** 268 (Dresden). § 788 gilt auch für die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Hieraus folgt, daß das Vollstreckungsgericht als die mit der Leitung des Zwangsversteigerungsverfahrens betraute Behörde berechtigt und verpflichtet ist, die von einem Beteiligten berechneten Zwangsvollstreckungskosten auf ihre Taxmäßigkeit und Erstattungsfähigkeit zu prüfen, gleichviel ob sie gerade von dem betreibenden Gläubiger oder von einem anderen Beteiligten beansprucht werden. Aus den Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes ergibt sich jedoch die Besonderheit, daß die Festsetzung nicht selbständig, sondern nur mittels Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß oder gegen den Teilungsplan angefochten werden kann.

6. **a)** R. **07** 518 (Colmar). Durch § 788 wird die Befugnis des Gläubigers zur Einholung eines förmlichen Kostenfestsetzungsbeschlusses nicht berührt. Der Gläubiger hat aber die durch die Festsetzung erwachsenden Mehrkosten zu tragen, wenn die ZwV.Kosten zugleich mit dem Hauptanspruche hätten beigetrieben werden können. **b)** PosMSchr. **07** 76, OLG. **15** 281 (Posen). Der Gläubiger kann das Festsetzungsverfahren bezüglich der Vollstreckungskosten richtiger Ansicht nach (Freudenthal § 788 Anm. 4, Gaupp-Stein [5] § 104 Anm. 1, KGBl. **92** 95

[KG.]) nur betreiben, wenn er ein besonderes Interesse an der Festsetzung dartut; aM. Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren (4) 3, **RG.** JW. **93** 561, KGBl. **90** 34 (KG.), Walter-Joachim, RAGebO. 178 Anm. 60. Dies gilt auch bezüglich der in den erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschluß aufgenommenen Vollstreckungskosten. **c)** SeuffA. **62** 169 (KG.) = OLG. **13** 193 f. JDR. **5** § 788 Ziff. 1. Festsetzung der Kosten der Zwangsvollstreckung erfolgt durch das Vollstreckungsgericht. Ebenso SächsRpflA. **07** 566 (LG. Dresden).

7. OLG. **15** 8 (KG.). Der 2. ZS. des KG. nimmt entgegen der JDR. **5** § 788 Ziff. 1 mitgeteilten Ansicht eines anderen Senats an, daß, falls die Festsetzung der Vollstreckungskosten in einem besonderen Verfahren betrieben werde, für dieses nach § 104 das Prozeßgericht erster Instanz — nicht das Vollstreckungsgericht — jedenfalls in dem Regelfalle zuständig sei, daß die Vollstreckung auf Grund eines Urteils betrieben werde. Den für die Festsetzung erforderlichen Schuldtitel bilde das vollstreckbare Urteil (**RG.** JW. **98** 658).

8. **a)** HessRpr. **7** 150, JustdBl. **2** 232 (LG. Gießen). Dem Vollstreckungsorgan ist der Nachweis zu erbringen, daß die Kosten der früheren ZwV.Maßregeln, deren Mitbeitreibung verlangt wird, tatsächlich entstanden sind. Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, so muß der Gläubiger zunächst diese Kosten durch das zuständige Prozeßgericht festsetzen lassen. **b)** du Chesne wendet sich gegen einen Beschluß des OLG. Dresden, nach welchem das Zwangsversteigerungsgericht berechtigt und verpflichtet sein solle, die von einem Beteiligten berechneten Zwangsvollstreckungskosten auf ihre Taxmäßigkeit und Feststellungsfähigkeit zu prüfen und die auf Grund dieser Prüfung erfolgende Festsetzung nach § 793 der sofortigen Beschwerde unterliegt. § 788 findet auch nach der Meinung du Chesnes im Zwangsversteigerungsverfahren überhaupt keine Anwendung.

§ 793. 1. BadRpr. **07** 155 (Karlsruhe). Beschwerdeberechtigt ist nicht bloß der unmittelbar beteiligte Gläubiger und Schuldner, sondern auch jeder Dritte, dessen Rechte durch die angefochtene Entscheidung verletzt sind.

2. BadRpr. **07** 333 (Karlsruhe). Gegen die Versagung der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde findet einfache Beschwerde statt, da es sich um eine Entscheidung in dem die Zwangsvollstreckung vorbereitenden Verfahren handelt. Sie ist aber gleichwohl als Feriensache zu behandeln, da nach § 204 GVG. auf das Zwangsvollstreckungsverfahren im ganzen die Ferien ohne Einfluß sind (Gaupp-Stein [5] 462, Sydow-Busch zu § 204 GVG.).

§ 794. Literatur: Ahsbahs, Wesen und Bedeutung der Unterwerfungsklausel, JheringsJ. **51** 127—158. — Gunz, Auslegung exekutorischer Urkunden, BankA. **6** 96. — Kretzschmar, Der Charakter der Prozeßvergleichswirkung, BayRpflZ. **07** 305. — Neumiller, Hypothekenbestellung im Prozeßvergleiche, SeuffBl. **07** 288. — Schmidt, Formen der Anfechtung eines Prozeßvergleichs, BayRpflZ. **07** 1—4.

I. Abs. 1 Ziff. 1. 1. Über die Frage der direkten Prozeßbeendigungskraft des Prozeßvergleichs und des Verhältnisses seiner Wirkungen zu denen des rechtskräftigen Urteils vgl. Kretzschmar aaO. 305 f., 339 f., ferner ders., Der Vergleich im Prozesse (1896), besonders 90—92.

2. OLG. **14** 165, SeuffA. **62** 123 (Hamburg). § 794 Ziff. 1 ist unbedenklich auch auf solche Vergleiche anwendbar, welche zur Beilegung eines Zwischenstreits nach Erhebung der Klage abgeschlossen sind, z. B. Vergleiche im Ehescheidungsprozeß über die Unterhaltspflicht (§ 627).

3. HessRspr. **7** 174, NaumburgAK. **07** 23 (LG. Darmstadt). Vergleiche in Privatklagesachen fallen nicht unter § 794 Ziff. 1. Ebenso: Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren (6) 76, Schmidt, ThürBl. **39** 289.

4. OLG. **15** 282 (Königsberg). Wird in den gerichtlichen Vergleich über einen anhängigen Rechtsstreit ein bereits in einem anderen Verfahren rechtskräftig festgestellter Anspruch einbezogen, so bildet in Ansehung des letzteren der Vergleich keinen vollstreckbaren Titel, weil er insoweit nicht zur „Beilegung eines Rechtsstreits" geschlossen ist.

5. Neumiller aaO. Die Verwirklichung der in einem gerichtlichen Vergleich enthaltenen Hypothekenbestellung ist auch bei Identität des Prozeßgerichts und des Grundbuchamts dem Parteibetriebe zu überlassen.

6. **a)** Die Frage, ob etwaige Streitigkeiten über die Gültigkeit eines Prozeßvergleichs in einem besonderen Verfahren zum Austrage gebracht werden müßten, ist vom IV. ZS. des **RG.** GruchotsBeitr. **50** 425 für den Fall verneint, daß die Nichtigkeit des Vergleichs geltend gemacht wird. Dagegen hat der I. ZS. Gruchots Beitr. **50** 428, SeuffA. **61** 170 — vgl. JDR. **5** § 794 Ziff. 2 c — unter Bezugnahme auf einen Beschluß des II. ZS. JW. **95** 359 ausgeführt, nach Abschluß eines Vergleichs sei eine Fortsetzung des Rechtsstreits in demselben Verfahren jedenfalls dann unstatthaft, wenn zur Begründung des Fortsetzungsverlangens die illiquide Behauptung aufgestellt werde, der Vergleich sei wegen Betrugs oder Irrtums ungültig. Der V. ZS. des **RG. 65** 420, NaumburgAK. **07** 71, schließt sich in einem Falle, in welchem der Vergleich lediglich aus Rechtsgründen angefochten wurde, der Ansicht des IV. ZS. an, erklärt also die Fortsetzung des Verfahrens im gegebenen Falle für zulässig, in der Erwägung, daß nur einem formell und materiell gültigen Prozeßvergleiche die Fähigkeit zukommen könne, einen anhängigen Rechtsstreit endgültig zu erledigen (vgl. auch JDR. **5** § 794 Ziff. 2 a u. b). **b)** Schmidt. Wird der Prozeßvergleich als Vollstreckungstitel von der Partei angegriffen, die mit dessen Hilfe zu einer vollstreckbaren Leistung angehalten werden könnte, so ist der naturgemäße Angriffsweg die Klage des Schuldners. Dagegen ist, soweit in dem Vergleiche vom Gläubiger Rechte aufgegeben worden sind, die Unwirksamkeit des Vergleichs in dem anhängigen Verfahren geltend zu machen.

II. Ziff. 3. Meyer, R. **07** 299. Auch in der Beschwerdeinstanz als endgültig erlassene Entscheidungen sind vollstreckbar; es kommt nur darauf an, daß die Entscheidung ihrer Gattung nach zu denjenigen gehört, die der Beschwerde unterliegen.

III. Ziff. 5. 1. FrankfRundsch. **06** 231 (Frankfurt). Als ein Anspruch, der die Zahlung einer Geldschuld zum Gegenstande hat, hat der Anspruch aus einer Hypothek auch dann zu gelten, wenn für ihn bis zur Anlegung des Grundbuchs das alte Recht maßgebend bleibt.

2. FrankfRundsch. **07** 84 (Frankfurt). Als gerichtlich „aufgenommene" Urkunden im Sinne des § 794 Ziff. 5 sind auch die nach den Vorschriften des nassauischen Stockbuchsrechts aufgenommenen Schuld- und Pfandverschreibungen anzusehen.

3. KGJ. **32** A 273 (KG.). Aus dem vollstreckbaren Schuldanerkenntnisse, das ein in Gütergemeinschaft lebender Ehemann ausgestellt hat, muß, wenn die formellen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung erfüllt sind, die Vollstreckung in das Gesamtgut, insbesondere auch durch Eintragung einer Sicherungshypothek auf die gütergemeinschaftlichen Grundstücke zugelassen werden. Das Grundbuchamt darf die Eintragung nicht deshalb ablehnen, weil das Schuldanerkenntnis und die daraufhin erfolgende Eintragung gegen die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1444 bis 1446 BGB. verstoßen.

4. KGJ. **32** A 280 (KG.). Die Unterwerfung des Kindes unter die sofortige Zwangsvollstreckung enthält weder eine Verfügung über das Grundstück noch die Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung und bedarf deshalb als solche der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht.

5. **RG.** RheinA. **104** I 262. Daß die Vollstreckung aus einem (nach §§ 37—42

PrG. betr. das Teilungsverfahren usw. im Geltungsbereiche des rhein. Rechtes vom 22. Mai 1887) aufgenommenen notariellen Versteigerungsprotokolle mangels der Unterwerfungsklausel nach § 794 Ziff. 5 unzulässig sei, kann nicht mit Klage, sondern nur durch Erinnerung nach § 766 geltend gemacht werden.

§ 797. (§ 795.) Literatur: Engel, Über Voraussetzungen der notariellen Vollstreckungsklausel, PosMSchr. **07** 145 (s. zu § 726).

I. Abs. 1. 1. BayObLG. **8** 47. Die Frage, ob eine Urkunde vollstreckbar ausgefertigt werden kann, ist nicht danach zu beurteilen, ob das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft materiell gültig ist, sondern lediglich danach, ob die Urkunde nach ihrer Form und ihrem Inhalte den für die Vollstreckbarkeit bestehenden gesetzlichen Vorschriften entspricht.

2. OLG. **14** 326, ElsLothNotZ. **07** 30 (Colmar). Die Entscheidung darüber, ob das ersuchende oder das ersuchte Gericht die vollstreckbare Ausfertigung eines von dem ersuchten Gericht aufgenommenen Unterhaltsversprechens des Schwängerers zu erteilen hat, ist bei Weigerung des Gerichtsschreibers des ersuchten Gerichts nicht nach den für den Fall der Verweigerung von Rechtshilfe gegebenen Vorschriften der §§ 157 ff. GVG., sondern nach § 576 ZPO. zu treffen.

3. KGBl. **07** 92 (LG. Berlin I). Da eine Rechtshängigkeit bei vollstreckbaren Urkunden nicht in Frage kommt, ist streitig, ob gemäß §§ 795, 727 für Urkunden der im § 794 Ziff. 5 bezeichneten Art eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den „Rechtsnachfolger" erteilt werden kann. Das Gericht erachtet mit Wilmowski-Levy (7) § 703 a. F. Anm. 1 und Gaupp-Stein § 795 Anm. 1 den § 727 dann für anwendbar, wenn die Rechtsnachfolge nach Errichtung des Titels eingetreten ist.

4. Grüber, ZBlFG. **7** 688. Zur Erlangung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Erklärung, inhalts deren sich der Erzeuger eines unehelichen Kindes zur Zahlung bestimmter Unterhaltsgelder verpflichtet und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, bedarf es des Nachweises der Annahme derselben durch den Vormund oder der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Vereinbarung nur dann, wenn der Erklärende selbst die Wirksamkeit seiner Erklärung von der Annahme derselben durch den Vormund oder von der Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abhängig gemacht hat (ebenso Thiesing aaO. 684). Die vollstreckbare Ausfertigung ist von dem Gerichtsschreiber des Gerichts zu erteilen, welcher die Urkunde aufgenommen hat; dies gilt auch für den Fall, daß das Vormundschaftsgericht um Aufnahme der Erklärung ersucht hat. Alle gegen den Anspruch möglichen Einwendungen, insbesondere auch solche, welche die materielle Rechtsbeständigkeit der Urkunde betreffen, sind durch die Vollstreckungsgegenklage im Sinne der §§ 767, 795 ZPO. geltend zu machen. Solange dies nicht geschehen und die Urkunde nicht durch Richterspruch beseitigt ist, ist dieselbe als Vollstreckungstitel wirksam.

II. Abs. 2. 1. OLG. **14** 166, KGJ. **33** A 3 (KG.). In Ermangelung einer reichsrechtlichen Vorschrift darüber, welches Rechtsmittel gegen den die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ablehnenden Bescheid des Notars gegeben ist, entscheiden hierüber die landesrechtlichen Vorschriften über das Notariat (ebenso Gaupp-Stein, Seuffert, Petersen-Anger zu § 797). Nach PrFGG. Art. 51 Abs. 2 ist die Entscheidung des LG. anzurufen, in dessen Bezirke der Notar seinen Sitz hat. Gegen die Entscheidung des LG. findet die einfache Beschwerde an das OLG. statt (Artt. 3, 4, 6). — Abweichend Falkmann, ZwV. (2) 135 Note 7, der im Anschluß an einen vom **RG.** JW. **89** 526 entschiedenen französisch-rechtlichen Fall (C. c. Art. 839) eine Klage gegen den Notar auf Erteilung der Klausel zuläßt, und David, BuschsZ. **20** 430, der § 797 Abs. 3 entsprechend anwenden will.

2. Altschul, SächsRpflA. **07** 411. Im Königreiche Sachsen kann eine exekutorische Notariatsurkunde, nachdem sie einmal dem Beteiligten in Urschrift ausgehändigt worden ist, überhaupt nicht vollstreckbar ausgefertigt werden, also weder von dem Notar, der sie aufgenommen hat, noch von seinem Stellvertreter, noch von dem Amtsgerichte, welches die Aktenverwahrung ausübt. Wenn ein zum Gebrauch im Auslande bestimmtes notarielles Vertragsprotokoll in Urschrift ausgehändigt wird, so ist eine Ausfertigung zurückzubehalten, welche die Stelle der Urschrift vertritt, also in der Verwahrung des Notars bleibt und deshalb auch beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen von ihm vollstreckbar ausgefertigt werden kann.

III. Abs. 3. BayRpflZ. **07** 439 (LG. München I). Für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung notarieller Schuldurkunden (§ 794 Ziff. 5) ist das im § 797 Abs. 3 bezeichnete Amtsgericht zuständig.

IV. Abs. 4. R. **07** 257 (Frankfurt). Die Behauptung des Schuldners, daß wegen Verschlechteruna seiner Vermögensverhältnisse seine Unterhaltspflicht weggefallen sei, ist als eine Einwendung anzusehen, die den durch den Vergleich festgestellten Anspruch selbst betrifft und die demgemäß dem Vergleiche gegenüber unbeschränkt zulässig ist.

§ 798. a) *Müller aaO. 151. Fristverletzung führt, wie im Falle des § 751, zur Nichtigkeit der Pfändung. b) SächsRpflA. **07** 185, NaumburgAK. **07** 36 (Dresden). Eine unter Nichteinhaltung der im § 798 bestimmten Frist vorgenommene Zwangsvollstreckung ist nichtig. Die Fassung („darf nur beginnen") weist darauf hin, daß ein Verzicht auf die Wahrung der Frist unzulässig ist. Daß ihr Zweck dahin geht, den Schuldner vor Überraschungen zu bewahren, rechtfertigt nicht die Folgerung eines Verzichtrechts. Trotz jenes Motivs bleibt es ein absolutes Prozeßrecht (vgl. Seuffert Anm. 3, Reincke Anm. zu § 798, Petersen [5] 439).

§ 800. 1. *Müller aaO. 150. Da die Klausel stets den Schuldner namentlich bezeichnen muß, darf sie nicht ohne Namensnennung nur gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer erteilt werden. § 800 Abs. 2 erklärt lediglich die Zustellung der das Eigentum nachweisenden Urkunden für entbehrlich, läßt aber weitere Ausnahmen von der Regel des § 750 nicht zu.

2. Schmidt-Knatz, DJZ. **07** 1019. Vor Erteilung der Vollstreckungsklausel für eine nach §§ 794 Abs. 5, 800 ZPO. aufgenommene Hypothekenurkunde gegen verheiratete weibliche Miterben als Rechtsnachfolger des verstorbenen Hypothekenschuldners bedarf es nicht der Bewilligung des nießbrauchberechtigten Ehemanns zur Duldung bzw. dessen Verurteilung.

3. KGJ. **32** A 236 (KG.). Die Unterwerfungsklausel braucht nicht genau mit den dem Gesetzestext entnommenen Worten der Probeeintragung im Formular A der preuß. Justizministerialverfügung vom 20. November.1899 eingetragen zu werden. Die Fassung: „die sofortige Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer ist zulässig" genügt.

4. FrankfRundsch. **40** 131 (Frankfurt). Als Grundbuch im Sinne des § 800 hat zwar lediglich das Grundbuch des BGB. zu gelten. Daraus folgt aber nicht, daß eine vor dem 1. Januar 1900 ausgesprochene derartige Unterwerfung nichtig ist, sondern höchstens, daß sie so lange der Wirksamkeit entbehrt, bis das Grundbuch angelegt ist und die Eintragung im Grundbuche hinzukommt.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§§ 803 ff. Literatur: Francke, Entstehung des Pfandrechts an gepfändeten Sachen, BuschsZ. **36** 308 ff. — s. auch zu § 883.

§ 804. 1. *Müller aaO. 94. Die Voraussetzungen für die Entstehung des Pfändungspfandrechts sind vom Prozeßrechte selbständig und unabhängig vom materiellen Rechte bestimmt. Dies zeigt sich besonders im § 810. Um die formell gültige Vollstreckung ihrer Wirkung zu berauben, genügt weder die Existenz eines der Veräußerung entgegenstehenden materiellen Rechtes für sich allein, noch eine beliebige Art seiner Geltendmachung, sondern das materielle Recht kann nur soweit und nur so lange Berücksichtigung finden, als es die Grundlage für das im § 771 besonders normierte prozessuale Anfechtungsrecht abzugeben imstande ist (vgl. auch Ziff. I 1 zu § 771).

2. Francke, BuschsZ. **36** 308. Pfändet ein Gerichtsvollzieher zur Vollstreckung der Geldforderung eines Auftraggebers bewegliche Sachen im Gewahrsame des Schuldners, eines zur Herausgabe bereiten Dritten oder des Auftraggeber auf Grund einer für diesen gegen den Schuldner vollstreckbaren Urkunde, so entsteht ein Pfandrecht an diesen Sachen, auch wenn sie nicht Eigentum des Schuldners sind, der Gerichtsvollzieher nicht zuständig war oder nicht gehörig verfuhr und dem Gläubiger der gute Glaube mangelte; jedoch ist in jedem dieser Fälle das Pfandrecht bis zum geschehenen Pfandverkauf anfechtbar und im letzten Falle auch der Gläubiger sowohl dem Schuldner als dem Dritten zum Ersatz allen Schadens verpflichtet. Dem Dritteigentümer der gepfändeten Sache steht gegen den gutgläubigen Zwangsvollstreckungsgläubiger weder ein Schadensersatz- noch ein Bereicherungsanspruch zu.

3. **RG.** SeuffBl. **07** 384. Im Zwangsvollstreckungsverfahren hat der gute Glaube des pfändenden Gläubigers an das Eigentum des Schuldners keine Recht schaffende Wirkung. Die Pfändung von Sachen, die dem Schuldner nicht gehören, ist — abgesehen vom Falle der Konvaleszenz — wirkungslos und begründet nicht nur dem wahren Eigentümer, sondern jedermann gegenüber kein Pfändungspfandrecht.

4. OLG. **15** 393 (Karlsruhe) = BadRpr. **06** 361 f. JDR. **5** § 804 Ziff. 3. Keine Übertragung des Pfändungspfandrechts auf andere Forderungen nach Erlöschen der Forderung, für die es begründet ist.

§ 805. Literatur: Lippmann, Das Pfandrecht des Vermieters gegenüber einer Zwangsvollstreckung in die Illaten des Mieters, SeuffBl. **07** 761, s. o. Ziff. I 1 zu § 561 BGB.

1. *Pagenstecher, Die praktische Bedeutung des Streites über das Wesen der Rechtskraft, BuschsZ. **37** 24 ff., verneint in Übereinstimmung mit **RG.** VII GruchotsBeitr. **46** 433 folgende Frage: Kann sich bei einer Klage aus § 805 der Vermieter (A.) gegenüber dem Pfandgläubiger (X.), der Illaten gepfändet hat, auf ein zwischen ihm (A.) und dem Mieter (B.) ergangenes Urteil berufen, in dem das Bestehen der Mietforderung bejaht wurde? — Im Gegensatze zu der erwähnten RG.Entscheidung verteidigt Verf. jedoch folgenden Satz: Ist die Klage des Vermieters (A.) gegen den Mieter (B.) auf Zahlung des Mietzinses rechtskräftig abgewiesen worden, so kann sich X., der Illaten gepfändet hat, gegenüber der Klage des A. aus § 805 ZPO. darauf berufen, daß die (im Prozesse zwischen A. und B.) rechtskräftig aberkannte Mietforderung nicht bestehe. — Nach der Stein-Hellwigschen Rechtskraftlehre ist die erste Frage ebenso, die zweite jedoch in entgegengesetztem Sinne zu entscheiden.

2. R. **07** 1268 (Frankfurt). Der pfändende Gläubiger bleibt für die Klage aus § 805 auch dann passiv legitimiert, wenn er seine Rechte auf den Erlös einem Dritten übertragen hat — falls nicht auch die Vollstreckungsklausel auf diesen umgeschrieben ist —, sowie wenn er auf seine Rechte verzichtet hat.

§ 807. 1. Voraussetzungen der Pflicht zur Eidesleistung. a) OLG. **14** 169, ThürBl. **53** 263, SeuffA. **62** 83, NaumburgAK. **07** 4 (Jena). Ob

der Schuldner trotz Vorhandenseins ihm zustehender, dem Gläubiger bekannter Forderungen zur Leistung des Offenbarungseids verpflichtet ist, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Solche Forderungen kommen aber grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn mittels ihrer die Befriedigung des Gläubigers innerhalb angemessener Frist durchführbar ist. Auf die Möglichkeit künftiger Pfändung noch gar nicht zur Entstehung gelangter Ansprüche braucht sich der Gläubiger nicht verweisen zu lassen (vgl. SächsOLG. **25** 84 (Dresden). Andererseits ist ihm die Pfändung des der Zwangsvollstreckung unterliegenden Teiles der Gehaltsforderung eines Staatsbeamten, auch wenn diese noch nicht fällig ist, wohl zuzumuten. Vgl. OLG. **3** 333 (Celle); ferner JDR. **1** 2 b, 3 a, **3** 2, **5** 1. **b**) HansGZ. **07** Beibl. 26 (Hamburg). Hat der Gläubiger Forderungen oder andere Vermögensrechte des Schuldners pfänden lassen, oder ist ihm das Vorhandensein solcher Rechte bekannt, so ist er verpflichtet, wenn er den Offenbarungseid vom Schuldner fordert, die Uneinbringlichkeit oder Unverwertbarkeit glaubhaft zu machen. Ist aber die gepfändete Forderung schon anderweitig gepfändet, so daß demnächst keine Befriedigung erwartet werden kann, so ist die Forderung nicht als ein zur Befriedigung des Gläubigers geeignetes Vermögensobjekt anzusehen. Denn der Gläubiger hat ein Recht auf alsbaldige Befriedigung. Dem Gläubiger ist aber in einem solchen Falle auch nicht zuzumuten, daß er auf die Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschlusse verzichte und so seine Prioritätsrechte für die Zukunft aufgebe, ohne zu wissen, ob sonst noch pfändbare Vermögensobjekte vorhanden sind.

2. *Eidespflicht der Ehefrau.* *Kraus*, BayRpflZ. **07** 252. Die Ehefrau, welche in einem der im § 739 aufgeführten Güterstände lebt, ist auch dann zur Ableistung des Offenbarungseids verpflichtet, wenn kein Urteil gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung vorliegt. Der Offenbarungseid hat sich nicht nur auf das Vorbehaltsgut, sondern auf das *gesamte* Vermögen der Ehefrau zu erstrecken.

3. *Eidespflicht Prozeßunfähiger.* SeuffBl. **07** 725 wird die Entscheidung eines ungenannten LG. mitgeteilt, daß im Falle der Prozeßunfähigkeit der beklagten Partei diese selbst, nicht ihr gesetzlicher Vertreter zur Ableistung des Offenbarungseids zu laden sei, die Pflicht zur Eidesleistung selbst aber dem gesetzlichen Vertreter obliege.

4. *Arrest als Grundlage des Offenbarungseids?* **a**) In der Frage, ob der Arrest die Grundlage für ein Offenbarungseidsverfahren bilden könne (vgl. JDR. **1** § 807 Ziff. 1, **3** § 807 Ziff. 1 b, **4** § 807 Ziff. 5, **5** § 807 Ziff. 3), haben zwei OLG. ihren Standpunkt gewechselt. Das OLG. Dresden, das diese früher (SächsOLG. **26** 182, JDR. **4** § 807 Ziff. 5 a) bejahte, *verneint* sie jetzt (OLG. **14** 195, SächsOLG. **28** 272, Beschl. vom 10. Oktober 1906); das KG. (11. ZS.) dagegen, das früher (KGBl. **05** 70, JDR. aaO. Ziff. 5 b) verneinte, *bejaht* jetzt (OLG. **14** 197, KGBl. **07** 89, Beschl. vom 12. März 1907). — Als neuer Grund für die Verneinung wird vom OLG. Dresden angeführt, der Arrestbefehl beruhe im Gegensatze zu dem durch Schuldtitel festgestellten Rechte auf *einseitiger* Behauptung; das Gesetz könne an ihn nicht eine so folgenschwere und nicht wieder rückgängig zu machende Maßregel knüpfen, wie die Erzwingung des Offenbarungseids. — Das KG. bejaht zunächst in ausführlicher Darlegung die Möglichkeit „entsprechender" Anwendung des § 807 auf das Arrestverfahren (§ 928), verwirft dann den von ihm früher aus § 930 („die Vollziehung des Arrestes in das bewegliche Vermögen wird durch Pfändung bewirkt") entnommenen Gegengrund — und unter Hinweis auf die vorläufig vollstreckbaren Urteile — die aus dem Charakter des Arrestes als einer einstweiligen Maßregel entnommenen Einwendungen. Bezug genommen wird auf die gleichen Ansichten von *Francke*, Offenbarungseid 4, *Fischer*, ACivPr. **70** 347, *Petersen-Anger* § 928 Anm. 4, *Gaupp-Stein* § 807

Anm. II 1, Falkmann, ZwV. (1) 321 und verschiedene JDR. aaO. erwähnte Urteile. — KG. in dem Beschl. vom 12. März 1907: Die Einleitung und die Fortsetzung des Offenbarungseidsverfahrens werden aber unzulässig, sobald feststeht, daß innerhalb der zweiwöchigen Frist des § 929 Abs. 2 nach der Verkündung bzw. Vollziehung des Arrestes eine Pfändung bzw. neue Pfändung nicht mehr erfolgen kann. Die Schwierigkeit der Durchführung des Offenbarungseidsverfahrens vor Ablauf der Frist verringert freilich den Nutzen des Offenbarungseidsverfahrens für den Arrestgläubiger in hohem Grade. — OLG. Colmar, OLG. **14** 195, ElsLothJZ. **07** 455 = R. **06** 1268 vgl. JDR. **5** § 807 Ziff. 3 (bejahend). Neuerdings OLG. Breslau (BreslauAK. **07** 37, KGBl. **07** 124) unter Berufung auf die frühere Praxis des KG. (!) verneinend; bejahend für einstweilige Verfügung R. **07** 705 (Colmar). — Schon in einer früheren Entscheidung — vom 30. Oktober 1906 — hatte das KG. (11. ZS.), KGBl. **07** 4, ausgesprochen, daß jedenfalls auf Grund einer einstweiligen Verfügung die Leistung des Offenbarungseids aus § 883 Abs. 2 vom Antragsgegner verlangt werden könne. **b)** Neumann, DJZ. **07** 690. Auch auf Grund von Arresten und einstweiligen Verfügungen kann die Leistung des Offenbarungseids begehrt werden.

5. Vermögensverzeichnis. **a)** OLG. **14** 194 (Posen). Forderungen sind ohne Rücksicht darauf, ob sie pfändbar sind oder nicht, in das Vermögensverzeichnis aufzunehmen. **b)** NaumburgAK. **07** 5 (LG. Halle). Der Gläubiger hat kein Recht, die Abschrift des Vermögensverzeichnisses zu fordern, welches sein Schuldner in dem auf Betreiben eines anderen Gläubigers stattgehabten Verfahren wegen Leistung des Offenbarungseids überreicht hat (vgl. BuschsZ. **18** 525, SeuffA. **42** Ziff. 358).

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808. 1. Gewahrsam des Ehemanns und der Ehefrau. **a)** *Hörle aaO. Die Frau, die selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt (§§ 1405, 1452 BGB.), hat Gewahrsam α. an allen körperlichen Sachen, die sich in und auf den zum inneren und äußeren Betriebe des Erwerbsgeschäfts gehörenden Räumen, Flächen und Gegenständen befinden, β. an den in den Wohn- und Schlafräumen der Handlungs- und Gewerbegehilfen und sonstigen Besitzdiener befindlichen, ihnen im Geschäftsbetriebe zur Benutzung oder zur Bearbeitung übergebenen Gegenständen, γ. an den am Körper der Frau befindlichen Sachen, δ. an den außerhalb der Geschäftsräume befindlichen Gegenständen, für welche die tatsächliche Vermutung des Alleinbesitzes und Gewahrsams der Frau spricht, z. B. allen ausschließlich ihrem persönlichen Gebrauche dienenden Sachen (Kleidungsstücken, Schmucksachen, Arbeitsgeräten, Nähmaschinen, Stickereigerätschaften) und ε. an allen dem Geschäftsbetriebe nicht gewidmeten Gegenständen, wenn der Mann von der Frau dauernd getrennt lebt (87, 88). — Als Haushaltungsvorstand im Sinne des § 1354 hat der Mann an den Haushaltungsgegenständen nicht den ausschließlichen Gewahrsam, vielmehr stehen die im gemeinschaftlichen Haushalte der Ehegatten befindlichen Sachen im gemeinsamen Gewahrsame der Ehegatten, wenn sich nicht aus den Umständen des einzelnen Falles der ausschließliche Gewahrsam eines der Ehegatten ergibt (88, 89). Vgl. dagegen unten § 809 Ziff. 4 und JDR. **5** 1. **b)** OLG. **14** 171 (Karlsruhe) = BadRpr. **06** 155 betr. den Gewahrsam des in Gütertrennung lebenden Ehemanns an allen zum Haushalte gehörigen Gegenständen (vgl. JDR. **5** § 808 Ziff. 1 b).

2. Pfändung eigener Sachen des Gläubigers. **a)** Then, BayRpflZ. **07** 384, wendet sich gegen Roiger, BayRpflZ. **06** 477 — JDR. **5** § 808 —, und führt, im wesentlichen in Übereinstimmung mit Meyer, KGBl.

06 13 — JDR. aaO. —, aus, daß die Pfändung der im Eigentume des Gläubigers, aber im Gewahrsame des Schuldners befindlichen Sachen, insbesondere der dem Schuldner unter Eigentumsvorbehalt auf Abzahlung überlassenen Gegenstände, nicht unzulässig sei. **b)** BadRpr. **07** 313 (Karlsruhe). Der Gläubiger kann auch seine eigenen im Besitze des Schuldners befindlichen, diesem unter Eigentumsvorbehalt überlassenen Sachen pfänden. Er erwirbt dadurch zwar, solange er nicht auf das vorbehaltene Eigentum verzichtet, kein unbedingtes Pfändungspfandrecht, aber doch ein solches unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Eigentumsvorbehalt fortfällt. **c)** OLG. **15** 7 (Dresden) Der Gläubiger kann auch die dem Schuldner auf Abzahlung überlassenen, noch im Eigentume des Gläubigers stehenden Gegenstände pfänden und versteigern lassen. Der Schuldner kann hieraus Einwendungen gegen eine auf Zahlung fälliger Abzahlungsraten gerichtete Klage nicht herleiten (vgl. JDR. **5** § 808 Ziff. 2). **d)** DJZ. **07** 76, R. **07** 76 (Cöln, V. ZS.) = RheinA. **102** I 80 f. JDR. **5** § 808 Ziff. 2 d. Eigentumsverzicht des Gläubigers durch Pfändung ihm selbst gehöriger Sachen (s. auch zu § 857).

3. Francke, GruchotsBeitr. **51** 562. § 808 ZPO. gilt selbständig neben § 561 BGB.; denn das BGB. ordnet nur die Grenzen verschiedener privater Rechtsmacht, während die ZPO. die Verwirklichung des bürgerlichen Rechtes durch die öffentliche Rechtsmacht regelt. (Vgl. o. Ziff. 2 zu § 560 BGB.).

4. **RG.** SeuffBl. **07** 107. Der Gläubiger ist vom Gewahrsame des Pfandes ausgeschlossen, denn nach § 808 ZPO. ist dasselbe regelmäßig dem Schuldner zu belassen, anderenfalls aber vom Gerichtsvollzieher in amtliche Verwahrung zu nehmen. Daher besteht regelmäßig keine gesetzliche Verpflichtung für den Pfändungspfandgläubiger, Aufwendungen zur Erhaltung des Pfandes zu machen.

§ 809. Literatur: Cohn, Die Rechtsbeziehungen an den in die Stahlkammern einer Bank hineingelegten Wertpapieren und die Zwangsvollstreckung in diese Wertpapiere, ABürgR. **30** 235 ff. — Hoeniger, Die Pfändung eingebrachter, im Besitze des Mannes befindlicher Mobilien, JustdBl. **2** 1, 17.

1. (§ 1411 BGB., § 739 ZPO.) Hoeniger, JustdBl. **2** 1, 17. Ist der Mann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt, so darf der Gerichtsvollzieher im Besitze des Mannes befindliche Mobilien nur pfänden, wenn der Mann deren Frauengutsqualität anerkennt und wenn er gemäß § 809 ZPO. zur Herausgabe bereit ist. Ist der Mann zur Herausgabe von Frauengut — sei es eingebrachtes oder Vorbehaltsgut — nicht bereit, so ist immer Pfändung des Herausgabeanspruchs erforderlich.

2. *Cohn, ABürgR. **30** 249 ff. Liegen Wertpapiere in der Stahlkammer einer Bank und gibt diese allein ihren Schlüssel dem pfändenden Gläubiger des Kunden heraus, so werden die Wertpapiere für die Vollstreckung so behandelt, als wenn sie sich im ausschließlichen Gewahrsame des schuldenden Kunden befinden. Die Zwangsvollstreckung erfolgt daher durch Pfändung gemäß § 808. Dies ist dagegen unzulässig, wenn die Bank die Herausgabe ihres Schlüssels verweigert. Dann befinden sich die Wertpapiere in dem Gewahrsam eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten. Die Pfändung der Wertpapiere ist wegen Unmöglichkeit der Besitzergreifung unstatthaft. Eine bloße Versiegelung des Behältnisses ist keine rechtswirksame Pfändung der Papiere. Unpfändbar ist auch der Mitbesitzanteil des Kunden und ein Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft und Auseinandersetzung, da derartige Rechte aus dem bloßen Mitverschlusse der Wertpapiere durch die Bank nicht entspringen.

3. *Müller aaO. 160. a) Eine Pfändung, die unter Verletzung fremden Gewahrsams erfolgt, ist nichtig. Die Unwirksamkeit ist nur im Wege des § 766 geltend zu machen (160). b) Über Gewahrsam der in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau s. zu § 740. c) Bei Banksafes muß, abgesehen von der Wegnahme des Schlüssels,

der Anspruch des Schuldners gegen die Bank, ihm die Einräumung des Alleinbesitzes zu gestatten, nach § 847 gepfändet werden (152 ff.).

4. SchlHolstAnz. **07** 239 (Kiel). Leben die Eheleute zusammen, so ist bis zur Darlegung eines abweichenden Sachverhalts anzunehmen, daß der Mann als Haupt der Familie Besitzer des Hausmobiliars und der vorhandenen Wirtschaftsvorräte ist.

5. OLG. **14** 208 (KG.). Erörtert wird ein Fall, in welchem der Besitz des Schuldners für fortbestehend zu erachten ist, weil die Gründung der GmbH., in deren Besitze die gepfändeten Gegenstände dem äußeren Anscheine nach übergegangen sind, nur zum Schein geschlossen ist.

§ 810. *Müller 94. An ungetrennten Früchten entsteht mit der Pfändung sofort das Pfandrecht, nicht nur eine prozessuale Pfandverstrickung. Denn sie sind durch § 810 für das Vollstreckungsrecht den beweglichen Sachen in jeder Hinsicht gleichgestellt.

§ 811. I. Allgemeines. 1. *Müller 56. Die Pfändungsverbote bilden nur Beschränkungen für den sachlichen Umfang des Vollstreckungsrechts, berühren aber nicht die formelle Zulässigkeit. Ihre Verletzung führt deshalb nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit der Pfändung nach § 766. Anfechtungsberechtigt sind außer dem Schuldner diejenigen Dritten, deren wirtschaftliche Interessen das Gesetz besonders schützen will, also die Familienmitglieder (§ 811 Ziff. 1, 2, 3, 10, 12 und § 812), das Gesinde (§ 811 Ziff. 2, 3 und § 812) und die unentbehrlichen landwirtschaftlichen Arbeitskräfte, auch wenn sie nicht zum Haushalte gehören (§ 811 Ziff. 4). Dagegen haben bei Pfändung des Zubehörs im Falle des § 811 Ziff. 5 die Hypothekengläubiger kein Anfechtungsrecht, sie werden vielmehr in ihrem rechtlichen Interesse dadurch geschützt, daß sie nach § 865 die Nichtigkeit der Pfändung geltend machen können. Ein ausdrücklicher Verzicht des Schuldners auf die Einhaltung der Pfändungsverbote ist unwirksam, doch kann tatsächlich ein Verzicht darin liegen, daß von dem Anfechtungsrechte kein Gebrauch gemacht wird.

2. OLG. **14** 174 (Karlsruhe) = BadRpr. **06** 140, JustdBl. **06** 139, betr. Zulässigkeit eines Verzichts auf die Pfändungsbeschränkungen des § 811, soweit es sich nicht um einen im voraus durch Vertrag festgelegten Verzicht handelt (vgl. JDR. **5** § 811 Ziff. 5 — dort auch Literatur).

3. PosMSchr. **07** 77 (Posen). Bei der Prüfung der Pfändbarkeit von Forderungen ist die Anwendbarkeit des § 811 ausgeschlossen.

II. Ziff. 1. FrankfRundsch. **06** 237 = R. **06** 943 (Frankfurt) unter Aufhebung des JDR. **5** § 811 Ziff. 6 a mitgeteilten Beschl. des LG. Frankfurt. Bei Prüfung der Unentbehrlichkeit eines gepfändeten Gebrauchsgegenstandes sind auch dem Schuldner auf Grund eines Möbelleihvertrags überlassene gleichartige Gegenstände zu berücksichtigen. Die nähere oder entferntere Möglichkeit der Entziehung dieser Gegenstände beseitigt die derzeitige Entbehrlichkeit des gepfändeten Gegenstandes nicht.

III. Ziff. 5. 1. Feldhahn, R. **07** 564, weist auf die Unzuträglichkeiten hin, die dadurch entstehen können, daß § 811 Ziff. 5 auf die Pfändung von Miteigentumsanteilen keine Anwendung findet.

2. OLG. **14** 174, R. **07** 705 (München). Die Frage der Unentbehrlichkeit ist nicht mit Rücksicht auf die persönliche Leistungsfähigkeit des Geschäftstreibenden — insbes. seinen Gesundheitszustand — zu entscheiden, sondern es ist objektiv zu prüfen, ob die Gegenstände zur sachgemäßen Ausübung der betr. Erwerbstätigkeit als solcher erforderlich sind.

3. OLG. **14** 175, R. **07** 705 (Breslau). Ziff. 5 schützt nicht nur denjenigen, welcher selbständig ein Gewerbe betreibt, sondern auch den Gewerbegehilfen, und zwar diesen in Ansehung derjenigen Gegenstände, welche zur Ausübung seiner Gehilfentätigkeit als solcher erforderlich sind (vgl. JDR. **4** § 811 IV Ziff. 2 a).

4. OLG. **15** 165, SeuffA. **62** 340, PosMSchr. **07** 78 (Posen). Bei den zum gütergemeinschaftlichen Vermögen gehörigen Gewerbsgeräten ist es für die Frage der Unpfändbarkeit gleichgültig, ob beide Ehegatten oder nur einer von ihnen in dem Gewerbe persönlich tätig ist.

5. Pfändbarkeit verneint: a) HessRspr. **8** 33 (Darmstadt). Als unentbehrlich unpfändbar: der Motor, nach dessen Wegnahme die — nicht zum Hand- oder Tretbetrieb eingerichtete — Bohrmaschine für den Schuldner (Schlosser) wertlos wird. Der Umstand, daß der Schuldner bessere Werkzeuge hat, wie andere Schlosser, ist für die Frage der Unentbehrlichkeit ohne Einfluß. b) OLG. **15** 165, R. **07** 1144 (Colmar). Unpfändbar ist das Motorrad eines Weinreisenden, das ihm zum Aufsuchen der Kunden in den um seinen Wohnort herumliegenden Ortschaften dient. c) JustdBl. **07** 88 (LG. München I). Als unentbehrlich für unpfändbar erklärt: das Fahrrad eines Schriftenmalers, der außerhalb Münchens wohnt und sich in München stets neue Kundschaft suchen muß. d) OLG. **14** 209 (KG.). Unter § 811 Ziff. 5 fallen auch Agenten. Daher ist der gepfändete Schreibtisch eines solchen freigegeben (vgl. JDR. **1** § 811 IV Ziff. 7 a γ).

6. Pfändbarkeit bejaht. a) SächsRpflA. **07** 348, NaumburgAK. **07** 63 (LG. Freiberg). Bei einem Lohnfuhrwerksbesitzer, der drei Pferde und Wagen besitzt, überwiegt der Erwerb aus der geschäftlichen Einrichtung (Arbeitsleistungen der Pferde, Gebrauch der Fuhrwerke) den Erwerb aus den persönlichen Leistungen. Schuldner ist Kaufmann nach § 1 Ziff. 5 HGB., gehört daher nicht zu den nach § 811 Ziff. 5 ZPO. geschützten Personen. b) OLG. **15** 9, R. **07** 578 (Cassel). Bei Arbeiten, die unter Benutzung einer Lokomobile in Verbindung mit einem anderen Maschinenwerke geleistet werden, tritt die persönliche Leistung der bedienenden Personen gegenüber der Arbeit der Maschinen zurück. Die Maschinen sind daher pfändbar.

7. RheinA. **103** I 212 (Cöln). Die Pfändbarkeitsbeschränkung aus § 811 Ziff. 5 kommt dem Vermieter möblierter Zimmer nur dann zugute, wenn er dem Mieter auch persönliche Dienste (Kost, Bedienung) leistet und diese Dienste im Verhältnisse zur Gewährung der Wohnung nicht nebensächlich sind. Ebenso: SchlHolstAnz. **07** 335 (Kiel).

IV. OLG. **15** 6 (Cöln). Das Rezept zur Herstellung industrieller Produkte ist der Pfändung ebensowenig unterworfen, wie die Handschrift eines literarischen Erzeugnisses und eine Erfindung, bevor sie zur Patentierung angemeldet ist.

§ 815. Literatur: Deumer, Die Geldvollstreckung in Wertpapiere. Leipzig 1907.

1. *Deumer 130, 134. Unter Geld im Sinne dieses Paragraphen ist nicht nur das mit Zwangskurs ausgestattete Geld zu verstehen. Es bezieht sich § 815 auch auf Scheidemünzen in höheren Beträgen, als ihnen gesetzlich Zwangskurs zukommt, sowie auf Reichskassenscheine, Reichsbanknoten und die Noten der nach dem Bankgesetz im § 45 vom Reichskanzler bekannt gemachten Privatbanken.

2. *Müller 1. Auch bei der Pfändung von Geld entsteht in der Hand des Gerichtsvollziehers zunächst ein Pfandrecht.

§ 817. (§ 827 Abs. 2.) Runkel-Langsdorff, BadRpr. **07** 79, erörtert das Verhältnis des § 817 Abs. 4 Satz 1 zu § 827 Abs. 2 Satz 1. Umfang der Barzahlungspflicht des Gläubiger-Erstehers bei Pfändungen für mehrere Gläubiger.

Zu §§ 821 ff. Literatur: K. Hennerici, Die Zwangsvollstreckung in Wertpapiere. Berlin 1908. S. auch zu § 815.

1. *Hennerici. Der Begriff „Wertpapiere" im § 821 ZPO. umfaßt nicht alle Wertpapiere im Sinne der herrschenden Theorie, sondern ist ein engerer. Es fallen unter § 821 nur die Wertpapiere, welche, ihrem wirtschaftlichen Charakter nach, auf längere Dauer berechnete Träger von Vermögensrechten sind, und somit Bedeutung als Kapitalanlage haben. Sie werden wie bewegliche Sachen gepfändet und, entsprechend ihrer leichten Übertragbarkeit, wie solche durch Verkauf oder Ver-

steigerung verwertet. Hierher gehören sämtliche Inhaberpapiere sowie die mitgliedschaftsrechtlichen Order- und Rektapapiere (Aktie, Kux). — Eine zweite Gruppe bilden diejenigen Wertpapiere, die meist in kurzer Zeit fällig, ihren Wert in kurzer alsbaldigen Einziehung der verbrieften Forderung haben. Auch sie werden wie bewegliche Sachen gepfändet, aber was ihre Verwertung anlangt, so behandelt sie die ZPO. als Forderungen, und es findet entsprechend Überweisung zur Einziehung oder an Zahlungstatt Anwendung. Hierher fallen alle nicht mitgliedschaftlichen Order- und Rektapapiere. Für die Orderforderungen ergibt sich das aus §§ 831, 835 ZPO., für die Rektaforderungen folgt eine gleiche Behandlung aus dem Systeme des Gesetzes in Verbindung mit der Auffassung der Reichstagskommission sowie aus dem wirtschaftlichen Charakter dieser Papiere. — Als dritte Gruppe kommen die sachenrechtlichen Papiere (Hypotheken- und Grundschuldbriefe) in Betracht. Mit Rücksicht darauf, daß diese Papiere weniger die Forderung als das annexe Pfandrecht verkörpern, bestimmen §§ 830, 857 Abs. 6 ZPO., daß neben der Inbesitznahme des Briefes auch Pfändung und Überweisung der Forderung stattfinden muß.

2. *Deumer 29. Für die Geldvollstreckung in Wertpapiere trifft die ZPO. keine besonderen Vorschriften. Insbesondere ist der ZPO. eine Einteilung der Wertpapiere in Rekta-, Order-, Inhaber- und Legitimationspapiere fremd. Der für Wertpapiere geltende Grundsatz, daß das Recht aus dem Papiere dem Rechte an dem Papiere folgt, findet auch seine Bestätigung im Zwangsvollstreckungsrechte, jedoch mit einer eigentümlichen Modifikation: Soweit es sich um die Begründung des Pfändungspfandrechts handelt, wird das Wertpapier durchweg als Sache behandelt und das im Wertpapier enthaltene sachenrechtliche Element vor dem obligationsrechtlichen bevorzugt. Soweit es sich jedoch um die Verwertung des Pfändungspfandrechts handelt, werden einige Gattungen der Wertpapiere, wie Rekta-, Inhaber- und solche Orderpapiere, die keine Forderungen verkörpern, wie Sachen behandelt. Andere, wie Wechsel und indossable Forderungspapiere, folgen jedoch unter Betonung des in ihnen enthaltenen obligationsrechtlichen Elements den Regeln über die Verwertung von Forderungen.

§ 821. 1. *Deumer aaO. 46. Werden Wertpapiere mit Börsen- oder Marktpreis anstatt im Wege des freihändigen Verkaufs im Wege öffentlicher Versteigerung verwertet, so ist, sofern nur bei der Versteigerung der Tageskurs gewahrt, diese nicht nichtig. Der Verwertungsmodus durch Versteigerung, wo freihändiger Verkauf am Platze ist, entspricht zwar nicht der gesetzlichen Vorschrift des § 821, kann aber da mit dem Verwertungsprinzipe gepfändeter Fahrnis im Einklange, keine Nichtigkeit, auch nicht eine Anfechtbarkeit weder des Gläubigers noch des Schuldners begründen, da, wenn der Tageskurs gewahrt ist, durch diese abweichende Verfahrensart niemand beschwert ist. Doch ist beiden Parteien eine Rüge nach § 766 zu gewähren.

2. ZAktWes. **14** 101. Zur Zwangsversteigerung von Namenaktien im Nennwerte von unter 1000 M. (Kleinaktien) bedarf es der sonst zu ihrer Übertragung erforderlichen Zustimmung des Aufsichtsrats und der Generalversammlung nicht.

§ 825. 1. *Reichel, JheringsJ. **53** 108—187, behandelt das bislang noch niemals zum Gegenstande besonderer Aufmerksamkeit gewordene Problem der „Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis an den Gläubiger". Er versteht darunter den Fall, daß eine für den Gläubiger gepfändete Sache diesem gemäß § 825 ZPO. kurzerhand ins Eigentum überwiesen wird. Im ersten Abschnitte wird das Überweisungsverfahren behandelt und hierbei besonders erörtert die Rechtslage, die sich ergibt, wenn und solange der Vollstreckungstitel, auf Grund dessen die Überweisung verfügt ist, nur vorläufig vollstreckbar ist. Der zweite Abschnitt behandelt die zivilrechtlichen Wirkungen der Überweisung nach der sachen- und schuldrechtlichen Seite hin. Die Übereignung der überwiesenen

Sache wird perfekt, a) wenn der Gerichtsvollzieher sie dem Schuldner zum Zwecke der Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt (145), b) falls die Sache sich beim Gerichtsvollzieher, Gläubiger oder in der Hand eines Dritten befindet, mit der Zustellung des Überweisungsbeschlusses an den Antragsgegner (147 ff.). Gehörte die überwiesene Sache nicht dem Schuldner, so erwirbt der Gläubiger an ihr das Eigentum nach Maßgabe der §§ 932 ff. BGB. verbunden mit § 897 ZPO. (154 ff.). Die Frage, ob der Schuldner für Mängel der überwiesenen Sache gemäß § 365 BGB. zu haften habe, wird grundsätzlich verneint für den Fall, daß die Überweisung gegen oder ohne den Willen des Schuldners stattfindet; stimmt ihr dagegen der Schuldner zu oder hat er selbst sie angeregt, so haftet er (174 ff.).

2. SeuffA. **62** 298 (Dresden). Während auf den Erwerb des Pfändungspfandrechts an Sachen, die dem Schuldner nicht gehören, die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über den Erwerb eines Pfandrechts (§ 1207 BGB.) keine Anwendung finden, greifen die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb des Eigentums vom Nichtberechtigten Platz, wenn ausnahmsweise das Vollstreckungsgericht gemäß § 825 ZPO. die Pfandsachen dem Gläubiger zum Schätzungswerte zu Eigentum überweist.

3. BayRpflZ. **07** 90 (LG. München I). Bei Übertragung der Versteigerung an einen Notar finden die gesetzlichen Versteigerungsvorschriften des § 816 ZPO. entsprechende Anwendung.

4. *D e u m e r 50. Bei Rektapapieren, die keinen Verkaufswert (§ 821), wohl aber Einziehungswert besitzen, namentlich bei dem Rektawechsel und den Rektatraditionspapieren kann das Vollstreckungsgericht eine Verwertung durch Einziehung der in ihnen verbrieften Forderungen nach Maßgabe der über die Realisierung des an Forderungen begründeten Pfändungspfandrechts geltenden Vorschriften (§§ 835, 846, 847) anordnen (vgl. u. Ziff. 1 zu § 831). Ferner ist auch bei Unverkäuflichkeit von Rektapapieren eine Übereignung derselben zum Taxwert an den Gläubiger auf Grund einer nach § 825 zu erlassenden Anordnung des Vollstreckungsgerichts nicht ausgeschlossen.

§ 826. 1. *H e n n e r i c i aaO. Eine Anschlußpfändung im eigentlichen Sinne ist bei einem Hypothekenbrief unmöglich, da dem ersten Hypothekengläubiger der ausschließliche Besitz des Briefes nach § 830 ZPO. zusteht.

2. *M ü l l e r 141. Bei der Anschlußpfändung ersetzt die Protokollierung lediglich die sonst nach § 808 vorgeschriebene Form der Besitznahme oder Kenntlichmachung. Nur dieses eine Erfordernis wird damit zu einem gemeinsamen Merkmale beider Pfändungen, in allen übrigen Voraussetzungen ist jede von ihnen selbständig zu beurteilen.

§ 827. 1. OLG. **15** 166, HansGZ. **07** Beibl. 255, R. **07** 578 (Hamburg). Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen der mehreren Pfändungsgläubiger nicht ausreichend, so ist das Verteilungsverfahren einzuleiten. Anders als im Verteilungsverfahren kann keiner der Gläubiger sein Recht auf den Erlös geltend machen. Insbesondere ist v o r Einleitung dieses Verfahrens keinem Gläubiger eine Klage auf Auskehrung des Erlöses an ihn gegeben.

2. *D e u m e r aaO. 83. Ist für m e h r e r e Gläubiger e i n und d a s s e l b e Forderungsorderpapier (§ 831) von dem Gerichtsvollzieher g l e i c h z e i t i g gepfändet worden, so ergeben sich, da der Gläubiger durch den Überweisungsbeschluß (§§ 835, 836) nur in Verbindung mit dem Besitze des indossabeln Papiers zur Einziehung gehörig legitimiert ist, bei der Einziehung praktische Schwierigkeiten. Infolge des durch das Vorhandensein der mehreren gleichberechtigten Gläubiger beschränkten Rechtes auf den Besitz des Papiers ist der eine Gläubiger ohne Mitwirkung der anderen zur Einziehung außerstande. Den konkurrierenden Gläubigern

steht an dem Wertpapier ein gemeinsamer mittelbarer Nutzungsbesitz gesamthandrechtlicher Natur zu. Sie befinden sich bezüglich des Papiers in einer Interessengemeinschaft und sind daher verpflichtet, einander die Benutzung des Papiers zum Zwecke der Einziehung der in dem Papiere verbrieften Forderung zu gestatten und das Papier nach gemachtem Gebrauche den anderen noch nicht befriedigten Gläubigern auszuhändigen (ähnlich **RG. 21** 369). Der Drittschuldner, dem das Papier mit dem Überweisungsbeschlusse vom jeweilig besitzenden Gläubiger vorgelegt wird, hat die Teilquittungen auf dem Papiere zu vermerken und es dem Gläubiger wieder auszuhändigen.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§§ 828 ff. 1. HansGZ. **07** Beibl. 173 (Hamburg). Auf die Vollstreckung des Anspruchs aus einer Hypothek in die dem Gläubiger mithaftenden Mietforderungen finden die Vorschriften der §§ 828 ff. Anwendung.

2. Über einen Fall der Pfändung künftiger Rechte s. zu § 860.

§ 828. 1. *Hennerici aaO. § 828 findet nicht Anwendung auf Forderungen aus Wertpapieren. Vielmehr ist Vollstreckungsgericht das Amtsgericht des § 764.

2. OLG. **15** 9 (KG.). Die Vorschrift des § 36 Abs. 3 über die Bestimmung eines gemeinsamen Gerichtsstandes findet auf die Zwansvollstreckung in eine Forderung mehrerer Schuldner, die in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken wohnen, keine Anwendung (vgl. JDR. **1** § 828 Ziff. 2, **3** Ziff. 2, **5** Ziff. 1).

§ 829. 1. OLG. **14** 179 (Cassel). Die gepfändete Forderung muß in bezug auf die Person des Schuldners und den Schuldgrund so genau bezeichnet sein, wie dies zur Begründung einer Klage erforderlich ist. Die Angabe, daß „die angebliche Forderung gegen den Dritten aus Darlehen, Abrechnung oder einem anderen Rechtsgrunde" gepfändet werde, reicht auch dann nicht aus, wenn zur Zeit des Beschlusses nur eine Forderung bestand und der Schuldner daher wissen konnte, um welche Forderung es sich handle. Denn die Forderung muß objektiv genau bezeichnet sein. — Vgl. JDR. **3** § 829 II, **4** 1, **5** 1.

2. **a)** ThürBl. **54** 65, NaumburgAK. **07** 40 (Jena). Das Amtsgericht, welches den Erlös einer Zwangsversteigerung an den Subhastaten auszuzahlen hat, ist nicht Drittschuldner im Sinne des § 829 ZPO. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, würde das Gericht dadurch, daß es Schuldner einer Partei wäre, nicht von der Ausübung des Richteramts in Ansehung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ausgeschlossen sein. **b)** Über Pfändung des Anspruchs der Subhastaten auf Übererlös und aus Eigentümerhypotheken vgl. Kiese, WürttRpflZ. **1** 12 ff. (s. zu § 857 ZPO.).

3. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1078. Bei Pfändung des Diensteinkommens eines Staatsbeamten ist Vertreter des Staates als Drittschuldners nicht diejenige Staatskasse, die die Bezüge auszahlt, sondern diejenige Behörde, welche die Dienstbezüge anweist.

4. OLG. **15** 283, SchlHolstAnz. **07** 249 (Kiel). Für die Frage, ob eine zu pfändende Forderung zur Zeit der Pfändung bestand, ist nicht der Zeitpunkt des Erlasses, sondern der der Zustellung des Pfändungsbeschlusses maßgebend.

5. OLG. **15** 10 (Hamburg). Gläubiger und Schuldner sind dem Drittschuldner der gepfändeten und zur Einziehung dem Gläubiger überwiesenen Forderung gegenüber nicht notwendige Streitgenossen.

6. *Müller aaO. 167. Nur eine formgerechte Zustellung an den Drittschuldner bringt das Pfändungspfandrecht zum Entstehen. Eine Heilung des Mangels durch Verzicht oder Nichtrüge ist ausgeschlossen. Eine öffentliche Zustellung an den Dritt-

schuldner ist unzulässig, da dieser nicht Partei ist. Doch wird der Erlaß des Pfändungsbeschlusses nicht dadurch gehindert, daß der Drittschuldner sich im Ausland aufhält.

7. Pfändung des Berichtigungsanspruchs s. oben Ziff. III 1 zu § 894 BGB.

§ 830. I. Abs. 1. 1. *Deumer aaO. 98. Vollstreckungstitel für die Wegnahme des Hypothekenbriefs ist nicht der Pfändungsbeschluß, sondern derselbe vollstreckbare Titel, auf Grund dessen der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt und den Erlaß des Pfändungsbeschlusses beantragt. Die Pfändung verbriefter Hypothekenforderungen ist zwar zweifacher Natur, aber ihr Träger ein einheitlicher Vollstreckungstitel. Könnte nur der Pfändungsbeschluß den geeigneten Titel für die Wegnahme des Briefes bilden, so müßte der Gerichtsvollzieher, wenn er bei der Mobiliarvollstreckung auf den Namen des Exequendus lautende Hypothekenbriefe vorfindet, ein Pfändungsbeschluß aber noch nicht erwirkt ist, sie im Gewahrsam des Exequendus belassen.

2. *Reichel, BuschsZ. **37** 510 f. Die selbständige Pfändung (und Verwertung) eines Hypothekenbriefs ist unzulässig; zulässig dagegen ist die Wegnahme des Briefes; zulässig daher auch, wenn der Brief sich im Besitz eines Dritten befindet, die Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe des Briefes zum Zwecke der Wegnahme.

3. R. **07** 66 (Naumburg). Ist auf Grund eines Arrestbefehls eine Hypothekenforderung und der Anspruch auf Aushändigung des Hypothekenbriefs gepfändet, so kann der Gläubiger vom Schuldner, der im Besitze des Hypothekenbriefs gewesen ist, die Leistung des Offenbarungseids gemäß § 883 fordern, wenn der Gerichtsvollzieher die Wegnahme des Briefes vergeblich versucht hat.

4. RJA. **8** 136, KGJ. **33** A 297, ZBlFG. **7** 931 (KG.). Das Recht aus der Gesamthypothek ist ein einheitliches, kann daher, wie nur einheitlich abgetreten (Planck § 1132 BGB. Anm. 4, Fuchs, Grundbuchrecht § 1132 Anm. 4 c, Turnau-Förster § 1132 Anm. II 6, Dernburg III § 231 Ziff. 2, Güthe § 49 GBO. Anm. 28, KGJ. **21** A 170), auch nur einheitlich gepfändet werden. Die Pfändung einer Gesamtbuchhypothek bedarf der Eintragung der Pfändung auf sämtlichen belasteten Grundstücken (vgl. **RG.** JDR. **5** § 830 Ziff. 5). Da aber die Pfändung der durch Hypothek gesicherten Forderung ohne weiteres die Hypothek, also auch die einheitliche Gesamthypothek im ganzen ergreift, ist eine besondere Pfändung des Anspruchs aus der Gesamthypothek auch dann weder erforderlich noch zulässig, wenn einer der Eigentümer und der persönliche Schuldner verschiedene Personen sind.

5. BreslauAK. **07** 3 (LG. Hirschberg). Wenn auch die Pfändung einer Briefhypothek bereits durch Erwirkung des Pfändungsbeschlusses und Übergabe des Briefes bewirkt ist, so ist doch die Eintragung derselben in das Grundbuch nicht, weil überflüssig, unzulässig. Denn Eintragungen in das Grundbuch erfolgen nicht nur zum Zwecke der Begründung von Rechten (§§ 873 ff. BGB.), sondern auch zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs (§§ 894 ff. BGB.).

6. Pfändung von Eigentümerhypotheken s. unten zu § 857.

II. Abs. 2. 1. OLG. **14** 178, DJZ. **07** 772, FrankfRundsch. **07** 134 (KG.). Die Vorschrift des § 830 Abs. 2, daß, wenn der Pfändungsbeschluß vor der Übergabe des Hypothekenbriefs dem Drittschuldner zugestellt wird, die Pfändung diesem gegenüber mit der Zustellung als bewirkt gilt, hat nur die Bedeutung, daß, wenn die Pfändung demnächst durch die Übergabe des Briefes rechtswirksam wird, die Wirkung der Pfändung dem Drittschuldner gegenüber auf den Zeitpunkt der Zustellung des Pfändungsbeschlusses zurückbezogen wird, so daß Zahlungen, die er in der Zwischenzeit trotz des ihm zugestellten richterlichen Zahlungsverbots an den Schuldner geleistet, oder Rechtsgeschäfte, die er mit dem Schuldner zum Nachteile des Pfändungsgläubigers vorgenommen hat, unwirksam sind. Die Wirkung eines solchen Rechtsakts des Drittschuldners in der Zwischenzeit hängt also davon ab, ob

die Pfändung durch Übergabe des Briefes zur Vollendung gebracht wird oder nicht.

2. OLG. **15** 11, SeuffBl. **07** 670 (KG.). Bei Pfändung einer Briefhypothek ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner nach jetzigem Rechte für die Wirksamkeit der Pfändung ohne Belang. Sie hat nur die Bedeutung, daß im Falle der nachträglichen Übergabe des Briefes das Pfändungspfandrecht dem Drittschuldner gegenüber als schon im Zeitpunkte der Zustellung entstanden gilt, daß also etwaige vom Drittschuldner nach der Zustellung angenommene Erfüllungshandlungen dem Pfändungsgläubiger nicht zum Nachteile gereichen können (vgl. Predari, GBO. 358, Turnau-Förster I 690, Güthe, GBO. § 19 Anm. 31). — An einer bereits wirksam verpfändeten oder gepfändeten Briefhypothek kann ein ferneres Pfandrecht nicht ohne die freiwillige oder durch Urteil erzwungene Mitwirkung des ersten Pfandgläubigers begründet werden (vgl. Gaupp-Stein zu § 830 ZPO. V, Predari 358). Insbesondere wird die nach § 830 erforderliche Übergabe des Briefes an den neuen Pfändungsgläubiger nicht schon dadurch herbeigeführt, daß dieser die Pfändung und Überweisung des dem Schuldner (Hypothekengläubiger) gegen den ersten Pfandgläubiger zustehenden Anspruchs auf Herausgabe des Briefes erwirkt (**RG. 63** 214, OLG. **11** 111 = JDR. **4** § 830 Ziff. 1, 2, 5 Ziff. 3). Im Falle der Bereitwilligkeit des Schuldners und des ersten Pfandgläubigers, welcher sich im körperlichen Besitze des Briefes befindet, ist aber, bei entsprechender Anwendung der §§ 1274 Satz 2, 1206 BGB, die Übergabe des Briefes u. a. in der Weise möglich, daß der Schuldner, der erste Pfandgläubiger und der neue Pfandgläubiger einen Verwahrungsvertrag schließen, vermöge dessen der erste Pfandgläubiger den Brief künftig zugleich für den neuen Pfandgläubiger besitzen soll. Vielleicht bedarf es hierzu nicht einmal der Mitwirkung des neuen Pfändungsgläubigers (§ 328 Abs. 1 BGB.). Das Pfandrecht des neuen Pfändungsgläubigers entsteht mit dem Abschlusse des Verwahrungsvertrags und steht, sofern nichts Abweichendes vereinbart wird, dem älteren Pfandrecht im Range nach.

3. *Müller 171. Die nachträgliche Pfändung derselben Briefhypothek für einen zweiten Gläubiger ist undurchführbar, solange der erste Gläubiger den Brief im Besitze hat und nicht freiwillig die Einräumung des Mitbesitzes gestattet. Eine protokollarische Erklärung des Gerichtsvollziehers nach Analogie des § 826 ist nicht genügend.

§ 831. 1. *Deumer 35. Der § 831 betont die tatsächliche Indossabilität der Papiere; daher fallen alle gesetzlich indossabeln Forderungspapiere mit negativer Orderklausel und andere sonst gewöhnlich indossabeln Papiere ohne positive Orderklausel nicht unter § 831. Mithin gilt § 831 nicht für Rektawechsel, Rektakonnossemente, Rekta-Lager- und -Ladescheine. Genannte Papiere unterstehen als Rektapapiere den für diese geltenden Verwertungsregeln, d. h. sie werden wie Sachen verwertet, eventuell greift bei Unanwendbarkeit des § 821 der § 825 durch (vgl. o. Ziff. 4 zu § 825 sowie Ziff. 2 zu §§ 821 ff.). — (66). Nicht ist etwa die in dem Orderpapiere verbriefte Forderung als Gegenstand der Pfändung in dem Sinne zu denken, daß mit der Pfändung der Forderung gemäß § 952 BGB. zugleich das über sie ausgestellte Papier verstrickt würde. Vielmehr ist Gegenstand der Pfändung das Papier als körperliches Substrat der Forderung, jedoch mit der Folge, daß mit seiner Pfändung zugleich die in ihm verbriefte Forderung in den Pfandnexus gezogen wird. — Gepfändete Orderpapiere, die keine Forderungen, sondern Mitgliedschafts- und Anteilsrechte verbriefen, werden nach den §§ 821 ff. verwertet.

2. *Müller 125. Die Pfändung einer Wechselforderung oder einer anderen im § 831 genannten Forderung durch das Gericht statt durch den Gerichtsvollzieher zieht Nichtigkeit nach sich.

3. du Chesne, HessRspr. 8 94. Ob der Gerichtsvollzieher den Wechsel auf Grund der §§ 831, 808, 809 oder auf Grund des § 883 — nach Pfändung des Heraus-

gabeanspruchs gegen einen Dritten — in Besitz nimmt, ist für die Entstehung des Pfändungspfandrechts am Wechsel gleichgültig.

§ 832. 1. OLG. **14** 344, PucheltsZ **38** 30 (Colmar). Bei Gehaltspfändungen genügt im Pfändungsbeschlusse die Angabe, daß „das Gehalt" gepfändet werde, um auch künftig fällig werdende Raten der Pfändung zu unterwerfen. Eines besonderen Hinweises auf die künftigen Teilzahlungen bedarf es nicht.

2. OLG. **14** 93 (KG.). Bei einer in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung unterliegt auch das Bezugsrecht als solches der Pfändung. § 832 ist nicht dahin zu verstehen, daß nur bei gleichzeitiger Pfändung fälliger Leistungen auch künftige Leistungen gepfändet werden könnten.

3. ElsLothJZ. **07** 513 (Colmar). Ein nach der Pfändung erklärter Verzicht des Schuldners auf die gepfändeten Gehaltsbezüge ist dem Gläubiger gegenüber unwirksam.

§ 833. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1078, JW. **07** 338, R. **07** 640. Die Pfändung des Gehaltsanspruchs eines Staatsbeamten umfaßt auch den Anspruch auf die Pension.

2. OLG. **15** 283, SchlHolstAnz. **07** 249 (Kiel). Wird einem im Disziplinarweg entlassenen Beamten auf Grund des § 16 PrG. vom 21. Juli 1852 von der Disziplinarbehörde ein Teil des reglementsmäßigen Pensionsbetrags als Unterstützung zugebilligt, so ist diese Unterstützung rechtlich nichts anderes als eine mit Rücksicht auf das Verschulden des Beamten geminderte Pension und nicht etwa ein völlig neu geschaffener Anspruch (v. Rheinbaben, DisziplG. 134). Auch der Anspruch auf diese Unterstützung wird daher durch die Pfändung der Gehaltsforderung des Beamten getroffen. Das gleiche gilt von dem einem entlassenen Universitätsprofessor (der als solcher nicht pensionsberechtigt ist) als Unterstützung belassenen Anspruch auf Fortbezug des Gehalts.

§ 835. OLG. **15** 394 (Karlsruhe). In Übereinstimmung mit Petersen-Anger Anm. 4a zu § 835 ist die Übertragung der Rechte aus der Überweisung zur Ausübung für zulässig zu erachten (s. auch § 836).

§ 836. I. Abs. 1. 1. a) **RG.** R. **07** 1210. Durch die Überweisung zur Einziehung erlangt der Pfändungsgläubiger nur die Befugnis, die überwiesene Forderung wie ein procurator in rem suam geltend zu machen. **b)** PosMSchr. **07** 157 (Posen). Der Eigentümer, der die auf seinem Grundstück eingetragene Hypothek hat pfänden und sich zur Einziehung hat überweisen lassen, kann mit der Hypothekenforderung gegen die ihm gegen den Hypothekengläubiger zustehende vollstreckbare Forderung aufrechnen (**RG. 58** 107 ff.) und sodann die Löschung der Hypothek bewilligen, ohne daß es der Mitwirkung des Hypothekengläubigers bedarf. Eine besondere Löschungsklage gegen letzteren ist überflüssig und daher abzuweisen, da offensichtlich unnötigen Klagen der Prozeßweg verschlossen ist. — Vgl. JDR. **1** § 836 Ziff. 1.

2. **RG. 64** 308. Der Geltendmachung der durch Pfändung und Überweisung einer Forderung erworbenen Rechte steht die vertragliche Verpflichtung des Schuldners zur Abtretung der Forderung an einen anderen nicht entgegen.

3. OLG. **14** 175 (Hamburg). Durch die Pfändung einer Hypothek und ihre Überweisung zur Einziehung wird der Grundstückseigentümer nicht gehindert, die Hypothek zu kündigen. Die Aufrechnungsbefugnis des Hypothekenschuldners ist im § 392 BGB. geregelt.

4. **RG.** R. **07** 836. Der Drittschuldner kann dem Pfändungsgläubiger gegenüber auch ein ihm vom Schuldner vertraglich eingeräumtes Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

5. R. **07** 1412 (Stuttgart). Der Drittschuldner, der nach Zustellung, aber in

Unkenntnis von dem Pfändungsbeschluß an den Schuldner zahlt, ist von nochmaliger Zahlung an den Gläubiger frei.

II. Abs. 2. 1. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 39. Der Abs. 2 bezieht sich auf den Fall, daß der Überweisungsbeschluß erlassen wurde, obwohl eine Voraussetzung der Zwangsvollstreckung fehlte oder die Pfändung selbst nicht gehörig ausgeführt wurde oder nicht zulässig war. Selbstverständlich (vgl. o. Ziff. 2 zu § 322) ist, daß die Zwangsvollstreckung wirksam bleibt, wenn der Titel als unrechtmäßig ergangen vernichtet wird.

2. R. **07** 1328 (Cöln). Wenn auch § 836 Abs. 2 den Drittschuldner in seinem Verhältnisse zum Schuldner von der Verpflichtung zur Nachprüfung des Überweisungsbeschlusses entbindet, so ist ihm doch nicht das Recht genommen, gegenüber der Klage des Pfändungsgläubigers die Ungiltigkeit der Pfändung und Überweisung geltend zu machen. Dies kann er sowohl auf dem Wege des § 766, als durch Einwendung gegenüber der Klage des Pfändungsgläubigers (Gaupp-Stein § 766 Note 17 u. 43, § 836 Note 5, Seuffert § 828 Anm. 1 b, Petersen-Anger § 828 Anm. 3).

III. Abs. 3. DJZ. **07** 1384 (Dresden). Der dem Gläubiger auf Grund der Pfändung und Überweisung einer Forderung zustehende Anspruch auf Auskunftserteilung kann zwar nicht, wie der Anspruch auf Herausgabe von Urkunden, unmittelbar durch Zwangsvollstreckung verwirklicht, wohl aber im geordneten Rechtswege geltend gemacht werden.

§ 837. 1. KGJ. **33** A 274 (KG.). Die Überweisung einer Hypothek zur Einziehung enthält zwar die Ermächtigung für den Pfändungsgläubiger, als procurator in rem suam die Forderung einzuziehen, hat aber eine Rechtsänderung, insbesondere hinsichtlich des Gläubigerrechts nicht zur Folge und ist daher von der Eintragung in das Grundbuch, in welches nur dingliche Rechte am Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte aufzunehmen sind, ausgeschlossen (Predari, GBO. 359, Güthe § 19 Anm. 132, Achilles-Strecker, GBO. 113, KGJ. **26** A 302, **28** A 137; aM. Gaupp-Stein § 857 Anm. 1).

2. PosMSchr. **07** 79 (LG. Bromberg). Da dem Pfändungsgläubiger einer Hypothek mit der Überweisung zur Einziehung ein selbständiges, an die Mitwirkung des Vollstreckungsschuldners nicht gebundenes Recht auf Beitreibung der Pfandforderung verliehen ist, bedarf es zur Löschung einer solchen Hypothek nach Einziehung der Forderung nur der Löschungsbewilligung des Pfändungsgläubigers, nicht auch der des Hypothekars (vgl. o. zu § 836 Ziff. I 1 b).

3. *Hennerici. Abs. 2 Satz 2 findet auch Anwendung auf Rektapapierforderungen, für die eine Sicherheitshypothek besteht.

§ 840. OLG. **14** 179 (KG.). § 840 gibt dem Gläubiger keinen selbständigen Anspruch auf Rechnungslegung oder Auskunftserteilung gegen den Drittschuldner; er spricht zwar die Verpflichtung des Drittschuldners aus, auf Verlangen des Gläubigers gewisse Erklärungen abzugeben, leitet aber aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung lediglich einen Schadensersatzanspruch her. Eine Klage auf Abgabe der Erklärungen ist nicht statthaft (Gaupp-Stein III zu § 840). — Nur wenn der Schuldner einen Anspruch auf Auskunftserteilung gegen den Drittschuldner hat, steht auch dem Gläubiger kraft der Pfändung und Überweisung ein solcher Anspruch zu.

§ 843. HansGZ. **07** Beibl. 40, OLG. **14** 180 (Hamburg). Die Rechte aus der Pfändung und Überweisung können nur durch den im § 843 geregelten, dem Schuldner gegenüber zu erklärenden Verzicht aufgehoben werden. Eine gerichtliche Aufhebung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses kommt nicht in Frage.

§ 844. **RG.** R. **07** 900. Auf die Versteigerung von Rechten findet § 932 BGB. keine Anwendung. Der Erwerber eines vom Gerichtsvollzieher zu Unrecht — weil

nicht gepfändet — versteigerten Geschäftsanteils einer GmbH. erwirbt diesen daher selbst dann nicht, wenn er in gutem Glauben war.

§ 845. Literatur: Kirschberger, Die Vorpfändung nach § 845 ZPO. Leipzig 1907.

I. 1. *Kirschberger. Die Vorpfändung ist keine Zwangsvollstreckungshandlung, sondern ein reiner Privatakt des sie vornehmenden Gläubigers (13). — Die Vorpfändung erzeugt kein Pfandrecht, weder ein suspensiv noch ein resolutiv bedingtes Pfandrecht. Sie hat vielmehr die Wirkung eines gerichtlichen Veräußerungsverbots (§ 136 BGB.), das als Verfügungsbeschränkung in der Person des Schuldners, als Zahlungsverbot in der Person des Drittschuldners entsteht. Die Wirkung erlischt, wenn die Pfändung der Forderung nicht binnen drei Wochen vorgenommen wird. Folgt die Pfändung fristgerecht nach, so gilt das durch die Pfändung entstehende Pfandrecht als mit der Zustellung der Benachrichtigung an den Drittschuldner entstanden (18, 46). — Tritt der Schuldner nach erfolgter Pfändungsanzeige an den Drittschuldner die angegriffene Forderung ab, so ist diese Abtretung dem benachrichtigenden Gläubiger gegenüber unwirksam und steht der von diesem nach § 845 Abs. 2 ZPO. zu bewirkenden Pfändung nicht im Wege (47). Die nach der Vorpfändung seitens des Drittschuldners erfolgte Hinterlegung des Gegenstandes der vorgepfändeten Forderung befreit zwar den Drittschuldner von seiner späteren Leistungspflicht, hindert jedoch nicht das endgültige Wirksamwerden der Vorpfändung (51). — Erfolgt die Vorpfändung auf Grund eines Arrestbefehls, so ist die Pfändung im § 845 Abs. 2 ZPO. nur dann als bewirkt anzusehen, wenn sowohl die Frist des § 845 Abs. 2 als auch die des § 929 Abs. 2 ZPO. gewahrt ist (65). — Eine unwirksame Vorpfändung kann weder auf Grund des § 771 ZPO., noch des § 766 ZPO. angegriffen werden. Dagegen steht dem durch eine unwirksame Vorpfändung in seinem Rechte beeinträchtigten Schuldner gegen den benachrichtigenden Gläubiger die Erhebung der negativen Feststellungsklage nach § 256 ZPO. offen (75).

2. *Deumer 70. Eine Pfändungsankündigung (Vorpfändung) nach § 845 ist bei Forderungen aus indossabeln Papieren (ZPO. § 831) unzulässig. Dagegen ist eine Vorpfändung von verbrieften Hypothekenforderungen und von Forderungen aus Legitimationspapieren im Sinne des § 808 BGB. statthaft.

3. *Hennerici. Die Vorpfändung ist nicht zulässig bei Orderforderungspapieren, wohl aber bei Rektaforderungspapieren. Auch bei Hypothekenbriefen ist die Vorpfändung ausgeschlossen.

II. Abs. 1. 1. OLG. **15** 3 (KG.). Ebensowenig wie der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung und der Zustellung des Schuldtitels bedarf es zur Vorpfändung bei einem gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteile der Zustellung der Hinterlegungserklärung.

2. OLG. **15** 162 (KG.). Die Pfändungsankündigung gemäß § 845 ist keine Vollstreckungshandlung; gegen sie ist daher Widerspruchsklage aus § 771 nicht gegeben. Dies wird gegen das RG. und die herrschende Ansicht aus dem Wortlaut und dem Charakter der Ankündigung als einer lediglich vom Gläubiger privatim betriebenen Maßnahme begründet. Der Gerichtsvollzieher wird bei derselben nicht als Vollstreckungsbeamter, sondern lediglich als Urkundsperson tätig (Gaupp-Stein § 845 I, Raddatz, GruchotsBeitr. **37** 677, § 78 Ziff. 2 PrGVGAnw). Abweichend: OLG. Karlsruhe, JDR. **4** § 845 Ziff. 2 c, LG. Mannheim, JDR. **5** § 845 Ziff. 1.

3. OLG. **14** 210 (Dresden). Auch eine prozessual mangelhafte Vorpfändung kann dem Drittschuldner unter Umständen das Recht geben, die Schuldsumme gemäß §§ 372, 378 BGB. mit befreiender Wirkung zu hinterlegen.

4. **RG.** R. **07** 456. Auch auf Grund eines Arrestbefehls kann eine Vorpfändung gemäß § 845 stattfinden.

III. Abs. 2. 1. OLG. **14** 211, HansGZ. **07** 70 (Hamburg). Nur eine dem Gesetz entsprechende Pfändung — bei der Pfändung einer Buchhypothek also erst die Eintragung der Pfändung im Grundbuche (§ 830 Abs. 1 Satz 3) — sichert der Vorpfändung die ihr im § 845 Abs. 2 beigelegte Wirkung.

2. **RG.** JW. **07** 207. Stirbt nach erfolgter Vorpfändung und nach Erlaß, jedoch vor Zustellung des Pfändungsbeschlusses der Schuldner, so bedarf es zur darauffolgenden Pfändung nicht der Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Rechtsnachfolger des Schuldners. Denn eine Zwangsvollstreckung, die zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen bereits begonnen hatte, ist in den Nachlaß fortzusetzen, ohne daß es der gedachten Umschreibung bedarf (§ 779). Die Zwangsvollstreckung hat im vorliegenden Falle aber bereits mit dem Erlasse des Pfändungsbeschlusses begonnen.

3. **RG.** SchlHolstAnz. **07** 273, SeuffBl. **07** 934, SächsRpflA. **07** 322. Da im Nachlaßkonkurs auf Grund einer nach dem Eintritte des Erbfalls gegen den Nachlaß erfolgten Zwangsvollstreckungsmaßregel ein Absonderungsrecht nicht in Anspruch genommen werden kann (§ 221 KO.), genügt es zur Erlangung des Absonderungsrechts nicht, wenn zwar die Vorpfändung vor, der Pfändungsbeschluß aber erst nach dem Erbfalle zugestellt ist.

4. ElsLothJZ. **07** 568 (Colmar). Da die rechtzeitig bewirkte Pfändung auf den Zeitpunkt der nach Maßgabe des § 845 erfolgten Benachrichtigung von der Pfändung zurückbezogen wird, so ist die Anfechtung einer innerhalb der letzten 10 Tage vor der Konkurseröffnung erfolgten Pfändung unzulässig, wenn die Benachrichtigung, auf welche die Pfändung zurückbezogen wird, über 10 Tage vor der Konkurseröffnung stattgefunden hat.

5. OLG. **14** 181, SeuffA. **62** 301, HansGZ. **07** Beibl. 36 (Hamburg). Bei Berechnung der dreiwöchigen Frist aus Abs. 2 ist der Tag der Zustellung der Benachrichtigung nicht mitzuzählen.

§ 846. Literatur: Mayer, Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe eines dem Gericht übergebenen Urteils, BayRpflZ. **07** 39.

1. *Deumer 39, 66. Bei der Pfändung von sog. Traditionspapieren wird schon mit dem Zeitpunkte der Inbesitznahme der Papiere durch den Gerichtsvollzieher ein Pfandrecht an den Waren begründet. Die nach § 847 ZPO. erforderliche Herausgabe an den vom Gläubiger beauftragten Gerichtsvollzieher hat dann allerdings nicht mehr pfandrechtsbegründende Wirkung an den herauszugebenden Gegenständen, sondern nur die rein tatsächliche Bedeutung einer Inbesitznahme zum Zwecke der im § 847 Abs. 2 vorgesehenen Verwertung.

2. Betr. Zwangsvollstreckung an den Inhalt von Stahlkammern (Safes) s. § 857.

3. Mayer, BayRpflZ. **07** 39. Bei Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe eines zu gerichtlichen Prozeßakten eingereichten Urteils ist Drittschuldner bei laufenden Sachen der mit dem Rechtsstreite befaßte Amtsrichter bzw. der Vorsitzende des mit der Sache befaßten Kollegiums (Kammer, Senats), bei anderen — weggelegten oder zu sonstigen Zwecken dem schwebenden Verfahren entzogenen — Akten der Gerichtsvorstand. Gegen diese Besitzer kann der Herausgabeanspruch im Klagewege vor den ordentlichen Gerichten verfolgt werden.

§ 847. RheinA. **103** I 89 (Cöln). Anspruchspfändung und Sachpfändung sind zwei voneinander völlig verschiedene und voneinander unabhängige Vollstreckungsarten. Bei Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe einer beweglichen Sache entsteht ein Pfandrecht an der Sache selbst erst, wenn der Drittschuldner die Sache gemäß § 847 an den Gerichtsvollzieher herausgegeben hat. Hat vor der Herausgabe eine Sachpfändung stattgefunden, so geht das durch sie begründete Pfandrecht dem

in Verfolg der Anspruchspfändung begründeten Rechte vor (**RG. 13** 345, Gaupp-Stein § 847 Anm., Seuffert [9] § 847 Anm. 2 a). Wird von demselben Gläubiger, der zunächst eine Anspruchspfändung vorgenommen hat, unter Abstandnahme von der Weiterverfolgung dieser Pfändung demnächst eine Sachpfändung vorgenommen, so kommt ihm gegenüber einer gleichzeitig für einen anderen Gläubiger erfolgenden Sachpfändung ein Vorzugsrecht nicht zu.

§ 850. I. Allgemeines. 1. **a)** OLG. **14** 183, HansGZ. **07** 52 (Hamburg). Stehen dem Schuldner mehrere der im § 850 Ziff. 1—8 für unpfändbar erklärten Ansprüche zu, so findet eine Zusammenrechnung der Ansprüche nicht statt. Die Pfändbarkeit ist für jeden der Ansprüche nach im besonderen für ihn gegebenen gesetzlichen Vorschriften zu beurteilen (vgl. JDR. **1** § 850 II 4 d). **b)** HessRspr. **7** 149 (LG. Gießen). Eine Zusammenrechnung von Pensionsansprüchen (§ 850 Ziff. 7) und Lohnansprüchen (§ 850 Ziff. 1 LohnBG.) bei Feststellung des pfändbaren Betrags findet nicht statt.

2. *Müller 56. Darüber, daß bei Verletzung der Pfändungsverbote nur Anfechtbarkeit, nicht aber Nichtigkeit eintritt, vgl. die Ausführungen zu § 811. Das Anfechtungsrecht steht hier außer dem Schuldner den im Gesetze besonders ausgeführten Familienmitgliedern zu, ferner in allen Fällen dem Drittschuldner.

II. Abs. 1 Ziff. 1 (zum LohnBG. v. 21. Juni 1869). 1. **§ 1. a)** Kleineidam, DJZ. **07** 700. Die Pfändungsbeschränkungen greifen auch Platz, wenn ein Handwerker für mehrere Meister derart tätig ist, daß die jeweilige Tätigkeit bei einem der Dienstherren, für sich betrachtet, die Erwerbstätigkeit des Schuldners vollständig in Anspruch nimmt. **b)** SächsOLG. **28** 554 (Dresden). Der Anspruch eines Militärmusikers auf Auszahlung des Erwerbes aus privaten Aufführungen der Regimentskapelle ist unbeschränkt pfändbar, da er sich nicht auf ein Arbeits- oder Dienstverhältnis gegenüber dem die gemeinsamen Geschäfte der Kapelle führenden Dirigenten oder sonst jemand gründet, sondern einem privatrechtlichen Gesellschaftsvertrag entspringt.

2. **§ 4. a)** Ziff. 3. RheinA. **104** I 25 (Düsseldorf). Die Kosten des Unterhaltsprozesses genießen nicht das Vorrecht der Rente selbst (ebenso Gaupp-Stein § 850 Note 88, Petersen-Anger § 850 Anm. 6 Ziff. 4, Meyer, Recht der Beschlagnahme 73), da die Gründe, welche für die Besserstellung der letzteren in der Zwangsvollstreckung sprechen, für erstere nicht zutreffen. **b)** Ziff. 4. RheinA. **104** I 26, OLG. **15** 167 (Düsseldorf). Nach § 4 Ziff. 4 soll die Vergütung soweit pfändbar sein, als sie einen Lohn übersteigt, der für das Jahr berechnet 1500 M. übersteigt. Da regelmäßig der Schuldner darauf angewiesen und in der Lage ist, das ganze Jahr zu arbeiten und zu verdienen, ist bei einem Monatsgehalte der unpfändbare Teil $1/_{12}$ von 1500, also 125 M. (Seuffert, Petersen-Anger zu § 850, BuschsZ. **32** 400). — Ebenso SeuffA. **62** 375, PosMSchr. **07** 81 (Marienwerder). — Vgl. auch JDR. **3, 4, 5** zu § 4 Ziff. 4 LohnBG. — Düsseldorf aaO. Kann der Schuldner (z. B. als Artist einer bestimmten Spezialität) nur während eines Bruchteils des Jahres verdienen, so besteht das für § 4 Ziff. 4 maßgebende Arbeitsjahr nur in diesem geringeren Zeitraume. Bei einem Zeitraume von z. B. 7 Monaten ist daher in jedem Kalendermonat $1/_7$ von 1500 M. = 214 $2/_7$ M. der Pfändung entzogen.

3. **§ 4 a.** KGBl. **07** 32, SeuffBl. **07** 526 (LG. Berlin I). Zweck des dem unehelichen Kinde im § 4 a beigelegten Pfändungsprivilegs ist, ihm für seine Person im weitesten Umfange die Möglichkeit zu geben, sich die zu seinem Unterhalt erforderlichen Beträge von dem alimentationspflichtigen Vater zu verschaffen. Das Privileg steht daher nur ihm, nicht seinen Rechtsnachfolgern zu.

III. Ziff. 2. 1. PosMSchr. **07** 77 (Posen). Altenteilsleistungen sind — soweit sie ihrer Natur nach übertragbar sind (§ 851). — dann pfändbar, wenn sie als Entgelt für eine Gutsüberlassung gewährt werden.

2. OLG. **14** 182 (KG.). Ist die Alimentationsverpflichtung durch Vertrag geregelt, so wird dadurch die Unpfändbarkeit aus § 850 Ziff. 2 nicht ausgeschlossen, wenn der Vertrag nur die gesetzliche Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung umfaßt.

IV. Ziff. 3. 1. ElsLothJZ. **07** 338 (Colmar). Die Unübertragbarkeit (§ 400 BGB.) einer nach § 850 Ziff. 3 ZPO. unpfändbaren Geldrente ist öffentlichen Rechtes und kann deshalb auch trotz eines etwa entgegenstehenden Willens des Rentenberechtigten von dem Drittschuldner geltend gemacht werden.

2. OLG. **14** 181 (KG.). Der Auszug, welchen die Schuldnerin auf Grund eines zwischen ihrem verstorbenen Manne und dessen Sohne geschlossenen Gutsüberlassungsvertrags zu fordern und für den sie ein Entgelt nicht entrichtet hat, beruht auf der Fürsorge des Mannes, der den Unterhalt seiner Frau auf Lebenszeit sichern wollte, und ist ein Akt der Freigebigkeit, da der Mann über seinen Tod hinaus zu dieser Unterhaltsgewährung nicht verpflichtet war. Demgemäß unterliegen die Einkünfte aus diesem Auszuge nach § 850 Abs. 1 Ziff. 3 nicht der Pfändung.

3. **RG.** SeuffA. **62** 376. Auch Einkünfte aus einem Familienfideikommisse sind bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 850 Ziff. 3 der Pfändung entzogen.

4. **RG.** PucheltsZ. **38** 409, R. **07** 579. Auch Rückstände der im § 850 Abs. 1 Ziff. 3 bezeichneten Leistungen sind unpfändbar.

V. Ziff. 4. Behrend, LeipzZ. **07** 385, erläutert eingehend, unter Heranziehung der Entstehungsgeschichte, den Inhalt der Ziff. 4, den Begriff der „Hebungen aus Kranken-, Hilfs- und Sterbekassen".

VI. Ziff. 5. 1. Jacquin, BayRpflZ. **07** 63. Die bisherige Streitfrage, ob die Unteroffiziersdienstprämien gemäß § 75 Ziff. 1 Friedens-Besoldungsvorschrift auch zugunsten der Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder pfändbar sind, ist durch RGes. vom 31. Mai 1906 § 40 Abs. 1 in bejahendem Sinne gelöst.

2. OLG. **15** 166, WürttZ. **07** 177 (Stuttgart). „Sold" im Sinne des § 850 Abs. 5 ist auch das Diensteinkommen eines Feuerwerkers, obwohl ein solcher nicht, wie andere Unteroffiziere, Löhnung, sondern Gehalt und Servis bezieht.

VII. Abs. 3. OLG. **14** 183 (Hamburg) betr. Unpfändbarkeit der von einem Arzte wegen Verletzung ärztlicher Pflichten einem Patienten zu leistenden Rente.

§ 851. Literatur: du Chesne, Grenzen der Pfändbarkeit von Ansprüchen, BayRpflZ. **07** 165—167. — Ders., Pfändbarkeit des Anspruchs auf Darlehnsgewährung, KGBl. **07** 49—51.

1. du Chesne, BayRpflZ. aaO. Ansprüche, die künftig nur möglicherweise zur Entstehung kommen werden, können nicht gepfändet werden, ohne daß im Zeitpunkte der Pfändung mindestens schon eine Grundlage für sie vorhanden ist. — Vgl. JDR. **3** § 851 II.

2. Marcus, DJZ. **07** 1083. Ist bei alternativen Forderungen mit Wahlrecht des Gläubigers nur eine der Forderungen übertragbar, so ist diese der Pfändung unterworfen.

3. a) du Chesne, KGBl. aaO. Der gewöhnliche Darlehnsvorvertrag begründet nur eine einseitige Leistungspflicht des Geldgebers mit vertragsmäßig festgesetzter Wirkung. Der Anspruch aus dieser Leistungspflicht kann gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden mit der Wirkung, daß mit der Einziehung der Darlehnsvaluta durch den pfändenden Gläubiger der Schuldner dem Geldgeber zur Rückzahlung ex mutuo verpflichtet wird. Bezüglich der Pfändbarkeit von Baugeldern greifen nur deshalb in der Regel andere Grundsätze Platz, weil der Geldgeber als Wirkung der Geldhingabe eine Erhöhung seiner Hypothekensicherheit am Baugrundstück erwarten darf. b) KGBl. **07** 107 (KG.). Baugeldforderungen sind grundsätzlich pfändbar. Ob im Einzelfall Unpfändbarkeit anzunehmen ist, ist nicht

vom Vollstreckungsrichter, sondern vom Prozeßgerichte zu entscheiden. **c)** OLG. **15** 14, SeuffBl. **07** 171, SächsOLG. **28** 84 (Dresden). Ob der Anspruch auf Hergabe von Baugeld auf Grund eines Baugeldvertrags pfändbar ist, ist im Einzelfalle nach dem Inhalte des Darlehnsvertrags zu entscheiden. **d)** OLG. **14** 184 (Cassel) = R. **06** 1322 betr. Unpfändbarkeit des Anspruchs aus dem pactum de mutuo dando. Vgl. JDR. **1** § 851 Nr. 2, **4** 1, **5** 1, 2.

4. KGBl. **07** 75 (LG. Berlin I). Der Anspruch auf Übertragung einer Hypothek ist pfändbar. Die Pfändung und Überweisung dieses Anspruchs erschöpft sich darin, daß der Gläubiger die Abtretung der Hypothekenforderung von dem Drittschuldner an den Schuldner — nicht an sich selbst — verlangen kann. Hat der Drittschuldner diesem Anspruche Genüge getan, so kann der Gläubiger nunmehr die jetzt dem Schuldner zustehende Hypothekenforderung pfänden.

5. RJA. **8** 53 (KG.). Die Pfändung des Rangvorbehalts (§ 881 BGB.) ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (Planck § 881 Anm. 3, Staudinger § 881 Anm. II 2, Jakubetzky Bem. 222, Fuchs § 881 Anm. 8, Turnau-Förster § 881 Anm. II 3, Achilles-Strecker § 46 GBO. Anm. 6; aM. Neumann § 881 Anm. 7) für unzulässig zu erachten, da die zufolge dieses Rangvorbehalts dem Eigentümer vorbehaltene Befugnis kein selbständiges Recht, sondern ein Ausfluß und untrennbarer Teil des Eigentumsrechts ist.

6. SchlHolstAnz. **07** 44 (LG. Flensburg). Auch Abnahmeleistungen aus Altenteilsverträgen sind grundsätzlich gemäß § 851 Abs. 2 pfändbar.

7. NaumburgAK. **07** 22 (LG. Magdeburg). Ein Bierkutscher durfte nach seinem Vertrage von den von ihm einkassierten Beträgen seine Provision abziehen und hatte nur den Rest abzuliefern. LG. bejaht die Pfändbarkeit des Anspruchs des Kutschers gegen die Brauerei auf die Provision und erklärt die Brauerei für verpflichtet, dem Bierfahrer den Abzug der Provision zu verweigern und den überwiesenen Betrag an die Klägerin zu zahlen.

8. **RG.** DJZ. **07** 1086. Die Einwendung, daß eine Forderung als höchstpersönlich der Pfändung nicht unterworfen sei, kann im Prozeßwege geltend gemacht werden.

§ 852. BayObLG. **8** 261, BayRpflZ. **07** 352, SeuffBl. **07** 948 (BayOLG.). Die für den Pflichtteilsanspruch bestehende Beschränkung der Pfändbarkeit gilt für die Vermächtnisforderung auch dann nicht, wenn diese eine dem Betrage des Pflichtteils entsprechende Geldsumme zum Gegenstande hat.

§ 853. OLG. **14** 184, DJZ. **07** 1088 (KG.). Die Hinterlegung gemäß § 853 hat nur dann befreiende Wirkung, wenn der Schuldner zugleich unter Aushändigung der ihm zugestellten Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse dem zuständigen Amtsgericht die Sachlage anzeigt.

§ 857. Literatur: Bendix, Ist der Verkäufer von Leihmöbeln verpflichtet, dem Gläubiger, der sie beim Schuldner gepfändet hat, über die Höhe des noch geschuldeten Kaufpreises Auskunft zu geben? KGBl. **07** 13. — du Chesne, Pfändung der Eigentümerhypothek und des auf sie entfallenden Zwangsversteigerungserlöses nebeneinander, KGBl. **07** 121. — Kiefe, Pfändung der dem Vollstreckungsschuldner zustehenden Ansprüche auf den Übererlös und aus Eigentümerhypotheken im Zwangsversteigerungsverfahren, WürttZ. **1** 12 ff.

I. Abs. 1. 1. a) Pricken, HoldheimsMSchr. **07** 297 ff. Da der Inhalt des Kassenschrankfachs nicht im Alleinbesitze des Schuldners, sondern im Mitgewahrsame der Bank steht, ist zu unterscheiden, ob die Bank zur Herausgabe des Fachinhalts bereit ist oder nicht. Ist sie zur Herausgabe bereit, so vollzieht sich die Vollstreckung nach den §§ 809, 808 in der Weise, daß der Gerichtsvollzieher den Fachinhalt in Besitz nimmt, was keine Schwierigkeiten hat, wenn der Schuldner seinerseits dem Gerichtsvollzieher bei der Öffnung des Safes seine Mitwirkung nicht versagt. Wirkt der Schuldner beim Öffnen nicht mit, so muß der Gerichtsvollzieher zunächst versuchen, den Schlüssel des Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung

zu erlangen; hat er hierbei keinen Erfolg, so ist das Verfahren einzuschlagen, welches die Safemietbedingungen für den Fall vorsehen, daß ein Kunde seine Schlüssel verloren hat, d. h. es muß entweder ein Nachschlüssel angefertigt oder das Fach mit Gewalt geöffnet werden. In allen Fällen werden die für einen Kunden oder Bevollmächtigten vorgeschriebenen Ausweise durch den vollstreckbaren Titel in Händen des Gerichtsvollziehers ersetzt. Ist die Bank zur Mitwirkung bei der Herausgabe nicht bereit, so ist den Bestimmungen des § 857 ZPO. entsprechend vorzugehen. Der Anspruch eines Kunden an die Bank auf deren Mithilfe beim Öffnen des Safes und Duldung der Verfügung über seinen Inhalt ist ein „Vermögensrecht". Die Zwangsvollstreckung in den Fachinhalt spielt sich in der Weise ab, daß der Gläubiger sich einerseits den Anspruch des Kunden gegen die Bank zur Ausübung überweisen läßt, daß weiter dem Kunden die fernere Ausübung seiner Vertragsrechte untersagt, sowie daß endlich der Bank verboten wird, etwaigen Ansprüchen des Kunden in bezug auf das Schrankfach zu entsprechen. Mit dieser Anspruchspfändung ist die Zwangsvollstreckung in den Fachinhalt noch nicht erschöpft. Dieser muß dem Kunden auch entzogen werden, was durch Wegnahme des Schlüssels, eventuell gewaltsame Fachöffnung geschieht. **b**) *Cohn, ABürgR. **30** 254 ff. Der Gläubiger eines Kunden, der Wertpapiere in der Stahlkammer einer Bank liegen hat, kann bei Weigerung der Bank, den Schlüssel auszuantworten, den dinglichen Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Wertpapiere pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Dabei hat das Vollstreckungsgericht gleichzeitig der Bank die Herausgabe des Schlüssels aufzugeben. Das letztere ist aus analoger Anwendung des § 836 Abs. 3 ZPO. zu folgern. Verweigert die Bank einem Gläubiger ihres Kunden die Ausantwortung des Tresorschlüssels, so ist der obligatorische Anspruch des Schuldners auf Mitwirkung zur Eröffnung der Stahlkammer pfändbar und einziehbar. Über die Pflicht zur Herausgabe des Schlüssels vgl. ebenda. — Vgl. JDR. **5** § 857 I 2.

2. PosMSchr. **07** 153 (Marienwerder). Der Versicherungsnehmer einer Lebensversicherung ist bei seinen Lebzeiten an seine ursprüngliche Bestimmung über die Anwartschaft nicht gebunden, er kann diese vielmehr jederzeit zugunsten eines anderen Dritten einseitig ändern. Dies Recht des Versicherungsnehmers, an Stelle des ursprünglich bezeichneten Dritten jede beliebige andere Person als den nach seinem Tode Bezugsberechtigten zu ernennen, ist pfändbar. Seine Verwertung zugunsten des Gläubigers kann in der Weise erfolgen, daß der Gläubiger gemäß §§ 835, 857 in Höhe seiner Forderung das bezeichnete Recht des Versicherungsnehmers pfänden und sich überweisen läßt, sodann dem Versicherer gegenüber vor dem Tode des Versicherungsnehmers sich selbst in Höhe seiner Forderung an Stelle des in der Police bezeichneten Dritten zum Empfangsberechtigten ernennt und beim Eintritte des Todes das alsdann fällig werdende Versicherungskapital kraft der Einweisung zu seiner Befriedigung in Anspruch nimmt (vgl. JDR. **3** § 331 BGB. Ziff. 1). Daß die Versicherungsgesellschaft die Genehmigung der Selbsteinweisung nach ihren Statuten ablehnen kann, bewirkt nur, daß die Übertragung jener gegenüber keine Gültigkeit hat, schließt aber nicht aus, daß der Pfändungsgläubiger sein Recht dem ursprünglichen Destinatär gegenüber (z. B. im Verteilungsverfahren) zur Geltung bringt.

3. OLG. **14** 185 (Celle). Auch der Berichtigungsanspruch, den ein Miteigentümer eines Grundstücks gegen die anderen Miteigentümer auf Eintragung der Anteile im Grundbuche hat, ist ein Vermögensrecht im Sinne des § 857, daher der Pfändung unterworfen (vgl. jedoch JDR. **4** §§ 857 I). Der Gläubiger, der die Zwangsversteigerung in den Anteil eines Miteigentümers betreiben will und dazu der vorgängigen Eintragung dieses Anteils im Grundbuche bedarf, wird dadurch, daß er möglicherweise auf dem durch § 14 GBO. gemeinsamen Wege die Eintragung

des Anteils erreichen kann, nicht gehindert, den Berichtigungsanspruch pfänden und sich überweisen zu lassen. Er erlangt dadurch nach §§ 857, 836 Abs. 3 den Vorteil, daß der Schuldner verpflichtet ist, ihm die zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruchs nötige Auskunft zu erteilen.

4. SeuffA. **62** 150, PosMSchr. **07** 7 (Königsberg). Durch die Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs des Eigentümers gegen den eingetragenen Hypothekengläubiger auf Bewilligung der Umschreibung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld erlangt der Pfändungsgläubiger lediglich das Recht, die Umschreibung der Hypothek auf den Schuldner zu bewirken. Ein eigenes Recht an der Eigentümergrundschuld erwirbt er dadurch nicht.

5. OLG. **15** 10, HansGZ. **07** Beibl. 243 (Hamburg). Der Antrag des Gläubigers auf Pfändung des dem Schuldner zustehenden „Anspruchs auf Rückübertragung" der für einen Dritten bestellten Sicherungshypothek im Falle des Erlöschens der dieser zugrunde liegenden Forderung wurde zurückgewiesen, da im gedachten Falle gemäß § 1663 Satz 2 BGB. die Hypothek kraft Gesetzes auf den Eigentümer-Schuldner übergehe, ein Anspruch auf Rückübertragung also nicht bestehe. Das Gesuch als schlecht formulierten Antrag auf Pfändung des Berichtigungsanspruchs (§ 894 BGB.) aufzufassen, wurde abgelehnt, da selbst die Beschwerdeschrift des Gläubigers keinen Anhalt für diese Auslegung bot.

II. Abs. 2. 1. a) **RG.** LeipzZ. **07** 654. Die Pfändung des Geschäftsanteils des Schuldners an einer GmbH. wird nicht durch Pfändung des Anspruchs des Schuldners auf Auszahlung seiner Geschäftseinlage und Auszahlung seines Gewinnanteils ersetzt. **b)** ZAktWes. **14** 92 (KG.). Geschäftsanteile einer GmbH. sind pfändbar. § 844 findet Anwendung. Daß nach § 17 GmbHG. die Veräußerung von Teilen des Geschäftsanteils von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig ist, steht der Zwangsvollstreckung nicht entgegen, da eventuell nur der Gesellschaft ein Widerspruchsrecht aus § 771 erwachsen würde. — Vgl. JDR. **3** § 857 II 1, **4** II 1, **5** II 1.

2. Pfändung des Anspruchs auf den Versteigerungserlös. **a)** *Kiefe. Nach Zahlung des Versteigerungserlöses an das Vollstreckungsgericht ist dieses Drittschuldner des dem Subhastaten zustehenden Anspruchs auf Auszahlung des etwaigen Übererlöses. Dieser Anspruch ist gemäß § 829 ZPO. pfändbar und kann schon vor Zahlung im Laufe des Zwangsversteigerungsverfahrens als zukünftiger, bedingter gepfändet werden. — Eine solche Pfändung trifft aber nicht das dem Subhastaten schon nach Einleitung des Verfahrens zustehende Recht auf möglichen Übererlös und schließt daher weder eine Verfügung des Subhastaten, noch eine Pfändung bezüglich dieses Rechtes, noch eine rechtlich an sich zulässige Aufrechnung des Erstehers gegenüber dem Subhastaten aus. Der Anspruch des Subhastaten aus dem „Übergebote", d. h. den auf ihn nach Befriedigung aller im Zwangsversteigerungsverfahren zu deckenden Kosten und Schulden entfallenden Erlösteil hat zum Dritt(schuldner) den Ersteher. Die Pfändung erfolgt gemäß § 829 ZPO. Vor erteiltem Zuschlage liegt Pfändung eines bedingten Anspruchs vor. ➠ Vor dem Versteigerungstermine kann der dem Subhastaten als Eigentümer zustehende Anspruch auf möglichen Übererlös ebenfalls gepfändet werden und zwar mangels Drittschuldners gemäß § 857 Abs. 1 u. 2 ZPO. ⟵ **b) RG. 64** 211 (vgl. auch DJZ. **07** 66). Nach der Erteilung des Zuschlags (§§ 52, 91 ZVG.) kommen für die Pfändung des Versteigerungserlöses, der auf erlöschende Hypotheken und Grundschulden entfällt, nicht die besonderen Vorschriften des § 830 ZPO., sondern die der §§ 829, 857 Abs. 2 ZPO. zur Anwendung (vgl. **RG. 63** 214, JDR. **5** § 857 II 2 a). Bei der Pfändung einer Eigentümergrundschuld und des darauf entfallenden Erlöses entscheidet nach § 857 Abs. 2 die Zustellung an den Schuldner. Daß in der Pfändungsankündigung der Vollstreckungsrichter fälschlich als Drittschuldner be-

zeichnet ist, ist unerheblich. — Der Anspruch auf die Eigentümerhypothek und auf den an deren Stelle tretenden Versteigerungserlös, den der Schuldner durch die Verrechnung eines Amortisationsguthabens bei der Posener Landschaft erlangt hat, ist begrifflich etwas ganz anderes als der vor der Verrechnung vorhandene — aber mit dieser Verrechnung erlöschende — Anspruch auf das Amortisationsguthaben gegenüber der Landschaft. Die Vorpfändung (§ 845) des letztbezeichneten Anspruchs gegen die Landschaft ist daher ohne Bedeutung für die nach erfolgter Verrechnung erfolgende Pfändung des Anspruchs aus der Eigentümergrundschuld und auf den Versteigerungserlös. **c)** BreslauAK. **07** 44 (Breslau). Die Gültigkeit der Pfändung des an die Stelle einer durch den Zuschlag erloschenen Eigentümerhypothek getretenen Anspruchs auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse wird, sofern der Pfändungsbeschluß nur dem Schuldner ordnungsmäßig zugestellt ist, dadurch nicht beeinträchtigt, daß der gepfändete Anspruch fälschlich als ein Anspruch gegen den Ersteher oder das Vollstreckungsgericht bezeichnet ist. — Vgl. JDR. **3** § 857 II 3, **4** II 2, **5** II 2.

3. Pfändung des Anspruchs aus dem „Möbelleihvertrage". **a)** Bing, R. **07** 1247. Die Zwangsvollstreckung in dem Schuldner auf Abzahlung überlassene Möbel ist zweckmäßig derart zu betreiben, daß der Gläubiger den Anspruch des Schuldners auf Eigentumsübertragung gegen Zahlung des rückständigen Kaufpreises pfändet und sich zur Einziehung überweisen läßt, dann kann er die Herausgabe der Möbel an den Gerichtsvollzieher erwirken und sie für seine Forderung versteigern lassen, sobald er dem Verkäufer-Drittschuldner den Kaufpreisrest gezahlt hat. Wegen der Abfindungssumme kann er später — wegen grundloser Bereicherung — gegen den Schuldner nur klagen, soweit der Versteigerungserlös die vom Schuldner geleisteten Anzahlungen übersteigt. **b)** Bendix 13. Der Verkäufer von Leihmöbeln ist verpflichtet, dem Gläubiger, der sie beim Schuldner gepfändet hat, über die Höhe des noch geschuldeten Kaufpreises Auskunft zu geben. Vgl. JDR. **3** § 857 III 5, **4** II 3, **5** II 3.

III. Abs. 3. *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 33 ff. Der Nießbrauch des Eigentümers am eigenen Grundstück ist in der Zwangsvollstreckung gleich dem Nießbrauch eines Dritten zu behandeln.

IV. Abs. 6. Pfändung der Eigentümerhypothek (-Grundschuld). **a)** du Chesne aaO. Da der Zwangsvollstreckungsrichter bei Erlaß des Pfändungsbeschlusses nicht zu prüfen hat, ob er zu pfändende Anspruch besteht, es vielmehr genügt, daß er bestehen kann, so muß er dem Antrag auf Pfändung und Überweisung der Eigentümerhypothek und zugleich des zufolge des bevorstehenden Zuschlags voraussichtlich an die Stelle tretenden Anspruchs auf den Versteigerungserlös entsprechen. Freilich kann nur eins der Verfügungsverbote rechtliche Wirksamkeit erlangen. Gelangt das bezüglich der Eigentümerhypothek erlassene Verfügungsverbot in Wirksamkeit, so setzt es sich nach dem Zuschlag an dem Versteigerungserlöse fort. **b)** *Kiefe aaO. Bei der Eigentümerhypothek ist ein Drittschuldner nicht vorhanden. Bis zum Zuschlag erfolgt ihre Pfändung gemäß §§ 857 Abs. 6, 830 ZPO. durch Pfändungsbeschluß und Inbesitznahme des Briefs bzw. Eintragung im Grundbuche; die Zustellung des Beschlusses hat gemäß § 857 Abs. 2 zu geschehen. Ist aber durch den Zuschlag die Eigentümerhypothek gemäß § 52 ZVG. erloschen, so tritt an Stelle des Grundstücks die Forderung des Subhastaten gegen den Ersteher. Schuldner des verbleibenden dinglichen Rechtes ist aber immer noch der Subhastat als „Eigentümer" der surrogierten Forderung. Die Pfändung erfolgt gemäß § 857 Abs. 1 u. 2 ZPO. — Mit der Zahlung des Versteigerungserlöses an das Vollstreckungsgericht endlich ist das Realrecht getilgt; es verbleibt nur noch der Anspruch des Subhastaten als Eigentümer des Geldes auf Auszahlung. Drittschuldner ist wieder das Vollstreckungsgericht. Die Pfändung

erfolgt nach § 829 ZPO. (vgl. dagegen Jaeckel, ZVG. § 107 a 2, Fischer-Schäfer § 107 1 a, Gaupp-Stein, ZPO. § 829 1 b u. § 857 I 6, teilweise ebenso Wolff, ZVG. § 107 a 3). c) *Müller, WürttZ. **07** 67 f. Bei Pfändung einer dem Eigentümer des Grundstücks zustehenden, im Grundbuche noch nicht als Eigentümerhypothek eingetragenen Buchhypothek kann der Gläubiger auf Grund eines dem Schuldner zugestellten gerichtlichen Pfändungsbeschlusses, durch den sowohl die Eigentümerhypothek als der Anspruch des Grundstückseigentümers auf Berichtigung des Grundbuchs gepfändet wird, zur einstweiligen Sicherung seiner Rechte die Eintragung eines Widerspruchs gegen den Grundbuchinhalt erwirken des Inhalts, daß die eingetragene Hypothek zur Eigentümerhypothek geworden sei und der Eigentümerhypothekar zufolge der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an ihn (§ 830 Abs. 2 ZPO.) über die Eigentümerhypothek nicht mehr verfügen könne. **d)** **RG.** ZBlFG. 8 248, R. **07** 385. Ist die Pfändung der Eigentümergrundschuld mangels Übergabe oder Wegnahme des über die Hypothek gebildeten Briefes unwirksam (**RG. 59** 316), so entbehrt auch die gleichzeitige Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs (§ 894 BGB.) der Wirksamkeit, da dieser Anspruch nicht selbständig übertragbar ist, und seine Voraussetzung, die Übertragung des dinglichen Rechtes, nicht eingetreten ist (**RG. 59** 294, Turnau-Förster [3] I 294). **e)** RJA. **8** 235, ZBlFG. **8** 125 (Naumburg). Wenn auch die Pfändung einer bedingten Eigentümerhypothek nicht eintragungsfähig ist (**RG. 56** 9, **61** 374, KG., DJZ. **05** 460 — vgl. JDR. **4** § 857 III Ziff. 4 c, **5** III Ziff. 8), so hat doch der Grundbuchrichter die ihm anderweit bekannt gewordene Pfändung gemäß § 19 RGebO. zu berücksichtigen. **f)** *Hennerici. Grund- und Rentenschuldbriefe werden, auch wenn sie Inhaberpapiere sind, nach § 830 ZPO. behandelt, nicht nach § 821 ZPO. (gegen Gaupp-Stein zu § 857 und Struckmann-Koch zu § 857).

§ 859. 1. Pringsheim, DJZ. **07** 879. Eine Überweisung des Erbteils zur Einziehung in Höhe einer bestimmten Geldforderung ist unzulässig. Der Gläubiger wird zweckmäßig nach Pfändung des Erbteils sich das Forderungsrecht des Miterben auf die ihm bei der Auseinandersetzung zukommenden Gegenstände (§ 2047 BGB.) zur Einziehung überweisen lassen. Er kann dann nach § 836 ZPO. verlangen, daß bei der Auseinandersetzung die auf seinen Schuldner entfallenden Gegenstände, soweit dies zu seiner Befriedigung erforderlich ist, ihm ausgehändigt werden.

2. OLG. **14** 185 (Karlsruhe). Nach § 725 BGB. im Zusammenhalte mit § 859 Abs. 1 ZPO. beschränkt sich das Recht des Gläubigers, der den Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen gepfändet und sich zur Einziehung hat überweisen lassen, auf den Gewinnanteil und den Auseinandersetzungsanspruch. Ein Recht auf Einsichtnahme in den im Besitze der Gesellschaft befindlichen Gesellschaftsvertrag steht ihm nicht zu. Auch aus § 810 BGB. ist ein solches Recht nicht abzuleiten.

§ 860. SeuffBl. **07** 740, ZBlFG. 8 251, R. **07** 700, BayRpflZ. **07** 259 (Bay. ObLG.). Schon während des Bestehens der fortgesetzten Gütergemeinschaft kann das Anteilsrecht eines Abkömmlings am Gesamtgute — das an sich erst nach Beendigung der Gemeinschaft pfändbar ist (§ 860 Abs. 2) — für den Fall, daß das selbständige Vermögensrecht des Abkömmlings zur Entstehung gelangt, als Pfändung eines künftigen Rechtes (**RG. 51** 115, **56** 9, 14) im voraus gepfändet werden. Diese Pfändung läßt aber das während der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestehende familienrechtliche Verhältnis unberührt, der Gläubiger erlangt kein Recht an dem der Pfändung nicht zugänglichen Anteilsrechte des Schuldners an der Gütergemeinschaft und dieser behält freie Hand zur Entscheidung darüber, ob er in der fortgesetzten Gütergemeinschaft verbleiben oder gemäß § 1491 durch Verzicht auf sein Anteilsrecht ausscheiden will. Scheidet er durch Verzicht aus, so erweist sich die Pfändung ebenso als gegenstandslos, wie wenn er während des Bestehens der fortge-

setzten Gütergemeinschaft stirbt. — ZBlFG. aaO. werden von der Red. gewichtige Bedenken gegen diese Entscheidung im Hinblick auf die Unwirksamkeit des Verzichts des Schuldners auf das gepfändete Recht angeregt.

§ 861. 1. HansGZ. **07** Beibl. 226 (Hamburg). Gegen die Pfändung von Früchten des der ehemännlichen Nutznießung unterliegenden Frauenguts kann die Ehefrau innerhalb der Grenzen des § 861 — außer durch Einwendung gemäß § 766 — auch durch Klage gemäß § 771 Widerspruch erheben, wie sich aus § 1407 Ziff. 4 BGB. ergibt.

2. *Hörle aaO. Solange die Ehefrau ein Erwerbsgeschäft mit Einwilligung des Mannes selbständig betreibt (§§ 1405, 1452 BGB.), sind die aus dem zum eingebrachten Gute gehörenden Geschäftsvermögen im Geschäftsbetrieb erworbenen Früchte der Pfändung nicht unterworfen, soweit sie zur Erfüllung der in §§ 1384 bis 1387 BGB. bestimmten Verbindlichkeiten erforderlich sind (97).

§ 863. KGBl. **07** 17, R. **07** 315 (KG.). Für die Frage, ob § 863 Anwendung findet, kommt es nicht darauf an, ob der Erbe neben dem Zins- bzw. Reinertrage seines Erb- bzw. Pflichtteils anderweitiges Einkommen hat, das ihm auch ohne jene Erträge standesgemäßen Unterhalt gewährleistet.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§§ 864 ff. Literatur: Müller, Zwangsvollstreckung im Grundbuchrechte, WürttZ. **07** 1, 39, 65.

§ 865. 1. *Müller Pfändungspfandrecht 126 ff. Eine Pfändung, die gegen § 865 Abs. 2 verstößt, ist nichtig. Die Realgläubiger können während des Vollstreckungsverfahrens ihre Rechte nur nach § 766, nicht auch nach § 771 geltend machen, wie die herrschende Meinung mit dem RG. annimmt.

2. **a)** OLG. **15** 168 (KG.). Werden getrennte Naturalfrüchte eines Grundstücks gepfändet, so kann der Hypothekar, solange die Früchte nicht veräußert, und vom Grundstücke fortgeschafft sind (§ 1122 BGB.), zwar als ein nicht im Besitze der Sache befindlicher Pfandgläubiger der Pfändung nicht widersprechen, aber seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse nach § 805 ZPO. geltend machen. Hierzu bedarf es nicht der vorgängigen Beschlagnahme des Grundstücks oder der Früchte. Aus den Worten des § 865, daß von der Immobilienbeschlagnahme die getrennten Früchte „der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen unterliegen", ist nur zu schließen, daß die Pfändung an sich zulässig ist, nicht aber, daß der pfändende Personalgläubiger auch einem besser berechtigten Hypothekar die Befriedigung aus dem Erlöse verweigern dürfe. Ebenso Jaeckel Anm. 5 vor § 1 ZVG., Fischer-Schäfer Anm. 5 zu § 865, Gaupp-Stein Anm. 4, Petersen-Anger Anm. 4, Seuffert Anm. 2 zu § 865, OLG. Kiel, SeuffA. **59** 296, JDR. **3** § 865 Ziff. 6, OLG. Cöln, RheinA. **102** I 126, JDR. **5** § 865 Ziff. 3. Abweichend Staudinger Anm. II b zu § 1120, Oberneck, Grundbuchrecht I § 132 IV, Hachenburg, Beitr. zum Hypothekenrecht 73, OLG. **3** 180, **10** 122, SächsOLG. **23** 338 (Dresden). **b)** PucheltsZ. **37** 669 (Cöln). Gegen die Pfändung von Zubehör steht dem Hypothekengläubiger sowohl die Widerspruchsklage aus § 771 wie die Erinnerung aus § 766 zu. — Aus § 865 Abs. 2 folgt a contrario, daß die Pfändung von getrennten Bestandteilen, trotzdem ihre hypothekarische Haftung bestehen bleibt, zulässig ist, daß also der Hypothekengläubiger ihr weder nach § 771 noch nach § 766 widersprechen kann. Es bleibt ihm lediglich die Möglichkeit, einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse mit Klage nach § 805 oder, sofern auch er gepfändet hat, im Verteilungsverfahren nach §§ 872 ff geltend zu machen. — Vgl. JDR. **1** § 865 Ziff. 6, **3** 5, **4** 3, **5** 2.

3. OLG. **15** 285 (Dresden). Der Hypothekengläubiger kann, selbst wenn der Grundstückseigentümer nicht persönlicher Schuldner ist, die Gegenstände, auf welche

sich nach §§ 1120—1130 die Hypothek erstreckt — mit Ausnahme des Zubehörs —, auch im Wege der Mobiliarvollstreckung pfänden lassen, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Immobiliarzwangsvollstreckung erfolgt ist (§ 1147 BGB., § 865 ZPO.). Sobald jedoch Konkurs über das Vermögen des Eigentümers eröffnet ist, steht dem Hypothekar zwecks abgesonderter Befriedigung nur der Weg der Immobiliarvollstreckung offen (§§ 4, 47 KO.).

4. DJZ. **07** 975 (Braunschweig), PosMSchr. **07** 15 (Posen). Die Unzulässigkeit der Pfändung gemäß § 865 Abs. 2 kann auch vom Schuldner geltend gemacht werden. Vgl. JDR. **3** § 685 Ziff. 1, **4** 2, **5** 1.

5. BadRpr. **07** 146 (LG. Karlsruhe). Verneint ein Dritter die Zulässigkeit der Immobiliarzwangsvollstreckung in Zubehörstücke eines Grundstücks, weil das Eigentum an denselben ihm zustehe, so muß er sein Recht nach § 771 im Klagewege geltend machen. Ist aber streitig, ob bestimmte Gegenstände die Zubehöreigenschaft haben oder nicht, und ob sie deshalb der Immobiliarzwangsvollstreckung oder der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen unterliegen, so ist dies auf dem Wege des § 766 durch Erinnerung beim Vollstreckungsgerichte geltend zu machen.

§ 866. 1. (§ 788.) SächsRpflA. **07** 501 (LG. Chemnitz). Die Frage, ob der Schuldtitel, auf Grund dessen nach § 866 ZPO. die Eintragung einer Sicherungshypothek beantragt wird, zugleich auch den Titel für die Eintragung von Kosten bilde, die durch frühere Zwangsvollstreckungsmaßregeln entstanden sind, oder ob solche Kosten nur auf Grund eines ihre Festsetzung aussprechenden besonderen Titels (§§ 104, 105) eingetragen werden dürfen (vgl. Petersen-Anger Anm. 4 a zu § 866, Brogsitter, R. **00** 318, Gaupp-Stein Anm. VI zu § 867, KG., RJA. **6** 57) wird auf Grund der Erwägung, daß das Grundbuchamt bei einer solchen Eintragung als Vollstreckungsorgan handle, im Sinne der ersten Alternative beantwortet.

2. BayRpflZ. **07** 219 (LG. München I). Auch ein Urteil, das den Schuldner zur Hinterlegung von Geld zwecks Tilgung einer Schuld verurteilt, hat eine Geldforderung (§ 803), nicht die Vornahme einer Handlung (§ 887) zum Gegenstande. Aus ihm kann daher auch eine Zwangssicherungshypothek eingetragen werden. Die früher, BayRpflZ. **06** 86, vertretene abweichende Ansicht ist aufgegeben.

3. Über die Art und Weise, wie eine Zwangshypothek gegen gesamtschuldnerisch haftende Miteigentümer einzutragen ist, vgl. Schröder, ZBlFG. 8 243.

4. **a)** SeuffBl. **07** 32 (BayObLG.) schließt sich der Ansicht des **RG. 61** 423 (s. JDR. **4** § 866 Ziff. 2 a, **5** Ziff. 2 a) an, nach welcher die Eintragung einer Vollstreckungshypothek für eine 300 M. nicht übersteigende Forderung aus einem Kostenfestsetzungsbeschlusse nur bei gleichzeitiger Eintragung einer Zwangshypothek für die 300 M. übersteigende Hauptforderung erfolgen kann. Den formalen Rücksichten, welche vom RG. und der herrschenden Ansicht als entscheidend angesehen würden, werde ohne wesentliche Gefährdung des Gläubigers in der Weise Rechnung getragen werden können, daß bei Stellung des Antrags auf Eintragung einer Vollstreckungshypothek für die Hauptforderung ein geringer Teil ihres Betrags ausgenommen und nach Erwirkung des Kostenfestsetzungsbeschlusses die Eintragung einer neuen Hypothek für den noch nicht gesicherten Teil der Hauptforderung und Kostenforderung beantragt werde. **b)** KGJ. **32** A 309 (KG.). Werden dem Grundbuchamte gleichzeitig zwei Schuldtitel vorgelegt, deren einer sich auf die mehr als 300 M. betragende Hauptforderung und deren anderer sich auf die weniger als 300 M. betragende Kostennebenforderung bezieht, so kann die Zwangshypothek für beide Beträge zusammen eingetragen werden. **c)** KGJ. **33** A 301 (KG.). Bei Gerichtskostenforderungen bildet — abgesehen vielleicht von dem Falle des § 3 Abs. 1 PrV. vom 15. November 1899 — die vom Gerichtsschreiber gemäß § 12 Abs. 1 PrKassO. vom 31. März 1900 aufgestellte Kostenrechnung den Schuldtitel im Sinne

des § 866 Abs. 3 Satz 2 ZPO. (vgl. § 51 V. vom 15. November 1899, Art. 80 Ausf. Anw. dazu vom 28. November 1899, § 41 I KassO.). Die Zusammenzählung der Rechnungsbeträge verschiedener Kostenrechnungen behufs Erreichung des eintragungsfähigen Mindestbetrags ist daher unzulässig, und zwar selbst dann, wenn die Rechnungen sich auf die Kosten verschiedener Instanzen desselben Prozesses beziehen. Denn jede Instanz bildet kostenrechtlich eine besondere Angelegenheit (§ 12 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 KassO.). **d)** ElsLothNotZ. **07** 170 (Colmar). Aus einem Urteil auf Anerkennung einer Schuld in Höhe von 500 M. und Zahlung von 300 M. dieser Schuld nebst Zinsen und Kosten kann eine Zwangseintragung nicht erfolgen.

§ 867. 1. *Müller, WürttZ. **07** 7. Auch für die prozessualen Voraussetzungen der Eintragung einer Zwangshypothek gilt die Formvorschrift des § 29 GBO.; eine in dem zu vollstreckenden Urteil angeordnete Sicherheitsleistung und die Aufwendung etwaigenfalls zu sichernder Mobiliarzwangsvollstreckungskosten muß also durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. — Gegen eine die Eintragung einer Zwangshypothek verfügende Entscheidung des Grundbuchrichters sind nur die Rechtsmittel der GBO. (§§ 71 ff.), nicht auch diejenigen der ZPO. (§§ 766 u. 763) zulässig. (42)

2. R. **07** 1268 (Hamburg). Da das mit der Zwangssicherungshypothek belastete Grundstück auch für die Kosten der Eintragung haftet, so braucht der Gläubiger Löschung erst zu bewilligen, wenn auch die Kosten bezahlt sind. Nach § 868 wird auch die Hypothek nicht etwa in Höhe des getilgten Teiles der Forderung Eigentümergrundschuld, sie haftet vielmehr bis zur völligen Tilgung ganz für die Schuld einschließlich Kosten.

3. Abs. 2. OLG. **14** 212, KGJ. **33** A 301 (KG.). Das Gesetz macht dem Gläubiger zur Pflicht, die Größe der zwecks Verteilung der Zwangshypothek auf mehrere Grundstücke des Schuldners zu bildenden Teile zu bestimmen. Wenn auch diese Bestimmung nicht notwendig in der ziffermäßigen Angabe der Einzelbeträge zu bestehen braucht, so ist doch dem Grundbuchrichter nicht zuzumuten, durch eine keineswegs einfache Operation die Einzelbeträge zu ermitteln (so z. B. die Verteilung von 355 M. auf 4 Grundstücke nach dem Verhältnisse von 149 : 389 : 146 : 164). — Die Bestimmung der Teile seitens des Gläubigers stellt eine zur Eintragung erforderliche Erklärung dar, die nach §§ 29, 30 GBO. in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form abzugeben ist (Güthe 399).

§ 868. *Müller, WürttZ. **07** 43. Auch im Falle des Erlöschens der durch Zwangshypothek gesicherten Forderung infolge Verzichts oder Befriedigung des Gläubigers entsteht eine Eigentümerhypothek (dagegen Gaupp-Stein, ZPO. zu § 868 Abs. 2, OLG. **11** 114 [Colmar]).

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

§ 878. OLG. **14** 186 (KG.). Der Verteilungsrichter, dem nach § 878 die rechtzeitige Klagerhebung nachzuweisen ist, hat auch die Formgerechtigkeit der Klagerhebung zu prüfen.

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

§ 883. Literatur: Lasser, Rechtliche Natur und Inhalt des im § 561 Abs. 2 BGB. dem Vermieter gegebenen Anspruchs auf „Herausgabe zum Zwecke der Zurückschaffung"; die Geltendmachung dieses Anspruchs im Wege der Klage und seine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung, ABürgR. **30** 263—282 (s. o. Ziff. I 2 zu § 561).

1. *Coulin, JheringsJ. **52** 485. Die Zwangsvollstreckung gegen den Rezensionsexemplare nicht versendenden Verleger erfolgt nach Vorschrift der §§ 883 ff. ZPO.

2. NaumburgAK. **07** 42, Justizbbl **1** 327 (LG. Mannheim): Ein Urteil auf Hinterlegung eines Geldbetrages ist nach § 803 ff. nicht nach § 883 ff. zu vollstrecken. (Ebenso Meyer, BuschsZ. **35** 229 f; dort auch die gesamte Literatur). — Vgl. auch o. zu § 866 Ziff. 2.

3. OLG. **14** 187 (Kiel) = SchlHolstAnz. **06** 83 (vgl. JDR. **5** § 883 I Ziff. 1). Die Vollstreckung eines Anspruchs auf Herausgabe einer Sache an einen Dritten erfolgt nach § 883, nicht nach §§ 887, 888 ZPO. Der Umstand, daß die Herausgabe an einen Dritten die Vornahme einer Handlung des Schuldners enthält, steht nicht entgegen, da der Schuldner eine Handlung auch vorzunehmen hat, wenn die Sache an den Gläubiger zurückzugeben ist.

4. *du Chesne, HessRspr. **8** 94 ff. Die Vollstreckungswegnahme des § 883 ZPO. ersetzt, wenn sie irrig anstatt des Pfändungszugriffs der §§ 808, 809 ZPO. erfolgt, diesen.

5. S. auch §§ 803 u. 887.

§ 887. 1. NaumburgAK. **07** 24 (LG. Naumburg). Die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil auf Zahlung an einen Dritten erfolgt nach § 887 ZPO., da es die Verpflichtung des Schuldners zu einer Handlung enthält, welche auch durch einen Dritten vorgenommen werden kann. Ebenso Gaupp-Stein, Petersen-Anger. Abweichend Struckmann-Koch (8) vor § 803, Seuffert (9) 447 e, SeuffA. **58** Ziff. 195 (Dresden), BuschsZ. **13** 419 (Hamm), **23** 186 (Frankfurt).

2. WürttZ. **07** 369 (Stuttgart). Ist der Schuldner verurteilt, gemäß § 232 BGB. Sicherheit zu leisten, so ist, wenn er dieser Verpflichtung nicht nachkommt, gemäß § 264 BGB. der Gläubiger befugt, die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder die andere im § 232 vorgesehene Art der Sicherheitsleistung zu richten. Wählt er Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, so erfolgt die Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO. § 894 kommt nicht in Frage. — Vgl. oben zu § 883 Ziff. 2 und JDR. **1** § 887 Ziff. 7, **3** Ziff. 2, **4** § 803 u. § 887 Ziff. 3, **5** § 803b.

3. OLG. **14** 187 (Rostock). Der Verkäufer kann vom Käufer die Abnahme, d. h. die reine körperliche Wegnahme der Kaufsache verlangen, ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer sie in Besitz nehmen will oder nicht. Das Recht, die Abnahme wegen Mangelhaftigkeit der Sache zu verweigern, hat der zur Abnahme verurteilte Käufer erst, wenn er das Recht durch Klage gemäß § 767 durchgesetzt hat. Die Abnahme hängt daher nicht von seinem Willen ab, kann vielmehr von Dritten ausgeführt werden. Die Vollstreckung wegen Abnahme der Kaufsache erfolgt daher nach § 887. Ebenso Planck, BGB. § 433 Anm. 7b, Staub, HGB. Exkurs von § 373 Anm. 55, GruchotsBeitr. **45** 717 Anm. 10. AM. Gaupp-Stein Anm. 10 zu § 887 ZPO.

4. OLG. **15** 285 (Marienwerder). Der Vollstreckung eines Urteils (gemäß § 887), das den Beklagten wegen Störung des Lichtrechts des Klägers zur Vornahme baulicher Veränderungen an seinem Hause verurteilt, steht der Umstand nicht entgegen, daß der Schuldner das Haus nach Rechtshängigkeit einem Dritten vermietet hat. Formell steht dem Gläubiger § 325 ZPO. zur Seite. Denn als die in Streit befangene Sache hat die körperliche Sache zu gelten, an der dasjenige Recht besteht, welches den unmittelbaren Gegenstand der erhobenen Klage bildet (Gaupp-Stein § 265 Anm. 3). — Vgl. aber oben zu § 727 Ziff. 3h. — Ob die Gläubigerin genötigt sein wird, sich eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Mieter zu beschaffen, wird von seinem Verhalten abhängen. — Durch die gemäß § 887 vom Gericht erteilte Ermächtigung wird der Gläubiger auch ermächtigt, anstelle des Schuldners den Baukonsens für die vorzunehmenden Arbeiten nachzusuchen.

5. R. **07** 706 (Frankfurt). Die Vornahme der Auseinandersetzung zwischen mehreren Gesellschaftern nach Auflösung der Gesellschaft ist keine vertretbare Handlung im Sinne des § 887.

6. OLG. **15** 287, SächsOLG. **28** 85 (Dresden). Jede Zwangsvollstreckung findet ihre Grenze an dem tatsächlichen oder rechtlichen Vermögen des Schuldners, die geschuldete Leistung zu erfüllen. Erfolgt die Benutzung bestimmter Flächen am Hause des Schuldners, deren Räumung ihm durch das von einem Mieter erstrittene Urteil aufgegeben ist, auf Grund eines Mietrechts dritter Personen, so kann dem Urteile nur die Bedeutung zukommen, daß der Schuldner verpflichtet ist, den Dritten durch Anbieten einer Geldentschädigung zur Aufgabe ihrer Rechte zu bestimmen. Der Gläubiger kann sich dann gemäß § 887 zur Herbeiführung der Aufhebung der Mietrechte gegen eine angemessene Geldentschädigung ermächtigen lassen und vom Schuldner die Vorauszahlung der entstehenden Kosten verlangen. Weigert sich aber der dritte Mieter, seine Rechte aufzugeben, so bleibt dem Gläubiger nur der Anspruch auf Schadensersatz (§ 893).

7. Abs. 2. OLG. **14** 188 (Celle). Der Schuldner braucht die Kosten für die auf gerichtliche Ermächtigung durch einen Dritten vorgenommene Handlung dann nicht zu erstatten, wenn auch der Gläubiger befugt ist, dem von ihm beauftragten Dritten die Zahlung der Vergütung wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung des (Werk- usw.) Vertrags zu verweigern, wobei unerheblich ist, ob dem Gläubiger bei der Auswahl des Dritten ein Verschulden zur Last fällt oder nicht. Denn wenn und solange der Gläubiger die Vergütung an den Dritten nicht zu zahlen braucht, ist diese nicht zu den notwendigen Vollstreckungskosten des § 788 zu rechnen.

§ 888. 1. R. **07** 775 (Stuttgart). Ist der Schuldner zum Umbaue des Daches eines Wohnhauses nach gewissen im Urteile bezeichneten Maßgaben verurteilt und muß dem Umbau ein auf Erteilung baupolizeilicher Genehmigung abzielendes Verfahren vorangehen, so ist das Urteil nach § 888, nicht nach § 887 zu vollstrecken. Vgl. jedoch oben zu § 887 Ziff. 4 a. E.

2. OLG. **15** 16 (KG.). Die Verpflichtung des Vermieters, die vermietete Wohnung mittels Zentralheizung bis zu einem bestimmten Wärmegrade zu erwärmen, kann durch Androhung von Zwangsmaßregeln gemäß § 888 erzwungen werden.

3. *Reichel, BuschsZ. **37** 55. Kann der Schuldner seiner Verpflichtung zur Rechnungslegung nur vermöge der Mitwirkung eines Dritten genügen, so kann der Gläubiger verlangen, daß der Schuldner die ihm gegen den Dritten etwa zustehenden Behelfe (z. B. § 810 BGB.) durchführt. Behauptet der Schuldner, zur Übernahme des Prozeßrisikos außerstande zu sein, so mag ihm der Gläubiger die Prozeßkosten vorschießen oder sicherstellen.

4. *Reichel, BuschsZ. **37** 53. Soll eine Strafe aus § 888 verhängt werden, und behauptet der Schuldner, zur Leistung nicht imstande zu sein, so hat der Gläubiger ihm das Gegenteil nachzuweisen; in dubio pro reo.

5. BayRpflZ. **07** 301, SeuffBl. **07** 801 (München). Die Beitreibung der nach § 888 festgesetzten Geldstrafen erfolgt im Parteibetriebe, nicht von Amts wegen (ebenso **RG. 53** 181 und dort zitierte Literatur). Die im § 208 BayGVGeschAnw. vertretene abweichende Meinung wäre nur dann begründet, wenn die nach § 888 ZPO. verhängte Geldstrafe den Charakter einer Strafe für bewiesenen Ungehorsam hätte (BuschsZ. **26** 451), was — im Gegensatze zu den nach § 890 verhängten Strafen (vgl. Kohler, ACivPr. **80** 254) — nicht zutrifft. — Vgl. JDR. **3** § 888 Ziff. II.

6. S. auch § 894.

§ 890. 1. **RG.** JW. **07** 672. Aus § 890 ergibt sich zwar, daß die Zwangsvollstreckung aus einem auf Unterlassung der Dienste bei einem anderen gerichteten Urteile nicht unmittelbar statthaft ist. Gerade hieraus ergibt sich aber ferner, daß die Verurteilung zu einer solchen Unterlassung zulässig ist.

2. OLG. **14** 188, ElſLothJZ. **07** 304 (Colmar). Als Inhalt der Strafandrohung kann der Hinweis auf „die im § 890 ZPO. vorgeſehene Strafe" genügen, wenn nach der Sachlage kein Zweifel obwaltet, daß der Betroffene die Androhung verſteht. Für zweckmäßig iſt eine derartige Formulierung gleichwohl nicht zu erachten.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **16** 73, R. **07** 707. Auch bei einſtweiliger Verfügung iſt der Höchſtbetrag der Geldſtrafe 1500 M.

4. OLG. **14** 189 (Hamburg) betr. die Rechtsanwaltsgebühren für mehrere Anträge aus § 890, wenn über alle einheitlich verhandelt wird.

§ 893. **RG. 66** 17, SchlHolſtAnz. **07** 268. Als Prozeßgericht erſter Inſtanz im Sinne des § 893 Abſ. 2 iſt ohne Rückſicht auf den Streitwert dasjenige Gericht anzuſehen, bei welchem die frühere Klage anhängig war. Hat das Amtsgericht auf Grund der Vorſchriften über die ſachliche Zuſtändigkeit rechtskräftig ſeine Unzuſtändigkeit ausgeſprochen, ſo iſt dies für das nun angegangene Landgericht mit der Wirkung bindend (§ 11), daß dieſes ſeine Zuſtändigkeit nicht deshalb verneinen kann, weil das Amtsgericht zuſtändig ſei.

§ 894. 1. *Hölder, JheringsJ. **51** 346. Die hier beſtimmte Rechtswirkung iſt weder eine Zwangsvollſtreckung noch ein Surrogat dieſer ſondern etwas, wodurch dieſe überflüſſig wird.

2. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 20. Die Verurteilung zur Zuſtimmung zu einer Auseinanderſetzung (§ 93 FGG.) erſetzt den gerichtlichen Beſtätigungsbeſchluß und macht die Auseinanderſetzungsurkunde vollſtreckbar. Trotz der nach § 894 zu fingierenden Vertragsnatur dieſer Auseinanderſetzung iſt jedoch deren Anfechtung wegen rechtsgeſchäftlicher Mängel infolge der Rechtskraftwirkung des Urteils (vgl. o. Ziff. 2 zu § 256) ausgeſchloſſen, während der bloße Beſtätigungsbeſchluß (§ 91 Abſ. 3 FGG.) einer ſolchen Anfechtung nicht im Wege ſteht.

3. *v. Amelunxen, ZBlFG. **07** 567. Eine Verurteilung zur Abgabe einer vertragsmäßigen Zuſtimmungserklärung (oder zur Verbriefung eines Vertrags) enthält nicht notwendig eine Bindung auch des Klägers (vgl. jedoch o. Ziff. 2 zu § 256).

4. *Müller, WürttZ. **07** 70. Eine analoge Anwendung des § 894 ZPO. auf gerichtliche Vergleiche iſt nicht angängig (dagegen OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 62); demnach kann eine Auflaſſungserklärung in einem Vergleiche vor dem Prozeßrichter nicht wirkſam abgegeben werden.

5. OLG. **14** 190 (Dresden). Das Urteil auf Bewilligung der Eintragung einer Grunddienſtbarkeit braucht nicht den Wortlaut des Eintrags zu geben, deſſen Faſſung ſteht vielmehr dem Grundbuchbeamten zu (§ 874 BGB., § 104 SächſABOGebO.). Aus dem Urteile muß nur deutlich hervorgehen, wie das einzutragende Recht beſchaffen iſt.

6. (§ 888.) ElſLothJZ. **07** 482 (Colmar). Da eine dem § 894 entſprechende Vorſchrift dem franzöſiſchen Rechte unbekannt iſt, iſt ein Urteil, das den Beklagten zur Abgabe einer Erklärung vor einer franzöſiſchen Behörde verurteilt, nach § 888 zu vollſtrecken.

Vierter Abſchnitt. Offenbarungseid und Haft.

§ 900. Literatur: Neumann, Reform des prozeſſualiſchen Offenbarungseids, DJZ. **07** 690.

1. Neumann aaO. verneint die Öffentlichkeit des Offenbarungseidsverfahrens. Da über den Widerſpruch des Schuldners durch einen eine mündliche Verhandlung nicht vorausſetzenden Beſchluß zu entſcheiden ſei, fehle es an einem „erkennenden" Gericht im Sinne des § 170 GVG.

2. a) Schröder, DJZ. **07** 656. Der Amtsrichter darf einen Termin zur Leiſtung des Offenbarungseids nicht anſetzen, wenn ihm nicht der Nachweis erbracht iſt, daß die Vorausſetzungen zum Offenbarungseide vorliegen. **b)** Ermel, R. **07**

1458. Vor der den Beginn der Vollstreckungstätigkeit des Gerichts darstellenden Eidesterminsbestimmung muß vom Gläubiger verlangt werden, daß er die prozessualen Voraussetzungen der Geltendmachung seines Anspruchs nachweist, indem er den mit Zustellungsnachweis versehenen Schuldtitel und das Gerichtsvollzieherprotokoll über die erfolglose Pfändung des Schuldners dem Vollstreckungsgericht vorlegt. — Vgl. JDR. **1** § 900 Ziff. 2, **5** Ziff. 1.

3. OLG. **15** 19 (Hamburg). Der Schriftsatz, der die Ladung enthält, muß die Tatsachen angeben, aus welchen die Zuständigkeit des Amtsgerichts zur Abnahme des Offenbarungseids folgt.

4. HessRspr. **8** 100 (LG. Gießen). Das Vollstreckungsgericht hat lediglich die formale Gültigkeit des dem Offenbarungseidsverfahren zugrunde liegenden Schuldtitels zu prüfen.

5. OLG. **15** 20 (KG.). Nicht die Höhe der beizutreibenden Forderung (so: Seuffert, Gaupp-Stein, Petersen-Anger zu § 900, Walter-Joachim, RAGebO. § 32 Anm. 5), sondern das Interesse, das der Gläubiger an dem Offenbarungseidsverfahren hat, ist für den Streitwert maßgebend. Wird das Verfahren wegen eines Teilbetrags der Forderung betrieben, so stellt dieser das Interesse dar.

§ 901. 1. a) KGBl. **07** 18, 31 (LG. Berlin II). Der Antrag auf Erlaß des Haftbefehls gegen den im Eidesleistungstermine nicht erschienenen Schuldner kann auch nach dem Termine schriftlich gestellt werden. AM. **b**) JustBbl. **07** 40 (LG. München). Vgl. JDR. **4** § 901 Ziff. 1 a, **5** § 901 Ziff. 1.

2. Krankheit als Entschuldigungsgrund. **a**) OLG. **14** 213, HansGZ. **07** Beibl. 94 (Hamburg). Ist der Schuldner durch Krankheit verhindert, im Eidesleistungstermine zu erscheinen, so ist Haftbefehl aus § 901 gegen ihn nicht zu erlassen. Ist dies gleichwohl geschehen, so kann der Schuldner den Beschluß im Wege der sofortigen Beschwerde anfechten, auch wenn vor Erlaß des Haftbefehls das Amtsgericht von dem Grunde des Nichterscheinens keine Kenntnis erlangt hatte. **b**) Bad. Rpr. **07** 298 (Karlsruhe). Gegen den Schuldner, der durch Krankheit am Erscheinen im Termine zur Eidesleistung verhindert ist, ist Haftbefehl nicht zu erlassen. **c**) OLG. **15** 170 (KG.). Krankheit entschuldigt das Ausbleiben des Schuldners im Eidesleistungstermine nur dann, wenn dargetan wird, daß er zum Erscheinen im Termin und zur Abgabe der Widerspruchserklärung physisch nicht imstande ist. **d**) OLG. **14** 195 (KG.). Ein schweres Nervenleiden, das den Schuldner nicht unfähig machte, vor Gericht zu erscheinen, wurde als ausreichender Grund zur Verweigerung der Eidesleistung nicht erachtet. Vgl. JDR. **1** § 901 Ziff. 5, **4** Ziff. 2)

3. OLG. **15** 20 (KG.). Die Erklärung des Schuldners, er stehe mit seinen Gläubigern in Vergleichsverhandlungen und wolle deshalb den Eid nicht leisten, stellt nur eine grundlose Verweigerung des Eides, nicht ein Bestreiten der Verpflichtung zur Eidesleistung dar.

4. OLG. **15** 17 (Breslau). Der Haftbefehl ist keine eine vorgängige Prüfung erfordernde „Entscheidung", sondern eine „Anordnung", durch welche lediglich die durch das Gesetz gegebene notwendige Folge zum Ausdrucke gelangt. Die Anordnung der Haft gegen den säumigen Schuldner unterliegt daher nicht den §§ 329 Abs. 3 u. 793. Es ist also weder eine Zustellung des Haftbefehls von Amts wegen geboten (vgl. auch § 909), noch gegen den zugestellten oder verkündeten Haftbefehl die sofortige Beschwerde gegeben. Der Schuldner kann vielmehr dem Haftbefehle gegenüber nur Einwendungen oder Erinnerungen aus § 766 erheben. Erst gegen die hierauf ergehende Entscheidung des Vollstreckungsgerichts ist sofortige Beschwerde gegeben (§ 793). Ebenso LG. Dresden, BuschsZ. **21** 512, Lobe, SächsA. **5** 117. — Dagegen verharrt das KG., OLG. **15** 294 unter Würdigung der Gegengründe des OLG. Breslau bei seiner bisherigen Ansicht, daß gegen den Beschluß,

durch den die Haft angeordnet werde, gemäß § 793 sofortige Beschwerde stattfinde. Das OLG. Breslau unterscheide nicht zwischen dem Beschlusse, durch den gemäß § 901 die Haft „angeordnet" werde, und dem „Haftbefehle", den das Gericht nach § 908 „bei Anordnung der Haft" zu erlassen habe. Ersterer sei mangels Verkündung von Amts wegen beiden Parteien zuzustellen (§ 329 Abs. 3), letzterer nicht (§§ 908, 909). Aus dem Ausdruck „Anordnung", der kein technischer sei (§§ 141, 142, 143, 144, 246, 390 Abs. 2, 656), folge nichts dagegen, daß die Anordnung der Haft eine „Entscheidung" — nämlich über den vom Gläubiger gestellten Haftantrag — sei. — Wie das KG. auch OLG. Hamburg, HansGZ. **07** Beibl. 94.

5. Über die Frage, ob das Amtsgericht dem Schuldner, der sich nach Erlaß des Haftbefehls freiwillig zur Leistung des Eides erbietet, den Eid ohne weiteres ohne Zuziehung des Gläubigers abzunehmen habe oder ob zu verlangen sei, daß der Schuldner den Gläubiger zu einem neuen Termine lade, sind zwei einander widersprechende Entscheidungen des X. und des XI ZS. des KG. vom 13. bzw. 12. Februar 1907 (OLG. **14** 190) ergangen. Der X. Sen. läßt in entsprechender Anwendung des § 902 Abs. 1 in Verbindung mit § 900 Abs. 2 ohne weiteres die Eidesabnahme zu. Ebenso R e i n c k e, ZPO. 823 §§ 900—903. Der XI. Sen. verlangt vorgängige Ladung des Gläubigers (ebenso F r a n c k e, Offenbarungseid 70, F i s c h e r GruchotsBeitr. **25** 637, K r e c h, GruchotsBeitr. **26** 271, W i l m o w s k i - L e v y, P e t e r s e n), da der Gläubiger ein Recht darauf habe, darauf hinzuwirken, daß der Schuldner sein Vermögen vollständig und sachgemäß deklariere, und ein dringendes Interesse, von der offengelegten Vermögenslage des Schuldners s o f o r t Kenntnis zu erhalten.

§ 903. 1. a) OLG. **14** 194, PosMSchr. **07** 15 (Posen). War das frühere beschworene Vermögensverzeichnis unvollständig, so steht die frühere Eidesleistung der Pflicht des Schuldners zu neuer Eidesleistung nicht entgegen (OLG. **2** 358, **13** 226) Dagegen **b)** OLG. **15** 20 (Hamburg). Der Schuldner kann sich auf die frühere Eidesleistung auch dann berufen, wenn das ihr zugrunde liegende Vermögensverzeichnis mangelhaft, insbesondere nicht genügend spezifiziert war und nicht erkennen ließ, welche der benannten Gegenstände pfändbar waren. — Vgl. JDR. **1** § 903 Ziff. 4, **3** I 1, **5** Ziff. 2.

2. OLG. **14** 194 (KG.). Der Umstand, daß der Schuldner nach der früheren Eidesleistung eine Anstellung mit Gehalt erhalten hat, macht neuen Vermögenserwerb nicht glaubhaft, wenn das Gehalt zum Unterhalte des Schuldners und seiner Familie notwendig ist.

3. BuschsZ. **36** 353 (LG. Dresden). Der Schuldner kann sich auf die frühere Eidesleistung auch noch nach Erlaß des Haftbeschlusses berufen. Hierdurch wird aber der Haftzwang nicht ohne weiteres gehemmt. Der Schuldner muß vielmehr die frühere Eidesleistung im Wege des Widerspruchs bei dem Vollstreckungsgerichte geltend machen und die Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 769 erwirken. Vgl. JDR. **1** § 903 Ziff. 1, 2, **3** II 2, **4** 2, **5** 3b, c, d.

§ 906. BayRpflZ. **07** 438 (München). Die Einwendung, daß der Schuldner nicht in der Lage sei, die angeordnete Haft ohne Gefährdung seiner Gesundheit zu ertragen, kann nicht zur Aufhebung des Haftbefehls, sondern nur zur Einstellung des Haftvollzugs führen. Das Mittel zur Herbeiführung dieser Einstellung ist die Einwendung beim Vollstreckungsgerichte nach § 766.

§ 909. PosMSchr. **07** 95 (Posen). Es ist lediglich Sache des Vormundes des minderjährigen Gläubigers, den zuständigen Gerichtsvollzieher mit der Verhaftung des Schuldners zur Erzwingung des Offenbarungseids zu beauftragen. Es kann aber nicht im Wege der Rechtshilfe (§§ 157 ff. GVG.) vom Vormundschaftsgerichte das zuständige Wohnortsamtsgericht um Anweisung des Gerichtsvollziehers zur Verhaftung ersucht werden.

§ 915. a) *K ö n i g s b e r g e r, Die berufliche Auskunfterteilung (Stuttgart 1907) 44. Ein allgemeines Recht auf Erteilung von Abschriften oder Auszügen aus den Schuldnerlisten besteht nicht, kann jedoch von den Landesjustizverwaltungen eingeräumt werden. Dagegen ist jedermann befugt, sich bei Einsicht der Verzeichnisse eigenhändig Abschriften usw. anzufertigen. Im übrigen besteht gegenüber der Gerichtsschreiberei nur ein Recht auf schriftliche oder mündliche Auskunft, ob eine bestimmte Person im Verzeichnisse steht oder nicht. b) NaumburgAK. **07** 81, Rhein. ARV. **07** 85 (LG. Cöln). Jeder Dritte kann zwar eine Abschrift des Schuldnerverzeichnisses, nicht aber — auch wenn er Gläubiger des Schuldners ist — Abschrift des Protokolls über den Termin zur Leistung des Offenbarungseids und des Vermögensverzeichnisses verlangen. Als Dritter hat er, vorausgesetzt, daß er sein rechtliches Interesse nachweist, nur Anspruch auf Akten e i n s i c h t (§ 299 Abs. 2 ZPO.). Vgl. IDR. **1** § 915 Ziff 2, **4** 1, 2.

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügungen.

§ 916. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1080, JW. **07** 203, SeuffA. **62** 303, R. **07** 456. Die Sicherung des Kindes wegen Gefährdung seines Vermögens durch den dasselbe verwaltenden Vater kann außer durch die nach §§ 1667, 1668, 1670 BGB. vom Vormundschaftsgerichte zu ergreifenden Maßnahmen auch im Wege des Arrestes gegen den Vater erreicht werden. Das Arrestverfahren hat aber wesentlich andere Voraussetzungen als das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts. Während es für letzteres genügt, daß der Vater in Vermögensverfall gerät, hat das Arrestverfahren nach der grundlegenden Entscheidung **RG. 3** 416 zur Voraussetzung die Besorgnis, daß der Vater Vermögensstücke beseitige und dadurch dem Kinde das Befriedigungsobjekt entziehe.

2. OLG. **15** 21, SeuffA. **62** 432, R. **07** 837 (Hamburg). Der Arrest setzt eine in Deutschland vollstreckbare oder vollstreckbar zu machende Forderung voraus. Unter dieser Voraussetzung kann ihn auch ein Ausländer gegen einen Ausländer beantragen (vgl. G a u p p - S t e i n § 917 Note 19). Es steht daher dem Arrestverfahren nicht entgegen, daß die Arrestforderung schon durch ausländisches Urteil festgestellt ist, soweit sich der Arrestkläger gemäß § 722 ein deutsches Vollstreckungsurteil zu verschaffen in der Lage ist.

3. R. **07** 1542 (Hamburg). Wenn sich die Parteien auch bezüglich des dem Arreste zugrunde liegenden Anspruchs einem Schiedsgericht unterworfen haben, ist doch der Erlaß des Arrestes Sache der ordentlichen Gerichte, da nur diesen die erforderlichen Zwangsmittel zur Verfügung stehen.

4. OLG. **15** 22 (Hamburg). Es ist unzulässig, den in erster Instanz zurückgewiesenen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung in der Beschwerdeinstanz in einen Arrestantrag umzuwandeln.

§ 917. 1. **RG.** JW. **07** 839. Die Möglichkeit, daß dem Antragsteller andere Gläubiger durch früher gestellte Vollstreckungsaufträge zuvorkommen, bildet keinen Arrestgrund.

2. R. **07** 640 (Hamburg). Voraussetzung des Arrestes ist nicht eine Absicht des Schuldners, seine Vermögensgegenstände dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen; es genügt vielmehr, daß tatsächlich durch eine vom Gläubiger beabsichtigte Veräußerung die Zwangsvollstreckung ohne Verhängung des Arrestes vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

§ 920. OLG. **15** 21 (Hamburg). Auch für die Prozeßvoraussetzungen (z. B. die Parteifähigkeit) ist im Arrestverfahren Glaubhaftmachung erforderlich und genügend.

§ 921. OLG. **15** 295 (KG.). Mit dem Eingange des Arrestgesuchs ist der Anspruch auf Sicherung der Forderung rechtshängig geworden. In sinngemäßer Anwendung des § 265 ist daher anzunehmen, daß die Legitimation des bisherigen Gläu-

bigers zur Durchführung des Verfahrens durch eine nach dem Eingange des Arrestgesuchs erfolgende Abtretung der Forderung nicht berührt wird.

§ 922. Abs. 3. BreslauAK. **07** 7 (LG. Glatz). Aus der Vorschrift, daß der Beschluß, durch welchen ein Arrestgesuch zurückgewiesen wird, dem Gegner nicht mitzuteilen ist, ergibt sich, daß der Gegner auch kein Recht auf Erteilung einer Abschrift des Arrestantrags und seiner Anlagen hat.

§ 924. (§ 936.) 1. **RG.** R. **07** 1542. Im Widerspruchsverfahren können vom Antragsteller auch solche neue Tatsachen vorgebracht werden, die erst nach dem Erlasse der einstweiligen Verfügung sich ereignet haben. Dies gilt auch bezüglich der Legitimation des Antragstellers (nachträgliche Annahme des Testamentsvollstreckeramts durch den Antragsteller).

2. **RG.** BadRpr. **07** 25. Eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung einer Behauptung ist aufzuheben, wenn im Laufe des Rechtsstreits die Befürchtung einer Wiederholung der Behauptung fortfällt.

3. OLG. **14** 214 (Dresden). Für die Beurteilung des Widerspruchs ist nicht der Sachstand im Zeitpunkte des Erlasses der einstweiligen Verfügung maßgebend, sondern derjenige zur Zeit des Schlusses der mündlichen Verhandlung über den Widerspruch. Handelt es sich um den Widerspruch gegen eine zeitlich begrenzte Verfügung und ist der Zeitraum, für den sie erlassen ist, bereits abgelaufen, so ist zu prüfen, ob die Verfügung bis zu dem Zeitpunkte gerechtfertigt war, wo sie ihr bestimmungsmäßiges Ende erreichte.

4. OLG. **14** 214 (Dresden). Auch wenn sich die einstweilige Verfügung nach ihrem Inhalte nur auf die Dauer des Hauptprozesses erstreckt, wird der Widerspruch, der sich darauf stützt, daß die Verfügung von Anfang an ungerechtfertigt war, nicht dadurch gegenstandslos, daß der Hauptprozeß rechtskräftig erledigt ist.

5. PosMSchr. **07** 80 (LG. Graudenz). Wenn auch die Zwangsvollstreckung aus einstweiligen Verfügungen weder aus §§ 767, 769 noch aus §§ 707, 719 eingestellt werden kann, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß, wenn Widerspruch erhoben ist, das Gericht die Vollziehung der einstweiligen Verfügung vorläufig aussetzt. Andernfalls würde unter Umständen dem Beklagten die Möglichkeit zur erfolgreichen Durchführung des Widerspruchs abgeschnitten.

§ 925. R. **07** 1268 (Frankfurt). Ein von einem unzuständigen Gericht erlassener Arrestbefehl ist infolge Widerspruchs auch dann aufzugeben, wenn nachträglich die Zuständigkeit des Gerichts dadurch, daß die Hauptsache bei ihm anhängig wurde, begründet worden ist.

§ 926. SeuffA. **62** 213 (München). Arrestgericht im Sinne des § 926 ist dasjenige Gericht, welches der Gläubiger als das nach § 919 für die Anordnung des Arrestes zuständige Gericht angegangen hat, nicht das Beschwerdegericht, das den von der unteren Instanz versagten Arrest angeordnet hat.

§ 927. (§ 929 Abs. 2.) R. **07** 1412 (Stuttgart). Im Widerspruchsverfahren ist die Aufhebung des Arrestbefehls in der Berufungsinstanz „wegen veränderter Umständ " auch dann zulässig, wenn der Arrest wegen Nichteinhaltung der im § 929 Abs. 2 bezeichneten Frist nicht mehr vollzogen werden kann (**RG. 51** 129).

§ 928. Obkircher, BadRpr. **07** 306. Zu den gemäß § 928 ZPO. auf die Vollziehung des Arrestes entsprechende Anwendung findenden Vorschriften über die Zwangsvollstreckung gehört auch die des § 733 ZPO., wonach eine weitere vollstreckbare Ausfertigung des Urteils derselben Partei nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden darf.

§ 929. I. **RG.** JW. **07** 839. Der Arrestbeschluß kann auch dem Generalbevollmächtigten zugestellt werden.

II. Abs. 2. 1. a) SeuffA. **62** 301 (Hamburg). Mit der Rechtsprechung (SeuffA. **46** Ziff. 149, OLG. **2** 358, **3** 445) gegen die Literatur (bei Seuffert zu § 929

Ziff. 2) ist anzunehmen, daß die Benachrichtigung gemäß § 845 eine Arrestvollziehung im Sinne des § 929 Abs. 2 ist. Ebenso b) BadRpr. **07** 61 (LG. Mannheim). Zur Wahrung der Frist des § 929 Abs. 2 genügt es, wenn die Pfändungsankündigung (§ 845) rechtzeitig zugestellt wird, sofern dieser demnächst die Pfändung binnen 3 Wochen (§ 845 Abs. 2) nachfolgt.

2. OLG. **14** 201 (KG.). Bei der Pfändung einer Briefhypothek (§ 830) stellt die Fortnahme des Hypothekenbriefs eine selbständige Vollstreckungsmaßregel dar. Auch die Fortnahme muß daher bei einer Arrestpfändung innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 erfolgen. Dasselbe gilt von der Abnahme des Offenbarungseids aus § 883, wenn der Brief vom Gerichtsvollzieher beim Schuldner nicht vorzufinden ist (vgl. auch oben zu § 807 Ziff. 4a).

3. KGBl. **07** 75 (KG.). Die Vorschriften über die Zustellungsfristen für Vollziehung der Arrestbefehle finden auch auf einstweilige Verfügungen Anwendung. Ist daher auf Grund einer einstweiligen Verfügung die Eintragung der Vormerkung für eine Sicherungshypothek auf dem Grundstücke des Schuldners erfolgt (§§ 885, 648 BGB.), so kann der Schuldner die Löschung der Vormerkung verlangen, wenn ihm die einstweilige Verfügung nicht binnen der zweiwöchigen Frist des § 929 Abs. 2 ZPO. zugestellt ist. Es macht dabei keinen Unterschied, ob die Eintragung der Vormerkung auf Antrag der Partei oder auf Ersuchen der Gerichts (§ 941 ZPO.) erfolgt ist.

4. R. **07** 707 (Colmar). Mit der weiteren Beschwerde kann die Rüge, der Gläubiger habe die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 nicht innegehalten, nicht mehr geltend gemacht werden, wenn diese Rüge in den Vorinstanzen nicht erhoben ist (§ 295 Abs. 1).

5. SächsOLG. **27** 259 vgl. o. zu § 885 BGB.

§ 930. 1. R. **07** 1412 (Stuttgart). Die Forderungspfändung kann auch mit einem durch Sicherheitsleistung bedingten Arrestbefehle verbunden werden.

2. Abs. 2. SächsRpflA. **07** 134, SächsOLG. **28** 161 (Dresden). Wird der Versteigerungserlös gemäß § 930 Abs. 2 vom Gerichtsvollzieher hinterlegt, so wird er damit der Verfügung der Hinterlegungsstelle unterstellt. Für das bei Auszahlung des Erlöses zu beobachtende Verfahren sind daher die Vorschriften des SächsG. vom 15. Juni 1900 §§ 102 ff. maßgebend.

§ 932. (§ 866.) ElsLothJZ. **07** 81 (Colmar). Die §§ 866, 932 verpflichten den Schuldner nicht, dem Gläubiger eine Sicherungshypothek einzuräumen. Sie gewähren lediglich dem Gläubiger die Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung durch Eintragung einer Sicherungshypothek vorzunehmen. Eine Zwangsvollstreckung im Wege der Vormerkung ist unzulässig.

§ 935. I. Anwendungsfälle (s. auch § 940). 1. **RG.** JW. **07** 833. Zur Sicherung des Anfechtungsrechts bezüglich der Schenkung eines Grundstücks seitens des Schuldners an einen Dritten kann eine einstweilige Verfügung erlassen werden. Diese ist gemäß § 938 Abs. 2 ZPO. darauf zu richten, daß dem Dritterwerber die Veräußerung, Belastung und Verpfändung des Grundstücks untersagt wird. Nach § 892 Abs. 1 BGB. ist die Eintragung einer solchen Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch zulässig. Zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs kann jedoch weder eine Vormerkung noch ein Widerspruch dienen.

2. OLG. **15** 23 (Hamburg). Aussetzung aus dem Besitz eines Grundstücks durch einstweilige Verfügung: Steht dem Antragsgegner wegen Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht (§§ 1000, 996 BGB.) zu, wäre von ihm daher auch im ordentlichen Prozeß nur Herausgabe Zug um Zug gegen Befriedigung seiner Gegenansprüche (§ 273 Abs. 2 BGB.) zu erlangen, so ist es nicht angängig, ihm im summarischen Verfahren schlechthin die Pflicht zur Räumung aufzuerlegen. Eine prozessuale Sicherheit, von deren Leistung die Räumungspflicht abhängig gemacht ist, genügt nicht, um die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nach § 273

Abs. 3 abzuwenden. — Hat der Antragsgegner auf Grund der zu Unrecht ohne Rücksicht auf die Gegenansprüche erlassenen einstweiligen Verfügung das Grundstück geräumt, so hat das Berufungsgericht auf seinen Antrag nicht nur die Verfügung aufzuheben, sondern gleichzeitig seine Wiedereinsetzung in den Besitz anzuordnen. Der Vollzug dieser — lediglich den ursprünglichen Klagantrag zurückweisenden — Entscheidung kann vom Kläger nicht gemäß § 713 durch Sicherheitsleistung abgewendet werden.

3. **RG.** R. **07** 1269. Ist unter den Eheleuten ein völliges Zerwürfnis eingetreten und erscheint, sei es zur Verhinderung der Vereitelung der Rechte der Frau (§ 935), sei es zum Zwecke der einstweiligen Regelung der Wirtschaftsverhältnisse der Eheleute (§ 940) erforderlich, so ist es nicht unzulässig, daß dem Ehemann im Wege der einstweiligen Verfügung die Verwaltung und Nutznießung am Vermögen der Frau vorläufig entzogen und der Frau vorläufig der Besitz, die Verwaltung und Nutznießung an demselben zugesprochen wird. Die endgültige Entscheidung über die Aufhebung der Rechte des Mannes bleibt dem ordentlichen Verfahren vorbehalten (§ 1418 BGB.).

II Anwendbarkeit verneint. 1. PosMSchr. **07** 79 (Posen). Der auf Wandelung klagende Käufer kann weder auf Grund des § 935 noch auf Grund des § 940 verlangen, daß ihm durch einstweilige Verfügung gestattet werde, die Kaufsache zu versteigern.

2. SeuffBl. **07** 1109 (Dresden). Die Abberufung des Liquidators einer GmbH. kann nicht im Wege der einstweiligen Verfügung erfolgen. Sie unterliegt vielmehr lediglich dem in §§ 148, 145 ff und 1 ff. RFGG. geregelten Beschlußverfahren.

§ 937. 1. SeuffBl. **07** 81 (Augsburg). Ist die Hauptsache noch nicht anhängig, so gilt als für den Erlaß der einstweiligen Verfügung zuständig dasjenige Gericht, bei welchem die Hauptsache nach den Regeln der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit anhängig gemacht werden kann. Anderenfalls ist das Gericht der Hauptsache dasjenige Gericht, bei welchem der Hauptprozeß schwebt. Nur in ersterem Falle ist im Verfahren über die einstweilige Verfügung die Zuständigkeit des Gerichts für die Hauptsache zu prüfen, nicht auch in letzterem Falle, in welchem die Rechtshängigkeit der Hauptsache von selbst zunächst die Zuständigkeit zur Anordnung vorläufiger Maßnahmen begründet. Maßgebend ist der Tag der Anbringung des Gesuchs um einstweilige Verfügung, nicht der Zeitpunkt der Ladung des Gegners nach etwaiger Anordnung der mündlichen Verhandlung, außer wenn die Ladung einen abgeänderten, als neues Gesuch sich darstellenden Antrag enthält.

2. **RG.** R. **07** 1078. Das Berufungsgericht ist für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung auch dann zuständig, wenn von ihm zu der Hauptsache erst nach Eingang des Gesuchs um Erlaß der einstweiligen Verfügung ein Anspruch erhoben wurde.

§ 938. **RG.** SächsRpflA. **07** 418, LeipzZ. **07** 504, R. **07** 641. Das dem Gerichte bezüglich der anzuordnenden Maßregeln eingeräumte freie Ermessen endet da, wo seine Anwendung zur Willkür werden würde. Die Anordnung des Gerichts darf daher nicht sich unmittelbar gegen dritte, am Rechtsstreite nicht teilnehmende Personen richten und in deren Rechte eingreifen. Die Vollziehung der geforderten einstweiligen Verfügung würde aber dem Erfolge nach dem Dritten die Teilnahme des Klägers am Gesellschaftsverhältnis aufzwingen.

§ 940. I. Allgemeines. 1. SchlHolstAnz. **07** 318 (Kiel). Für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung ist die Gefährdung eines Anspruchs erforderlich, der dem Berechtigten vom Schuldner streitig gemacht wird. Es genügt nicht, daß der Anspruch von dritter Seite gefährdet ist.

2. OLG. **15** 170 (Braunschweig). Da im Hauptprozesse gerade darüber gestritten wurde, ob die Klägerin sich an Stelle der von ihr beanspruchten Unterhaltsrente

vom Beklagten, ihrem Vater, Naturalverpflegung in seiner Behausung oder in einem Sanatorium gefallen lassen müsse, wurde es abgelehnt, dieselbe Frage schon in dem Verfahren betr. die einstweilige Verfügung zu entscheiden, nachdem in sachgemäßer Weise dem Beklagten durch einstweilige Verfügung für die Dauer des Hauptprozesses die Unterhaltsgewährung in Geld auferlegt war.

3. **RG.** R. **07** 900. Auch im Falle des § 940 kann das Gericht, ohne an den Wortlaut des Antrags gebunden zu sein, nach freiem Ermessen die zur Erreichung des Zweckes der einstweiligen Verfügung erforderlichen Anordnungen treffen.

II. Anwendungsfälle (s. auch § 935). 1. OLG. **15** 297 (KG.). Zur Verhütung wesentlicher Nachteile für den Gläubiger kann es erforderlich werden, daß für ein nach § 928 BGB. aufgegebenes Grundstück außer einem gemäß § 787 ZPO. bestellten Vertreter noch im Wege der einstweiligen Verfügung ein Sequester (§ 938 ZPO.) bestellt wird, der für eine ordnungsmäßige Verwaltung des Grundstücks bis zum Eintritt eines neuen Eigentümers sorgt.

2. **RG.** R. **07** 1543. Auch in einem Rechtsstreit, in welchem der Kaufpreis eingeklagt wird, kann im Wege der einstweiligen Verfügung die öffentliche Versteigerung der Ware angeordnet werden, falls deren Verderb zu befürchten ist (s. zu § 935 Ziff. II 1).

3. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns. a) Die Frage, ob in dem Falle, wo im Ehescheidungsprozesse die beklagte Ehefrau das Armenrecht erlangt hat und unter dem Beistand eines Armenanwalts prozessiert, der an sich vorschußpflichtige Ehemann durch einstweilige Verfügung zur Vorschußleistung anzuhalten sei, ist (SeuffBl. **62** 40) vom I. ZS. des OLG. Hamburg bejaht — weil die Frau in ihrem Kredit und ihrer sozialen Lebensstellung eine wesentliche Benachteiligung dadurch erleide, daß sie gezwungen werde, im Armenrechte zu prozessieren — vom II. ZS. verneint, weil ein dringendes Bedürfnis regelmäßig nicht vorliege. b) **RG.** SeuffA. **62** 42 (= PosMSchr. **06** 82, JDR. **5** Ziff. 4 b). Die Kostenvorschußpflicht des Ehemanns wird nicht dadurch beseitigt, daß die Ehefrau das Armenrecht erlangen kann. Dahingestellt bleibt, ob sie dadurch fortfällt, daß die Ehefrau oder der Ehemann, oder beide Parteien das Armenrecht erhalten haben. c) **RG.** SeuffA. **62** 44, GruchotsBeitr. **51** 385. Die Verpflichtung des Ehemanns zur Zahlung des Kostenvorschusses wird nach § 1387 Ziff. 1 BGB. und § 115 ZPO. grundsätzlich dadurch nicht berührt, da ihm das Armenrecht bewilligt ist. Häufig gibt erst die Zwangsvollstreckung sicheren Aufschluß über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. — Vgl. JDR. **3** § 940 III, **4** 1 f, **5** 4.

4. OLG. **15** 23, R. **07** 518 (Colmar). Durch einstweilige Verfügung kann die vorläufige Aufhebung einer Fahrnisgemeinschaft angeordnet werden (vgl. Schmidt-Habicht Anm. 5 zu § 1391 BGB., Freudenthal Anm. 2 zu § 940 ZPO., JW. **05** 179). S. auch zu § 935 I 3.

5. a) HansGZ. **07** Hptbl. 97 (Hamburg). Erlaß einer einstweiligen Verfügung zum Schutze des Patentberechtigten: Mit Rücksicht auf die besondere Natur des zeitlich beschränkten Patentrechts (§ 7 PatG.) muß in der Regel ein wesentlicher Nachteil für den Patentberechtigten schon darin gefunden werden, daß er während der bei der in Aussicht stehenden umfangreichen und schwierigen Beweisaufnahme voraussichtlich langen Dauer des Hauptprozesses in der Ausübung seines Rechtes gestört wird (Seligsohn Anm. 24, Isay Anm. 170, Allfeld Anm. 13 c zu § 4 PatG., Kohler, Handbuch des Patentrechts 881). b) **RG.** LeipzZ. **07** 828, R. **07** 1542. Wer gegenüber der Bezichtigung einer Patentverletzung den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt, hat nicht nur die Bezichtigung glaubhaft zu machen, sondern auch, daß die Bezichtigung eine unberechtigte ist, daß ihm also die vom Gegner behauptete Patentverletzung nicht zur Last fällt.

6. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1083, JW. **07** 485. Im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß § 940 kann dem Fideikommißbesitzer aufgegeben werden, dem von der Fideikommißbehörde beauftragten Kurator die Besichtigung des Fideikommißguts zwecks Ausübung des Aufsichtsrechts zu gestatten.

III. Anwendbarkeit verneint: SeuffA. **62** 341 (Hamburg) = OLG. **13** 236, s. JDR. **5** § 940 Ziff. 4 b, betr. Verbot gegen einen Schauspieler auf fremder Bühne aufzutreten. Nachteile als durch hohe Konventionalstrafe gesichert anzusehen.

§ 942. 1. HansGZ. **07** Beibl. 287 (Hamburg). Die dem Amtsgericht im § 942 eingeräumte Zuständigkeit sowohl in dinglichen Fällen (Abs. 1) wie zur Anordnung der Eintragung von Vormerkungen (Abs. 2) ist, wie sich aus dem klaren Wortlaute von Abs. 1 und 3 ergibt, auf den Erlaß und die Aufhebung der einstweiligen Verfügung beschränkt. Sie erstreckt sich nicht auf andere im Arrestfalle dem Arrestgerichte zustehende Verfügungen, z. B. auf die Fristbestimmung zur Erhebung der Klage aus § 926.

2. **RG.** SächsRpfA. **07** 276, HansGZ. **07** Beibl. 71, = **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1113 (s. JDR. **5** § 942 Ziff. 2 a) betr. die Frage, welcher Zeitpunkt für die Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit einer einstweiligen Verfügung entscheidend ist.

3. SeuffA. **62** 47 (Hamburg) = OLG. **13** 242 s. JDR. **5** § 942 Ziff. 2 b, betr. Einfluß einer nachträglichen Änderung in der Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache auf das Verfahren über die Rechtmäßigkeit einer gemäß § 942 erlassenen einstweiligen Verfügung.

4. Fromm, DJZ. **07** 530. Auch in den Fällen des § 942 Abs. 2 ZPO. hat die Bestimmung der dort erwähnten Frist durch das Amtsgericht zu erfolgen. Ebenso Petersen-Anger (5) Anm. 4 zu § 942. Abweichend Gaupp-Stein (6/7) Anm. 5 zu § 942. Hierfür spricht außer der Stellung der Vorschrift der Zweck des § 942, eine Beschleunigung des Verfahrens herbeizuführen.

§ 945. I. Rechtlicher Charakter der Vorschrift. 1. OLG. **15** 297 (Breslau). Die Haftung aus § 945 ist als solche aus unerlaubter Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB. anzusehen. Dies ergibt schon die Entstehungsgeschichte (Prot. II 671, 274). Für § 945 treffen aber auch die Gründe zu, aus denen das **RG.** **53** 114, **57** 52, **58** 335, **60** 300 die Haftung aus § 1 HaftpflG. für eine auf unerlaubter Handlung beruhende erklärt hat. § 945 beruht, ebenso wie die §§ 302, 600, 717, auf dem Gedanken der Gefährdungshaftung, der auch den §§ 833, 835 BGB. zugrunde liegt. Die Verjährung des Anspruchs aus § 945 richtet sich daher nach § 852 BGB. Sie beginnt — in der Mehrzahl der Fälle — mit der Aufhebung des unrechtmäßigen Arrestes.

2. **RG.** **65** 66, JW. **07** 145. Die besondere Bedeutung des durch die Novelle neu eingefügten § 945 liegt einmal darin, daß die Schadensersatzpflicht der Partei, zu deren Gunsten die aufgehobene Maßregel angeordnet war, unabhängig davon besteht, ob der Partei ein Verschulden bei Erwirkung der Maßregel zur Last fällt oder nicht; sodann darin, daß die Feststellung, die in dem den Arrest oder die einstweilige Verfügung betreffenden Verfahren über die Nichtberechtigung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung getroffen wird, für den demnächstigen Schadensersatzprozeß bindend ist. Dagegen ist die Frage, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden ist, nach den hierfür geltenden allgemeinen Vorschriften zu entscheiden. Die Möglichkeit eines durch den Vollzug der Maßregel erwachsenen Schadens ist nur da gegeben, wo der Inhalt der Maßregel über das hinausgreift, was der Schadensersatzpflichtige kraft des ihm zustehenden Rechtes beanspruchen darf. Geht der Anspruch auf ein Unterlassen und war dem Gegner durch die demnächst aufgehobene einstweilige Verfügung nichts weiter aufgegeben, als sich einer Zuwiderhandlung

gegen die ihm obliegende Unterlassungspflicht zu enthalten, so ist für einen Schaden, der dem Unterlassungspflichtigen durch die Respektierung des gerichtlichen Verbots erwachsen sein könnte, überhaupt kein Raum. Die Aussetzung des Schadensersatzprozesses bis zur Erledigung des Rechtsstreits über die Unterlassungspflicht gemäß § 148 ist daher gerechtfertigt.

II. Anwendung. 1. R. **07** 66 (Colmar). § 945 umfaßt, wie seine Fassung erkennen läßt, auch die Schadensersatzpflicht des Arrestgläubigers für einen von Anfang an wegen formeller Mängel ungerechtfertigten Arrest. § 945 enthält eine materiell-rechtliche Bestimmung, bei deren Anwendung §§ 249 ff., 823 ff. BGB. Platz greifen.

2. KGBl. **07** 9 (KG., 16. ZS.). Ist der Arrest im Widerspruchsverfahren bestätigt, so ist das mit einer Schadensersatzklage aus § 945 befaßte Gericht nicht mehr in der Lage, die Frage der Zulässigkeit des Arrestes selbständig nachzuprüfen.

3. **RG. 65** 196, JW. **07** 208. Während in den — im § 945 in zweiter Linie hervorgehobenen — Fällen den §§ 936 Abs. 2 und 942 Abs. 3 die gerichtliche Aufhebung der angeordneten Maßregel die Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch bildet, ist dieser Anspruch in dem an erster Stelle erwähnten Falle, daß sich „die Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist," lediglich an diese Tatsache geknüpft. Dafür, daß diese Voraussetzung nur von dem Gericht im Widerspruchsverfahren, nicht auch von demjenigen Gerichte, das über den Schadensersatzanspruch zu entscheiden hat, festgestellt werden könnte, fehlt im Gesetze jeder Anhalt. Wenn das RG. in dem Falle, daß ein Arrest im Widerspruchsverfahren aufgehoben würde, das bezüglich des Schadensersatzes angegangene Gericht als an diese Entscheidung gebunden und nicht für berechtigt erklärt hat, die Frage der Unrechtmäßigkeit des Arrestes nachzuprüfen (**RG. 58** 236, **59** 355; s. JDR. **3** § 945 Ziff. 2, **4** § 945 Ziff. 3), so folgt daraus nicht, daß auch in dem Falle, wo eine Entscheidung im Widerspruchsverfahren nicht erfolgt ist, das wegen des Schadensersatzanspruchs ergangene Gericht die Frage der Rechtmäßigkeit des Arrestes nicht selbständig prüfen dürfte.

III. 1. **RG. 65** 196. In dem Abschluß eines Vergleichs im Widerspruchsverfahren, durch welchen der Arrestgläubiger in die Aufhebung des Arrestes einwilligt, liegt nicht die Anerkennung, daß der Arrest von vornherein unberechtigt war.

2. **RG.** R. **07** 837. Die Vollziehung des Arrestbefehls beginnt schon mit der Erwirkung eines Pfändungsbeschlusses.

IV. **RG.** R. **07** 1412. Die allgemeine Behauptung, daß durch den Arrest der Kredit geschädigt sei, reicht als Grundlage für den Schadensersatzanspruch aus § 945 nicht aus.

V. (§ 254 BGB.) **a) RG.** R. **07** 837. Auch im Falle des § 945 ZPO. findet § 245 BGB. Anwendung. Ein mitwirkendes Verschulden des Arrestschuldners liegt aber darin nicht, daß er es unterläßt, auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urteils, durch das die Aufhebung des Arrestes angeordnet wird, die Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln zu betreiben, da der Schuldner hierbei Gefahr laufen würde, sich aus § 717 Abs. 2 ZPO. selbst schadensersatzpflichtig zu machen. **b)** R. **07** 1145 (Frankfurt). Auch im Falle des § 945 findet § 254 BGB. Anwendung.

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

§§ 946 ff., 977 ff. KGJ. **33** A 210 (KG.). Sind in einem auf Grund des § 927 BGB. ergangenen Ausschlußurteil angemeldete Eigentumsrechte vorbehalten, so kann derjenige, der das Ausschlußurteil erwirkt hat, erst dann als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden, wenn der Vorbehalt beseitigt ist.

§§ 960 ff. Berthold, R. **07** 819. Auch für die nach altem Rechte zu regelnden Fälle des Aufgebotsverfahrens zum Zwecke der Todeserklärung sind die §§ 960 ff. ZPO., insbesondere § 970 Abs. 2 analog zur Anwendung zu bringen. Für die Landesrechte, welche dem Todeserklärungsurteil eine konstitutive Bedeutung beimessen, ist das Verfahren zunächst so zu beurteilen, als ob die neuen Gesetze noch nicht in Kraft getreten wären. Alsdann kommt man im Gebiete der Landesgesetze, welche eine Verjährungszeit seit der letzten Kunde und eine Lebenspräsumtion enthalten, zu dem Resultate, daß der Todestag in der Regel mit dem Tage der Rechtskraft des Urteils zusammenfallen müßte. Die bisherige Unterlassung der Stellung des Antrags führte dazu, daß eine Todeserklärung vor Schluß des Jahres 1899 nicht erfolgen konnte; eine Neuregelung ist aber seit dem 1. Januar 1900 durch das Inkrafttreten des BGB. und der Novelle zur ZPO. erfolgt, seitdem sind die früheren Landesgesetze außer Kraft getreten. Wenn daher bis zum 31. Dezember 1899 die Verjährungszeit abgelaufen ist, so dürfte dieser Tag für gewöhnlich als Todestag festzusetzen sein. Fällt im Gebiete des ALR. der 70. Geburtstag des Verschollenen früher, so muß, vorausgesetzt, daß die Verjährungsfrist abgelaufen ist, bereits dieser Tag als Zeitpunkt des Todes festgesetzt werden.

§ 969. Reinhold, R. **07** 46. Faßt der Prätendent seine Meldung so, daß der Antragsteller trotz der Ermittelungen des Gerichts (§ 968) nicht die zur Erhebung der Klage notwendige Bezeichnung des Prätendenten erfahren kann, so erlangt er durch seine Meldung nicht das Recht auf den Prozeßweg, weil er diesen seinem Gegner nicht ermöglicht. Das Gericht hat deshalb nicht das Verfahren auszusetzen, vielmehr hat es die Meldung wegen ihres formellen Mangels überhaupt nicht als solche zu behandeln. Damit entscheidet es zunächst nur über die Gültigkeit der Meldung und dafür ist es zweifellos zuständig. Wenn aber auch die Meldung als solche nichtig ist, so behält sie doch die Bedeutung einer beliebigen Nachricht und deren Richtigkeit hat das Gericht ebenso zu prüfen, wie die Richtigkeit jeder Nachricht gleichen Inhalts. Ergeben diese Ermittelungen, daß die Meldung wirklich von dem angeblich Verschollenen herrührt, so ist der Antrag auf Ausspruch der Todeserklärung abzulehnen, anderenfalls ist die Todeserklärung auszusprechen.

§ 1018. Literatur: v. Zitzewitz, Rechte des Verlierers eines Wechsels, insbesondere aus dem im Amortisationsverfahren ergangenen Ausschlußurteil (Artt. 73, 66 WO., § 1018 ZPO.), GoldschmidtsZ. **59** 479 ff.

1. *v. Zitzewitz aaO. Die Wirkung der Kraftloserklärung ist zunächst eine negative: Die Urkunde wird auch in der Hand gutgläubiger Erwerber wertlos. Nur diese unmittelbare, rechtsvernichtende Wirkung ist begrifflich wesentlich. Sie wahrt aber das Interesse des Verlierers nicht durchweg. Eine positive rechtserzeugende bzw. -erhaltende Wirkung tritt jedoch nur auf Grund ausdrücklicher Vorschriften ein, wie z. B. im Art. 73 WO. An sich ist Ausschlußurteil nicht gesetzliches Surrogat der Urkunde; aM. **RG. 49** 132 bis 141, Grünhut, WR. I 6, II 269 f., v. Canstein, WR. 195, 204, Staub § 19 zu Art. 73 (vgl. unten zu WO. Art. 73).

2. RJA. 8 158 (Rostock). Nach § 1018 ersetzt das Ausschlußurteil für den Antragsteller den Besitz der für kraftlos erklärten Urkunde. Er kann daraufhin gegen den aus der Urkunde Verpflichteten die Rechte aus der Urkunde geltend machen. Für das Rechtsverhältnis des Antragstellers zu Dritten ist das Ausschlußurteil ohne Bedeutung. Etwaigen früheren Inhabern der Urkunde verbleiben ihre Rechte unverkürzt.

3. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 45. Der § 1018 Abs. 2 enthält eine Anwendung des zu § 322 bezeichneten Grundsatzes: Verhältnis zu § 407 Abs. 2 BGB.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

§§ 1025 ff. Literatur: Altenrath, Grundlage und Wirkung des Schiedsspruchs. Berlin 1907.

1. Josef, R. **07** 755. Das Schiedsverfahren ist nur zugelassen für solche „Rechtsstreitigkeiten, die dem Verfahren der ZPO. unterliegen", nicht aber für die dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesenen. — § 1025 ist auf die dem Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit überwiesenen Angelegenheiten nicht entsprechend anwendbar.

2. KGBl. **07** 125 (KG.). Auch öffentliche Behörden können Schiedsrichter sein, sofern dies nicht mit den ihre Organisation und Zuständigkeit regelnden Vorschriften unvereinbar ist (**RG. 13** 407, Mot. z. ZPO. 475). Der Vorstand der Anwaltskammer kann bei entsprechender Einigung der Parteien in Streitigkeiten zwischen einem Mitgliede der Kammer und seinem Auftraggeber aus dem Auftragsverhältnisse nicht nur gemäß § 49 Ziff. 3 RAO. vermitteln, sondern auch einen Schiedsspruch fällen.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 206. Die Klausel, daß Sachverständige „mit Ausschluß des Rechtswegs" darüber zu entscheiden haben, ob und welche Schäden durch Nichterfüllung einer bestimmten Rechtspflicht entstanden sind, ist auch bei Sachverständigenkommissionen, die nicht das Amt von Schiedsrichtern ausüben sollen, durchaus gebräuchlich und hat auch dort ihren guten Sinn (vgl. **RG. 6** 201, **10** 130, **24** 357, 411, **29** 319, **45** 350, GruchotsBeitr. **30** 1028), zwingt also nicht dazu, einen Schiedsvertrag für vorliegend zu erachten. Dasselbe gilt von der Bestimmung, daß die Sachverständigen geeignetenfalls die Vorschriften der ZPO. über das Schiedsverfahren anwenden sollen. Die Bezeichnung der Sachverständigen als Schiedsrichter endlich ist, wenn ihr Amt als Schiedsrichter nicht aus der Sache selbst sich ergibt, ganz gleichgültig (vgl. **RG. 24** 412, GruchotsBeitr. **39** 695, **46** 425).

4. **RG.** R. **07** 1145. Eine Schiedsgerichtsklausel ist nicht deshalb unsittlich, weil dem einen Teile ein größerer Einfluß auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts — Bestellung des Obmanns neben der eines Schiedsrichters — eingeräumt worden ist.

5. R. **07** 258 (Naumburg). Das schiedsrichterliche Verfahren ist unzulässig, wenn der Schiedsvertrag selbst wegen Ungültigkeit des Hauptvertrags infolge Vorliegens von Differenzgeschäften ungültig ist. Nach widerspruchslosem Verhandeln vor dem Schiedsgerichte kann jedoch die Unzulässigkeit nicht mehr geltend gemacht werden.

6. **RG.** JW. **07** 748, R. **07** 1471. Wird in dem Vertrage den Parteien das Recht eingeräumt, sich nach ihrem Belieben dem Schiedsspruche zu unterwerfen oder nicht, oder wird ihnen auch außerhalb der Voraussetzungen des § 1041 gestattet, sei es auch nur in bestimmter Frist, gegen den Schiedsspruch die Entscheidung der ordentlichen Gerichte anzurufen, so ist ein rechtswirksamer Schiedsvertrag nicht vorhanden (JW. **94** 56).

7. **RG.** R. **07** 1543. Regelmäßig steht die Entscheidung darüber, ob der Schiedsvertrag als solcher gültig zustande gekommen ist, den ordentlichen Gerichten zu (JW. **02** 171). Haben aber die Parteien über diese Frage vor dem Schiedsgerichte verhandelt und damit auch die Entscheidung hierüber dem Schiedsgericht unterbreitet, so ist dadurch zwischen den Parteien ein neuer Schiedsvertrag stillschweigend dahin zustande gekommen, daß das Schiedsgericht auch diese Frage zum Gegenstande seiner Entscheidung machen solle.

8. Über den Honoraranspruch eines Schiedsrichters, der vorzeitig ausscheidet, äußert sich OLG. **15** 299, HansGZ. **07** Beibl. 290 (Hamburg): Aus der eigentümlichen Natur des receptum arbitri folgt, daß weder das Klagerecht auf Leistung der versprochenen Dienste ein so unbedingtes ist wie beim gewöhnlichen

Dienstvertrage, noch der Anspruch auf Honorarzahlung in dem sonst statthaften Umfange von der vollständigen Erfüllung der Gegenleistung abhängig ist. Dem Schiedsrichter muß das Recht des Rücktritts aus besonderen Gründen zuerkannt werden (vgl. l. 9 § 4, 5, l. 15, l. 16 pr. Dig. 4, 8). Ob ihm im Falle des Rücktritts ein Anspruch auf einen Teil des zugesicherten Honorars zusteht, hängt von dem Umfange seiner Wirksamkeit und der Art des Rücktrittsgrundes ab.

§ 1026. OLG. **15** 123 (Hamburg). Ein bestimmtes Rechtsverhältnis, auf das sich nach § 1026 ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten beziehen muß, liegt nicht vor, wenn der Kreis der Rechtsstreitigkeiten lediglich dadurch begrenzt wird, daß diese aus dem geschäftlichen Verkehre zwischen den Mitgliedern einer näher bezeichneten Börse hervorgegangen sein müssen.

§ 1032. 1. OLG. **15** 298 (Hamburg). Ein Schiedsrichter setzt sich, ebenso wie ein staatlicher Richter, der Gefahr der Ablehnung wegen Befangenheit aus, wenn er einer Partei gestattet, sich mit ihm ohne Zuziehung der Gegenpartei über den Streitgegenstand zu besprechen, wenn er auch dabei nur beabsichtigt, das Streitobjekt kennen zu lernen.

2. **RG.** R. **07** 837. Ein Ablehnungsrecht kann in der Revisionsinstanz nicht mehr geltend gemacht werden.

§ 1033. Müller, WürttZ. **07** 115 ff. Wenn auch der eine Partei zum Richter setzende Schiedsvertrag von vornherein als gültig zu betrachten ist, kann die Ausübung des Richteramts im konkreten Falle, z. B. wenn der Schiedsrichter die konkrete Streitlage zuvor selbst materiell geschaffen hat, doch Bedenken erwecken und die Ablehnung des Schiedsrichters begründet sein. In beiden Fällen tritt das ordentliche Gericht an die Stelle des Schiedsgerichts, im ersten Falle, weil die Schiedsvereinbarung nichtig ist, im zweiten Falle gemäß § 1033 ZPO. — Nach den gleichen Grundsätzen entscheidet sich auch die Frage, ob ein Mitglied des Vorstandes oder Aufsichtsrats, welches in der ersten oder zweiten schiedsgerichtlichen Instanz mitgeurteilt hat, in der zweiten schiedsgerichtlichen Instanz, der Generalversammlung, wieder mitstimmen darf (vgl. ZPO. § 416; s. oben zu § 138 BGB. Ziff I 6 u. II B 27).

§ 1034. 1. **RG.** R. **07** 1145. Eine Zuziehung der Parteien bei Beweisaufnahme und sonstigen prozessualen Handlungen des Schiedsgerichts ist nicht notwendig.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1086. Auch ein in Abwesenheit des Klägers dem Schiedsgerichte vom Beklagten vorgetragener Gegenanspruch gilt als dem Schiedsgericht unterbreitet. Das Schiedsgericht muß aber, bevor es das Urteil fällt, den Kläger über den Gegenanspruch hören.

3. **RG.** LeipzZ. **07** 752, R. **07** 1078. Ist in dem Schiedsvertrage den von den Parteien ernannten Schiedsrichtern die Befugnis beigelegt, im Falle der Uneinigkeit einen Obmann zu wählen, so können die Schiedsrichter diese Wahl vornehmen, ohne zuvor die Parteien davon zu benachrichtigen. Haben die ernannten Schiedsrichter nach freiem Ermessen die Zuziehung eines Obmanns für erforderlich erachtet, so kann keine der Parteien später die Zuziehung aus dem Grunde beanstanden, daß eine Uneinigkeit zwischen den Schiedsrichtern nicht bestanden habe.

§ 1035. OLG. **15** 300 (Celle). Die Art und Weise der Zeugenvernehmung ist dem Ermessen des Schiedsgerichts überlassen. Auch die Vernehmung durch einen der Schiedsrichter kraft Auftrags des Schiedsgerichts ist zulässig.

§ 1039. ElsLothJZ. **07** 574 (Colmar). Voraussetzung für die Rechtswirksamkeit eines Schiedsspruchs ist, daß alle Schiedsrichter den Schiedsspruch unterschreiben und die Zustellung und die Hinterlegung desselben mit dem Willen sämtlicher Schiedsrichter stattfinden. Die Ermächtigung zur Zustellung und Hinterlegung durch einen oder mehrere der Schiedsrichter kann aber aus der Tatsache der ordnungsmäßigen Unterzeichnung des Spruches und seiner Ausfertigung entnommen werden. Gleichwohl ist aber die Ausfertigung nach dem Tode eines Schiedsrichters durch die übrigen

selbst dann unzulässig, wenn der Verstorbene noch bei Lebzeiten den Auftrag zur Zustellung und Hinterlegung gegeben hatte.

§ 1040. R. **07** 258 (Naumburg). Gegen einen Schiedsspruch — der nach § 1040 die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils hat — ist der Einwand, daß der Anspruch, über den erkannt ist, auf einem nichtigen Rechtsgeschäfte beruhe, unerheblich, weil die Rechtskraft des gerichtlichen Urteils, wenn die Nichtigkeit wirklich vorhanden gewesen wäre, konstitutive Wirkung äußert. Wie das rechtskräftige Urteil nur noch mit der Restitutions- oder Nichtigkeitsklage angegriffen werden kann, so kann die Unwirksamkeit eines Schiedsspruchs nach §§ 1042 Abs. 2, 1041 nur unter den dort angegebenen Voraussetzungen angenommen werden.

§ 1041. 1. v. Romocki, R. **07** 176 Ziff. 1. Unzulässigkeit des Verfahrens kann zunächst von der klagenden Partei nicht geltend gemacht werden, wenn sie sich ohne Widerspruch vor dem Schiedsgericht eingelassen hat. — Ziff. 4. Es genügt, daß den Parteien überhaupt nur Gelegenheit zur Wahrnehmung ihrer Rechte und Darlegung der von ihnen behaupteten Tatsachen geboten war; darauf, ob sie, zum Erscheinen im Termin aufgefordert, erschienen, kommt es nicht an. — Ziff. 5. Ob die dem Schiedsspruche beigegebenen Gründe vollständig oder richtig sind, bleibt außer Betracht. Nur muß ein Entscheidungsgrund überhaupt erkennbar sein.

2. Ziff. 5. **RG.** R. **07** 775. Fehlt im Schiedsspruche lediglich die besondere Begründung für die sofortige Zahlungspflicht des Schuldners, so liegt hierin zwar eine Unvollständigkeit; diese ist jedoch nicht von solcher Bedeutung, daß deshalb die Aufhebung des Schiedsspruchs verlangt werden könnte.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **51** 403. Die auf Grund des § 1041 erfolgende Aufhebung eines formell gültig erlassenen Schiedsspruchs hat nicht zur Folge, daß die Parteien auf den durch die Erlassung des Spruches endgültig erledigten Schiedsvertrag zurückgreifen dürfen, der Streit unterliegt vielmehr nunmehr allein der Entscheidung des staatlichen Gerichts. Ein formell ungültiger Spruch kann auf Grund des § 1041 überhaupt nicht aufgehoben werden. Wird trotzdem ein Urteil erlassen, das die Aufhebung ausspricht, so kann dies nur den Sinn haben, daß festgestellt wird, die sich als Schiedsspruch bezeichnende Entscheidung sei ohne jede Rechtswirkung. Ein solches Urteil kann aber nicht die Wirkung haben, daß auch der durch den ungültigen Spruch nicht erledigte Schiedsvertrag nunmehr als beseitigt anzusehen wäre.

4. OLG. **15** 300 (Celle). Grundsätzlich wird durch den Erlaß, die Zustellung und Hinterlegung des Schiedsspruchs die Aufgabe der Schiedsrichter erschöpft und der Schiedsvertrag erledigt. Hieran wird, mangels abweichender Bestimmungen des Schiedsvertrags, durch eine spätere Aufhebung des Schiedsspruchs nichts geändert (**RG. 41** 398). Ein neuer Schiedsvertrag kann aber stillschweigend dadurch geschlossen werden, daß die Parteien neue Schiedsrichter wählen und sich auf Verhandlungen mit ihnen vorbehaltlos einlassen.

§ 1042. 1. **a)** HansGZ. **07** Beibl. 203 (Hamburg). In dem Verfahren betr. Erlaß des Vollstreckungsurteils können Einwendungen, welche nach Schluß des schiedsgerichtlichen Verfahrens entstanden sind und den durch den Schiedsspruch festgestellten Anspruch selbst betreffen, geltend gemacht werden (vgl. Gaupp-Stein § 1042 Anm. III, Petersen [5] § 1042 Bem. 2 Note 9, Seuffert § 1042 Anm. 2, Struckmann-Koch § 1042 Anm. 2, Heldmann, BuschsZ. **21** 499, **RG.** JW. **95** 127, SeuffA. **39** Ziff. 175 (Karlsruhe). **b)** OLG. **15** 4 (Hamburg). Im Verfahren über den Erlaß eines Vollstreckungsurteils sind auch solche Einwendungen gegen den Anspruch selbst zuzulassen, die erst nach Erlaß des Schiedsspruchs entstanden sind. Es kann dem Willen des Gesetzes nicht entsprechen, noch da die Schaffung eines vollstreckbaren Titels zuzulassen, wo seine Wiederaufhebung im Wege des § 767 sicher erwartet werden muß. **c)** **RG.** R. **07** 1145. Der Schuldner

kann in dem Verfahren betr. die Vollstreckbarkeitserklärung des Schiedsspruchs geltend machen, daß er demselben nach Erlaß genügt habe.

2. OLG. **15** 301 (Kiel) = R. **06** 1323 s. JDR. **5** § 1042 Ziff. 1. Zulässigkeit des Vollstreckungsurteils gegen Rechtsnachfolger des durch den Schiedsspruch Verurteilten.

3. a) HansGZ. **07** Beibl. 256 (Hamburg). Zur Festsetzung der Kosten des schiedsgerichtlichen Verfahrens ist nicht das für den Erlaß des Vollstreckungsurteils zuständige Prozeßgericht, sondern das Schiedsgericht selbst zuständig. — Ebenso **RG. 59** 149, Struckmann-Koch (8) § 1040 Ziff. 2, Seuffert (9) § 1042 Ziff. 1, Cohn, GruchotsBeitr. **40** 584, JW. **05** 25, LG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. Nr. 24. Abweichend KGBl. **2** 53, **6** 86 (KG.), OLG. **3** 427 (Posen), **11** 191 (Kiel). — Die schiedsrichterlichen Funktionen haben mit der Niederlegung des Schiedsspruchs keineswegs aufgehört, denn das Schiedsgericht hat in Ansehung der Kosten bisher nur über den Grund, nicht über die Höhe entschieden. — **b)** Ebenso ElsLothJZ. **07** 577 (Colmar). Die Festsetzung der Honorare der Schiedsrichter gehört, wenn sie ihm nicht ausdrücklich im Schiedsvertrag übertragen ist, nicht zur Zuständigkeit des Schiedsgerichts. — Vgl. JDR. **4** § 1042 Ziff. 2, **5** 5.

§ 1045. Literatur: Kleineidam, Besteht für das vor ein Landgericht gehörende Ablehnungsgesuch gegen einen Schiedsrichter Anwaltszwang? JW. **07** 123.

1. Kleinadam aaO. Seitdem durch die Novelle das Ablehnungsverfahren gegen Schiedsrichter von der schweren Form der Klage befreit und einem einfachen Beschlußverfahren überwiesen worden ist, liegt kein Grund mehr dagegen vor (wie dies früher der Fall war, vgl. **RG. 13** 349), für das Gesuch an das Landgericht betr. die Ablehnung eines Schiedsrichters in entsprechender Anwendung des § 44 Abs. 1 die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers genügen zu lassen, dasselbe demgemäß als vom Anwaltszwange befreit zu erachten (§ 78 Abs. 2).

2. OLG. **15** 4 (Hamburg). Zur Vereinbarung einer zum Erlasse des Vollstreckungsurteils zuständigen Gerichts bedarf es nach § 1045 eines schriftlichen Schiedsvertrags. Ein solcher liegt aber schon vor, wenn in einem schriftlichen Vertrag auf gedruckte Börsenbestimmungen Bezug genommen wird, welche ein Schiedsverfahren regeln.

3. LeipzZ. **07** 676 (Hamburg). Die Klausel „Arbitrage Hamburg" bedeutet nur, daß alle Streitigkeiten durch Schiedsrichter in Hamburg entschieden werden, bestimmt aber nichts darüber, welches Gericht für die erforderlichen gerichtlichen Handlungen, insbes. für die Erlassung des Vollstreckungsurteils zuständig sein soll.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: 1. Am meisten hatte sich die Gesetzesauslegung wieder mit der Behandlung von Zubehör und Mietzinsen, mit Verteilungsstreitigkeiten und Pfändungen von Erlösansprüchen und Eigentümerhypotheken des Schuldners zu beschäftigen. Manche neue Frage taucht auf, z. B. die des Beitritts von Gläubigern zur Teilungs-Zwangsversteigerung. S. auch die Vorbemerkungen vor §§ 20, 49, 85, 180. — 2. Von den unten mitgeteilten Entscheidungen ohne Belegstellen, die mit ➠ .... Red. ⟵ bezeichnet sind liegen, soviel bekannt, bisherige Veröffentlichungen nicht vor. — 3. Einzelne in früheren Jahrgängen dieses Jahrbuchs erwähnte Entscheidungen sind inzwischen, sei es zum ersten Male oder wiederholt, abgedruckt worden. Eine Angabe der betr. Stellen schien nur ausnahms-

weise möglich und notwendig. — 4. Die Abkürzung „ZwV." bedeutet unten überall „Zwangsversteigerung", „ZwVerw." dagegen „Zwangsverwaltung". — 5. Die unten genannten Paragraphen ohne Beisatz sind solche des ZVG.

Literatur: Betzinger, Mainhard, Handbuch der Liegenschaftsvollstreckung in Baden (2). Tübingen 1907. — Birkenbihl, Zusammenstellung von Entscheidungen betr. die ZwV. aus den Jahren 1902 und 1904, BuschsZ. **36** 467, 551 ff. — Friedrich, Einiges über das neue Immobiliarvollstreckungsrecht, Vergleich zwischen der alten bayerischen und der reichsrechtlichen ZwV., BayRpflZ. **07** 125. — Henle, RGes. über die ZwV. und ZwVerw. (3). München 1907. — Junker, Die Eigentümerdienstbarkeit nach dem Rechte des BGB. Berlin 1907. — Krech und Fischer, Die Gesetzgebung betr. die ZwV. und ZwVerw. (5). Berlin 1907. — Reinhard, Ges. über die ZwV. und ZwVerw. nebst EG. (3). Leipzig 1907. — Wenz und Wagner, Praktisches Handbuch für die ZwV. und ZwVerw. (3). Königshütte 1907.

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. Grundstücksbegriff § 112 Ziff. 3, Stockwerkeigentum § 180 Ziff. 1, Ablehnung § 43.

§ 2. Verbindung s. zu § 18.

§ 4. Folgen falscher Anwendung § 8.

§ 5. ElsLothNotZ. **07** 43 (LG. Mühlhausen). Eine Beschwerde des Zustellungsbevollmächtigten gegen Nichteinleitung der ZwV. ist unzulässig.

§ 8. **RG.** JW. **07** 828. Wird der die ZwV. anordnende Beschluß dem Schuldner irrig mittels eingeschriebener Postsendung (§ 4) statt auf dem nach § 8 allein zulässigen ordnungsmäßigen Wege zugestellt und muß deshalb später der Zuschlag versagt werden, so haften der Aktuar und der Vollstreckungsrichter dem Ersteher für Schadensersatz einschließlich entgangenen Gewinns. Der Ersteher ist nicht verpflichtet, wenn er das Grundstück in der zweiten ZwV. unter ungünstigeren Umständen erstanden hat, es den genannten Schadensersatzpflichtigen zum Erwerb anzubieten.

§ 9. 1. Schneider, Erfüllung oder Erschöpfung des Anfechtungsanspruchs, LeipzZ. **07** 722. Der Anfechtungskläger kann nicht auf Grund seines Obsiegens gegen den Anfechtungsbeklagten einfach an dessen leergewordener Stelle in der ZwV. liquidieren, wie vom **RG. 29** 184 angenommen, sondern er muß durch die ihm gegen den Anfechtungsbeklagten eröffnete Vollstreckung erst dessen Erwerb, hier die Hypothek, für sich pfänden lassen, ehe er als „Beteiligter" in der ZwV. auftreten kann. ➠ Vgl. aber **RG. 47** 216, JW. **02** 231. Befriedigung sucht der Anfechtungskläger nicht aus der angefochtenen Hypothek, sondern aus dem Grundstücke. S. auch § 44 Ziff. 2 u. § 115 Ziff. 18. — Red. ⟵

2. Bürge § 41 Ziff. 1, Gesamtausgebot § 63 Ziff. 3, Kostenfestsetzung § 10 Ziff. 14, Eigentümergrundschuld-Gläubiger § 115 Ziff. 14.

3. *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 33 ff. Eine Dienstbarkeit (auch Nießbrauch) des Eigentümers selbst ist wie jedes Recht eines Dritten an dem Grundstücke zu berücksichtigen (vgl. Ziff. 6 zu § 44, Ziff. 7 zu § 146 und zu § 857 ZPO.).

§ 10. 1. OLG. **14** 202 (München). Ein Knecht, der nicht vom Grundstückseigentümer, sondern von einem Dritten (Hypothekgläubiger) zur Bewirtschaftung des Grundstücks aufgestellt wurde, hat kein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke.

2. SächsOLG. **28** 92. Ist eine in das geringste Gebot einzustellende Liedlohnforderung nicht ihrem Bestehen nach, sondern nur hinsichtlich ihres Vorrechts bestritten, so bedarf sie der Glaubhaftmachung nach §§ 37 Ziff. 4, 110 nicht. Auch abgesehen davon kann der Forderungsberechtigte, wenn der streitige Betrag irrig

an einen Hypothekgläubiger ausbezahlt wurde, nachträglich ihn mittels der Bereicherungsklage von diesem zurückverlangen.

3. BayObLG. 8 87, BayRpflZ. 07 195. Bayerische sog. Kirchentrachten, d. h. wiederkehrende Natural- oder Geldleistungen an die Geistlichen sind, soweit sie, wie in der Regel, auf dem Pfarrverbande beruhen, öffentliche, in das Grundbuch nicht eintragbare Lasten.

4. Delius, R. 07 199. Nach § 60 PrKommAbgG. mit §§ 10, 13, 47 ZVG. kann die Stadt aus einem Versteigerungserlöse nur die bis zum Tage des Zuschlags laufenden Beträge erstattet verlangen. Vom Zuschlage bis zum Ende des laufenden Monats haftet ihr persönlich nur der alte Eigentümer. Aber den Ersteher kann sie durch unmittelbaren Betrieb der ZwV. gegen ihn wegen fraglichen Restes zu dessen Zahlung zwingen, da das Grundstück dinglich dafür noch weiter haftet (s. Ziff. 7).

5. R. 07 1419 (PrOVG.). Die preußischen Verwaltungsgerichte sind nicht zuständig, über Anmeldungen in ZwVsachen und über die Einwilligung zur Auszahlung von Streitmassen, die im ZwVverfahren gebildet sind, zu entscheiden, selbst dann nicht, wenn es sich bei der Anmeldung und bei der Streitmasse um eine kommunale Abgabenforderung handelt. ➠ S. auch PrVerwBl. 28 4, 616, dagegen **RG.** **32** 345 und JDR. **4** § 10 Ziff. 2. — Red. ⟵

6. Immich, PrVerwBl. 28 290. Preußische kommunale Wasserleitungsabgaben genießen im ZwVverfahren besondere Vorrechte, ebenso im Konkurs, obwohl dies streitig ist.

7. PrVerwBl. 28 948 (PrOVG.). Es ist rechtsirrtümlich, daß der Ersteher deshalb nicht zu der vor Zuschlag erwachsenen Grundsteuer herangezogen werden könne, weil die Steuerforderung durch die ZwV. (infolge Nichtanmeldung) erloschen sei. Aber der Ersteher kann bei früherer Nichtgeltendmachung der Steuer nach § 60 PrKommAbgG. erst von seinem Eigentumserwerb an zur Grundsteuer herangezogen werden. Ob der Fiskus befugt sein würde, eine gegen den Vorbesitzer geltend gemachte Steuerforderung gegen den Ersteher zu vollstrecken, ist hier nicht zu erörtern (s. Ziff. 4).

8. Mack, BadRpr. 07 307. Die Ansprüche der badischen Gemeinden auf Straßenkostenbeiträge bedürfen nach §§ 37 Ziff. 4, 45, 52, 66 der Anmeldung im ZwVverfahren. Im Falle Unterlassung der Anmeldung und daher eintretenden Rangverlustes dieser Beiträge wird sich die Gemeinde trotz des BadG. vom 20. August 1904 nicht an den Ersteher halten können.

9. Das JDR. **5** § 10 Ziff. 2 erwähnte RGUrteil, Patronatslasten betr., ist nun auch abgedruckt **RG. 65** 1.

10. **RG.** SeuffA. **62** 318, BayRpflZ. **07** 212, R. **07** 380. Ein Nießbraucher, der sich den von ihm bezahlten Zinsenanspruch eines Vorhypothekars abtreten läßt, kann diesen selbständig zur ZwV. mit dem Range der Hypothek anmelden, er handelt dadurch nicht gegen den § 1047 BGB. und an sich auch den Nachhypothekaren gegenüber nicht wider die guten Sitten. ➠ Hierdurch wurde das in JDR. **5** Vorbem. vor § 146 erwähnte Urteil des OLG. Breslau bestätigt, dabei auch angenommen, daß im gegebenen Falle die Voraussetzungen des AnfG. nicht dargetan seien. Vgl. auch § 114 Ziff. 3. — Red. ⟵

11. SeuffA. **62** 124 (Königsberg). Unterliegt der Schuldner in dem Rechtsstreite, den er gegen den die ZwV. und ZwVerw. beantragenden Gläubiger auf Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung erhoben hatte, so fallen die Kosten der Rechtsverfolgung im weiteren Sinne unter § 1118 BGB. und § 10 ZVG. S. auch o. § 1118 BGB. Ziff. 1.

12. PosMSchr. **07** 135 (Königsberg). Für Feststellung der Kosten des ZwVverfahrens ist nicht das Prozeßgericht, sondern das Vollstreckungsgericht zuständig.

13. Josef, GruchotsBeitr. **51** 531 (555). Hat der Käufer, dem übergeben, aber nicht aufgelassen ist, auf das Grundstück Verwendungen gemacht, z. B. durch Bauten, so erstreckt sich sein Zurückbehaltungsrecht auf das ganze Grundstück; denn er kann unter der Voraussetzung des § 1003 BGB. im Wege der ZwV. Befriedigung aus dem Grundstücke verlangen, und als Gegenstand einer solchen Befriedigung kann nur das ganze Grundstück, nicht der durch den Bau verbesserte bloße Grundstücksteil in Betracht kommen. Die Befriedigung erfolgt auf Grund vollstreckbaren Duldungsurteils gegen den Eigentümer in der Klasse 5 des § 10 (554).

14. SeuffA. **62** 171 (Dresden). Nach § 788 Abs. 1 ZPO. sind Vollstreckungskosten, z. B. Anwaltsgebühren eines Beteiligten vom ZwVrichter auf ihre Taxmäßigkeit und Erstattungsfähigkeit zu prüfen. Die Vorschriften der §§ 9 Ziff. 2 u. 45, die Widerspruch eines Beteiligten voraussetzen, stehen dem nicht entgegen. Die betreffende Kostenfestsetzung des ZwVrichters ist nach § 793 ZPO. mit Beschwerde anfechtbar, aber nicht selbständig, sondern nur mittels Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß oder den Verteilungsplan. In einem nachfolgenden Widerspruchsprozesse gegen den Verteilungsplan ist die im Beschlußweg erfolgte Kostenfestsetzung nicht mehr angreifbar. ➵ du Chesne, SächsRpflA. **07** 25, bekämpft diese Entscheidung, erkennt aber doch ein gewisses Prüfungsrecht des ZwVgerichts an. Kretzschmar, SeuffBl. **07** 193, gibt einen ähnlichen, auch im OLG. **15** 35 abgedruckten Beschluß des OLG. Dresden zustimmend wieder und hebt die weitere Entscheidung aus diesem hervor, daß die Gebühr des Rechtsanwalts für die Vertretung eines Gläubigers im Verteilungsverfahren nach demjenigen Betrage zu bestimmen ist, der auf den Anspruch des Gläubigers zugeteilt wird. Vgl. auch R. **07** 1231 und § 115 Ziff. 19. — Red. ⬻

15. Schultzenstein, ABürgR. **29** 173. Die neuen Gesetze, z. B. § 39 GBO., §§ 49, 61 KO., §§ 10, 49 ZVG., geben ebensowenig wie das BGB. eine Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Lasten, sondern setzen dessen Inhalt und Umfang voraus. Einzelfälle für Preußen s. Art. 19 AGBGB., Art. 1—3, 17 AG. ZVG., Art. 11 AGBGO.

16. Kostenwesen s. auch §§ 29, 58, 109, EGZVG. § 13 Ziff. 2, Bauaufwand § 45 Ziff. 1, Vorrecht auf Früchte § 21 Ziff. 4.

§ 13. Öffentliche Abgaben § 10 Ziff. 4, 6, 7.

§ 14. Zuteilung von Kautionshypotheken § 114 Ziff. 1.

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Versteigerung.

§ 15. 1. SeuffBl. **07** 1059 (Dresden). Der Beschluß auf Anordnung der ZwV. oder ZwVerw. unterliegt der sofortigen Beschwerde ohne vorgängige Erinnerungen (vgl. § 28 Ziff. 3 b, § 95 Ziff. 3).

2. ElsLothJZ. **07** 492 (Colmar). Während des els.-loth. Löschungsverfahrens kann ein Hypothekgläubiger, dessen Forderung fällig ist, die Anordnung der ZwV. und insbesondere auch der ZwVerw. beantragen, wenn der Ansteigerer seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt (§§ 26, 35 ff. ElsLothAGZVG.).

3. S. auch §§ 5 u. 95.

§ 16. 1. Will, BayRpflZ. **07** 12. Bei sog. altrechtlichen bayerischen Hypothekenurkunden ist zur Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau ein Duldungsurteil gegen den Ehemann erforderlich, selbst wenn der Mann laut der Urkunde als Gesamtschuldner haftet oder seine Zustimmung zur Hypothekbestellung gegeben hat. ➵ Dagegen Habel, daselbst 106, der sich zum Teil auch auf ein Urteil BayObLG. **1** 451 stützt. Für neue vollstreckbare Urkunden hält das LG. Cöln, RheinARV. **24** 75, es für genügend, wenn sich beide Gatten in der Ur-

kunde der Vollstreckung unterworfen haben, mag auch der Mann nicht ausdrücklich die Zwangsvollstreckung gegen die Frau darin genehmigt haben. — Red. ←

2. SächsRpflA. **07** 185 (Dresden). Auch aus Urkunden, worin sich der Schuldner sofortiger Zwangsvollstreckung unterworfen hat, kann nur nach Ablauf des auf ihre Zustellung nächstfolgenden Werktags ZwV. oder ZwVerw. beantragt werden (§§ 794 Ziff. 5, 798, 222, 295, 750 ZPO., § 187 BGB.).

3. RheinNotZ. **07** 134 (Cöln). Nach herrschender Meinung liegt gemäß § 726 ZPO. auf den Fall der kassatorischen Klausel dem Gläubiger zur Erwirkung der Vollstreckungsklausel kein Beweis ob. Der Notar darf die Vollstreckungsklausel sofort erteilen. → Diese Sätze werden vom Einsender des Urteils gegenüber dem KGbeschlusse DJZ. **06** 1030 ausführlich vertreten. — Red. ←

4. LeipzZ. **07** 922 (Karlsruhe). Auf Grund des die Ausfallsforderung und damit zugleich die Hypothek selbst feststellenden Eintrags in die Konkurstabelle kann die ZwV. — ausgenommen nach § 14 KO. die für die Ausfallsforderung — betrieben werden. Widersetzt sich dem der Konkursverwalter und gibt er daher dem Konkursgläubiger zur Klage Anlaß, so ist er kostenpflichtig. Dem steht nicht etwa der § 11 Abs. 2 KO. entgegen.

5. JustdBl. **2** 89 (LG. Frankenthal). Ein vom Gemeinschuldner erwirktes Urteil bedarf der Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Konkursverwalter.

6. ElsLothJZ. **07** 481 (Colmar). Um wegen Grundstücksverschlechterung nach § 1133 BGB. die sofortige ZwV. in dieses Grundstück betreiben zu können, ist ein vollstreckbarer Titel nötig.

7. Bordellkaufpreis § 28 Ziff. 1, Nichteintrag von Anteilen § 17 Ziff. 2, § 146 Ziff. 4, Grundstücksbegriff § 112 Ziff. 3, els.-loth. Hypothekenregisterauszug § 181 Ziff. 6.

§ 17. 1. OLG. **14** 202 (Celle). Auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft ist § 17 nicht anwendbar.

2. OLG. **14** 185 (Celle). Sind Miteigentümer Schuldner, so steht die mangelnde Eintragung der Bruchteile der ZwV. entgegen. Der Gläubiger wird alsdann, wenn er nicht schon nach § 14 GBO. vorgehen kann, den Berichtigungsanspruch seiner Schuldner zu pfänden und durchzuführen haben (§ 857 ZPO.), wodurch er auch das Recht auf Auskunft nach § 836 Abs. 3 ZPO. erlangt (vgl. § 146 Ziff. 4 u. JDR. **5** § 17 Ziff. 1 u. 2).

3. SächsOLG. **28** 90. Bei der ersten auf Antrag eines Hypothekgläubigers erfolgten ZwV. wurde das Grundstück des Gemeinschuldners dem Konkursverwalter zugeschlagen und auf ihn im Grundbuch überschrieben. Der Konkursverwalter beantragte nun ZwV. nach § 126 KO., §§ 172 ff. ZVG. Das Amts- und Landgericht wiesen den Antrag ab, weil der Gemeinschuldner nicht als Eigentümer eingetragen sei. Das OLG. mußte die Beschwerde zwar als unzulässig verwerfen, wies jedoch das Vollstreckungsgericht an, in Berichtigung seines nach der ersten ZwV. ergangenen Ersuchens den Gemeinschuldner als richtigen Eigentümer eintragen zu lassen. → Auch der bay. oberste Gerichtshof entschied bei freiwilligem Kaufe des Konkursverwalters, daß nur der Gemeinschuldner dadurch Eigentum am Grundstück erwerben könne (BayObLG. 8 240). Red. ←

4. HessRspr. **7** 125 (LG. Darmstadt). Eine ZwV. kann nicht gegen einen Schuldner angeordnet werden, der noch nicht als Eigentümer eingetragen ist und schon vor Eingang des ZwVantrags das Grundstück rechtsgültig weiterveräußert hatte, wenn auch die Auflassung an ihn (neben der an seinen Abkäufer) dem Grundbuchamte schon vorliegt.

5. Einwendungen § 28 Ziff. 3 b.

§ 18. 1. → **RG.** 9. 11. 07. Die Verbindung einer altrechtlichen weimarschen ZwV. mit einer neurechtlichen rheinpreußischen ist nicht statthaft. Red. ←

2. OLG. **15** 289, KGBl. **07** 115 (KG.). Bestellung eines gemeinschaftlichen Vollstreckungsgerichts ist wenigstens in den Fällen des § 2 Abs. 2 auch dann noch zulässig, wenn von den beteiligten Amtsgerichten die ZwV. schon eingeleitet ist. Überdies ist nach § 37 ZPO. der Bestellungsbeschluß unanfechtbar.

3. Beschwerde § 95 Ziff. 1 u. 2.

§ 19. Deutlicher Vermerk! § 181 Ziff. 3, Beschränktes Ablehnungsrecht des Grundbuchrichters § 146 Ziff. 4. Beitritt § 27 Ziff. 1.

Vorbemerkung (zu §§ 20 ff.): In fast untrennbarer Weise greifen die §§ 20, 37, 55, 90 ineinander über, so daß allgemein von einem auf den anderen verwiesen werden muß. Die nach wie vor viel umstrittene Frage, was wesentlicher Bestandteil und was Zubehör ist, gehört zu §§ 93 ff. BGB., auf die Bezug genommen wird. Nur ausnahmsweise war es angebracht, auch hier einige besonders erheblich scheinende oder mit Fragen der ZwV. eng zusammenhängende Aussprüche darüber aufzunehmen. Bei der ZwV. wirkt die Ungewißheit der Bestandteils- oder Zubehöreigenschaft wertvoller Sachen oder Rechte oft mißlich auf die ohnedies selten wertentsprechenden Versteigerungserlöse (vgl. §§ 21 Ziff. 3, 37 Ziff. 2, 90 Ziff. 14). Es ist zweifelhaft, ob dagegen abhelfende Versteigerungsbedingungen oder Gerichtsbeschlüsse möglich und wirksam sind. Hinsichtlich der Fabrikmaschinen ist die neuere Rechtsprechung des RG. ihrer bloßen Zubehöreigenschaft in Einzelfällen günstiger (vgl. JW. **08** 2).

§ 20. 1. BayRpflZ. **07** 28 (Redaktionsbemerkung). Die Unterwerfung der Zubehörstücke unter das Recht des Hypothekgläubigers ist durch § 1120 BGB. verordnet. Die Beschlagnahme verwirklicht und verstärkt die Haftung nur, indem sie das Verfügungsrecht des Schuldners einengt und die Möglichkeit des Erlöschens der Haftung nach § 1121 Abs. 1 das. beschränkt. Das Urteil des OLG. Braunschweig in R. **06** 1262 ➺ JDR. **5** § 65 Ziff. 1, jetzt auch in OLG. **14** 33. Red. ⇜ drückt sich ungenau aus, auch läßt es nicht ersehen, ob es Zubehör, das von der ZwV. ausgenommen war, über Aufhebung der Beschlagnahme hinaus für die nach § 91 erloschenen Hypotheken haften läßt.

2. Kretzschmar, R. **07** 285, ZBlFG. **7** 813, bekämpft im allgemeinen die Rechtsprechung des RG. über wesentliche Bestandteile, insbesondere aber dessen Urteile **RG. 63** 416, R. **06** 1190, insoweit sie den nur vermietenden Maschinenfabrikanten das durch §§ 951, 997 BGB. gegebene Recht zur Wegnahme der Maschinen nach § 1120 das. absprechen. Er betrachtet dieses Wegnahmerecht innerhalb seiner gesetzlichen Grenzen als Schutzmittel für Maschinenlieferanten gegen Mitversteigerung der von ihnen gelieferten Maschinen. ➺ Dieser Meinung dürften die erheblichsten Bedenken entgegenstehen. Lebhaft wird im JW. **07** 97, 193 von Neumann und anderen das Mittel der Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Maschinenlieferanten besprochen (vgl. auch Krückmann, ZBlFG. **7** 663). Red. ⇜

3. Winkler, ZBlFG. **7** 628. Die Kundenlisten und Adreßbücher einer Handelsgärtnerei gehören zur Konkursmasse des Geschäftsinhabers und sind nicht Zubehör des Gärtnereigrundstücks nach §§ 20, 55, 90.

4. **RG. 65** 396. Ein Hypothekgläubiger, der trotz Mahnung des Bürgen ihm haftendes Gutszubehör durch den Konkursverwalter anderwärts veräußern ließ, konnte zwar nach manchen früheren Rechten den Bürgen nicht auf seinen entsprechenden Ausfall in der ZwV. verklagen, aber der § 776 BGB. kennt eine so weit gehende Fürsorgepflicht des Gläubigers nicht und hat sein bloß passives Verhalten nicht im Auge.

5. ➺ **RG.** 20. 4. 07. Gegen diejenigen, die schon vor der Beschlagnahme im bewußten und gewollten Zusammenwirken unter sich und mit dem Grundeigentümer das Grundstück seines Zubehörs berauben (kalt abbrennen lassen), hat der

dadurch in der ZwV. geschädigte Hypothekgläubiger gemäß §§ 1134, 1135, 823 BGB. die Schadensersatzklage, und zwar kann er sie gemäß § 830 daselbst als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen (vgl. **RG. 42** 170). Red. ←

6. OLG. **15** 290 (Breslau). Beschlagnahme und Zuschlag erstrecken sich gemäß §§ 1120 ff. BGB., Artt. 52, 53, 109 EGBGB. auch auf Entschädigungsansprüche wegen Entziehung und wegen Beschädigung durch Bergbau.

7. OLG. **14** 110 (Breslau). Grundsätzlich ist die Verfügung des Versicherten über die Forderung aus einer Gebäudeversicherung nach §§ 1127 ff. BGB. ausgeschlossen. Deren Abtretung an einen (ausgefallenen) Hypothekgläubiger hindert daher den Ersteher nicht, den ihm stillschweigend mit zugeschlagenen Versicherungsbetrag für sich in Anspruch zu nehmen. Er darf dies selbst dann, wenn er — selbst Hypothekgläubiger — Widerspruchserhebung nach § 1128 BGB. seinerzeit unterlassen hatte. Ausnahmen sind höchstens bei Anwendung des § 65 denkbar.

8. Hagen, IheringsJ. **51** 83. Die Haftung der Versicherungsforderung für die Hypotheken 102. Der Anspruch auf die Entschädigungssumme wird von der Beschlagnahme des Grundstücks ergriffen, er wird mitversteigert (§ 55), jedoch kann das Vollstreckungsgericht auf Antrag besondere Versteigerung oder anderweitige Verwertung, namentlich Einziehung durch einen Vertreter oder Überweisung an einen Beteiligten an Zahlungsstatt beschließen (§ 65). Wird eine solche Anordnung nicht getroffen, so erwirbt der Ersteher des Grundstücks den Anspruch durch den Zuschlag ohne besondere darauf lautende Versteigerungsbedingung. Einwendungen der Versicherungsanstalt, z. B. die der Zahlung, sind ähnlich wie solche gegen den Hypothekgläubiger auch dem Ersteher gegenüber nach §§ 1281 ff. BGB. (§ 1128 Abs. 2) beschränkt zulässig. S auch o. zu § 1128 BGB. Ziff. 1.

9. Vgl. im allgemeinen zu §§ 37, 55, 90 und über Früchte, Steine §§ 21, 148, Konkursmasse § 41 Ziff. 2, Konzession § 91 Ziff. 9, Inventarschätzung § 112 Ziff. 3.

§ 21. 1. OLG. **15** 168 (KG.). Getrennte, aber vom Grundstücke noch nicht entfernte Früchte (geschlagenes Holz) kann sich der Hypothekgläubiger durch Beschlagnahme sichern, sie aber auch ohne solche dem pfändenden Personalgläubiger streitig machen (vgl. § 148 Ziff. 4, 5).

2. OLG. **14** 104 (Marienwerder). Auf Steine, die auf Grund eines dinglichen Rechtes geworben sind, erstreckt sich die Hypothek und die Grundstücksbeschlagnahme nicht.

3. OLG. **14** 106 (Dresden). Ob die vorbehaltlose Erklärung des Versteigerungsrichters, die Versteigerung auf Sachen zu erstrecken, die in Wirklichkeit weder Zubehör noch Gutserzeugnisse sind, die Wirksamkeit der Übertragung des Eigentums an diesen Sachen auf den Ersteher hat, was der erste Richter bejaht, kann unerörtert bleiben, da nach richtiger Auslegung jene Sachen — Ziegelwaren — nur unter der uneigentlichen Bedingung, daß sie von der Beschlagnahme ergriffen sein sollten, mit zugeschlagen worden sind. In Wirklichkeit sind aber die auf dem Gute gewonnenen Ziegeleiwaren weder Zubehör noch Gutserzeugnisse und können sie daher nicht als mitversteigert gelten. → Vgl. auch § 148 Ziff. 1. Red. ←

4. Bunsen, ABürgR. **29** 35, Die Lehre von den nicht getrennten Erzeugnissen 37. Gegen die Mobiliarpfändung von Früchten, sofern sie nicht für nach § 10 bevorrechtigte Ansprüche geschehen ist, kann der Grundstücksgläubiger nach §§ 805, 771 ZPO. vorgehen.

5. SächsOLG. **28** 394. Auch der Pächter darf das Grundstück nur nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft gebrauchen und nutzen (BGB. §§ 581, 588, 591). Eine weitergehende Befugnis legt ihm § 21 Abs. 3 nicht bei.

6. Baumschulbestände § 37 Ziff. 3.

§ 23. 1. du Chesne, Die Befriedigungsfunktion der Hypothek, R. **07** 42. Die Beschlagnahme ist nur eine prozessuale staatliche Maßregel, die ein neues privat-

rechtliches Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner oder zum Grundstücke nicht zur Folge hat. Sie kann auch verlangt werden auf Grund einer bloßen schuldrechtlichen Forderung ohne Dazwischenkunft einer Hypothek. Die Hypothek enthält gar nicht ein privatrechtliches Element, das die Befriedigung vermittelte, neben ihrer Sicherungsfunktion. Sie gibt nur eine gewisse teilweise Grundlage ab für den prozessualen Anspruch an den Staat auf Vermittelung der Befriedigung wegen der Forderung. Diese Grundlage wirkt aber nur soweit, als es sich um den Rang der Befriedigung handelt. ➠ Vgl. auch die Abhandlung desselben Verf.: „Die nur prozessual geschützten Privatinteressen" in PosMSchr. **07** 2, auch § 92 Ziff. 1. Red. ⟵ S. auch o. zu § 1113 BGB. Ziff. I.

2. du Chesne, R. **07** 1057. Ein dingliches Recht entsteht durch die Beschlagnahme nicht, denn sie ist nicht Pfandnahme, sondern nur Veräußerungsverbot, also nur Schwächung der Verfügungsmacht des Schuldners ohne Verleihung einer solchen an den Gläubiger. Wohl aber liegt von der Beschlagnahme an ein Interesse gegenüber jedem Dritten vor, daß er die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke geschehen lasse und sich demgemäß zu der Sache verhalte, also ein absolutes Interesse. S. auch o. zu § 1113 BGB. Ziff. I.

3. Marx, ZBlFG. **8** 239. Die zur Zeit der ZwV. noch bestehenden Wirkungen der Beschlagnahme kommen (namentlich hinsichtlich unwirtschaftlicher Vermietungen des Schuldners) dem Ersteher ohne weiteres in gleicher Weise zustatten, wie dem betreibenden Gläubiger.

4. Verfügungen nach Beschlagnahme § 148 Ziff. 1.

§ 24. Unwirtschaftliche Vermietungen § 23 Ziff. 3.

§ 25. Erinnerungen § 28 Ziff. 4 b.

§ 27. 1. Prieser, MecklbZ. **25** 337. Der erste, wenn auch nur allgemein gefaßte ZwVvermerk, wirkt mittelbar auch zugunsten der Beitretenden, für die keine neue Grundbucheintragung stattfindet. Für die Löschung des Vermerks ist nach meckl. GKO. nur der Antragsteller zahlungspflichtig, der seinen Versteigerungsantrag zuletzt zurücknimmt.

2. Beitritt zur TeilungsZwV. § 181 Ziff. 4, Gesamthaftung für Kosten EGZVG. § 13 Ziff. 2.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

§ 28. 1. ➠ **RG.** 9. 2. 07. Da die ZwV. zur Zeit der Erhebung der Klage durch die Erteilung des Zuschlags bereits derart beendet war, daß deren Folgen nicht mehr rückgängig zu machen waren, und das weitere Verfahren, insbesondere die Liquidierung der Hypothek einen Vollstreckungstitel nicht mehr erforderte, so folgt hieraus, daß das ZwVverfahren nicht mehr für unzulässig erklärt werden konnte und daß die hierauf gerichtete Klage unbegründet war. Sie war es aber auch ohnedies, weil aus einem über einen Bordellkaufpreis geschlossenen Prozeßvergleich, wenn auch nicht in beliebiges Vermögen, so doch — vgl. **RG. 63** 179, JW. **06** 736 — in das mit der Hypothek für erwähnte Bordellkaufgeldforderung belastete Grundstück die Zwangsvollstreckung betrieben werden konnte. Auch der Widerspruch gegen die Einsetzung dieser Hypothek in den Teilungsplan ist unbegründet (durch Urteil vom 11. März 1908 ist aber das RG. von vorerwähnter Entscheidung zugunsten der Bordellhypotheken zurückgetreten). Red. ⟵

2. **RG.** JW. **07** 522, R. **07** 1078. Bei einer Zwangsvollstreckung in Fideikommißgut ist der Fideikommißinhaber Dritter im Sinne des § 771 ZPO. Das die Veräußerung hindernde Recht ist das Obereigentum der Familie.

3. Kretzschmar, SeuffBl. **07** 625. Auch bei der ZwV. und ZwVerw. sind 3 Arten von Einwendungen zu unterscheiden. a) Die gegen die Erteilung

der Vollstreckungsklausel, namentlich gegen Eintritt der Rechtskraft oder der Vollstreckbarkeit des Urteils oder der Rechtsnachfolge (§§ 726, 727 ZPO.) gerichteten und nach §§ 732, 768 das. beim Prozeßgericht anzubringenden, wobei nur im Falle des § 768 bei Dringlichkeit einstweilige Anordnung des Vollstreckungsgerichts möglich. b) Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, betreffend Zuständigkeit, Formrichtigkeit des Vollstreckungstitels (§§ 750 Abs. 1, 751 ZPO.) und die Voraussetzungen der §§ 17, 147 ZVG. Nur diese Einwendungen gehören in das ZwVverfahren selbst. Mit Gmelin (vgl. JDR. 5 zu § 95) und Jaeckel ist gegen andere Meinungen anzunehmen, daß gegen den Anordnungsbeschluß nicht Erinnerungen (§ 766 ZPO.), sondern nur sofortige Beschwerde nach § 793 ZPO., § 95 ZVG. zulässig sind. Daß die Beschwerde als Einwendung oder Erinnerung bezeichnet ist, schadet ihr nichts. Erinnerungen sind in Einzelfällen, z. B. gemäß § 25 ZVG., denkbar, gegen den darauf erlassenen Beschluß gibt es aber keine selbständige Beschwerde. c) Erinnerungen gegen den materiellen Bestand des Vollstreckungsanspruchs. Sie gehören nach § 767 ZPO. vor das Prozeßgericht. Nur in dringenden Fällen darf das Vollstreckungsgericht nach § 769 Abs. 2 ZPO. verfahren. Ausnahmsweise hat bei Vorlage von Zahlungs- oder Stundungsnachweisen (§ 775 Ziff. 4, 5 ZPO.) das Vollstreckungsgericht das Verfahren einstweilen einzustellen, bei rechtzeitigem Antrage des Gläubigers (§§ 31, 32 ZVG.) aber wieder fortzusetzen. Wo, wie in Bayern, Württemberg, Baden, Elsaß-Lothringen nichtrichterliche Versteigerungsbeamte aufgestellt werden, kommt diesen nur Einstellungsrecht nach § 775 Abs. 4, 5 ZPO. zu. Ein Einstellungsrecht nach § 769 daselbst hat nur das Volllstreckungsgericht (s. auch § 37 Ziff. 7, § 152 Ziff. 1).

4. Vormerkung und Widerspruch § 48 Ziff. 5 u. 7, Grundbuchamt § 146 Ziff. 4, TeilungsZwV. §§ 180, 181, Kosten § 10 Ziff. 11.

§ 29. 1. Schönfeld, R. **07** 1053. Wird die ZwV. nur für einen Teil der rechtskräftig zugesprochenen Forderung betrieben, dann aber durch einen sog. „Vergleich" Stundung unter Erwähnung der ganzen Forderung gewährt, so kann in Preußen, falls dem Anwalt überhaupt eine Vergleichsgebühr zukommt, diese nicht nach § 13 Abs. 1 Ziff. 3 RAGebO. zu $^{10}/_{10}$ aus der ganzen Forderung, sondern höchstens zu $^{3}/_{10}$ nach Art. 4 Abs. 5 PrRAGebG. v. 27. September 1899 berechnet werden.

2. OldZ. **34** 231 (Oldenburg). Der Gläubiger hat wegen der Kosten, die ihm wegen Zurücknahme seines ZwVantrags zur Last fallen, das Recht, Schätzung des Grundstücks nach OldGKG. § 100, RGKG. § 17 zu verlangen und, wenn ihm solche verweigert wird, Beschwerde zu erheben. Von der Hinterlegung eines Kostenvorschusses kann solche Abschätzung nicht abhängig gemacht werden.

3. Bedingte Stundung § 30, Vereinbarung freiwilliger Veräußerung § 122 Ziff. 1.

§ 30. **RG.** SächsRpflA. **07** 337. Macht der Gläubiger die Aufhebung der ZwV. davon abhängig, daß der Schuldner bis zu einem bestimmten Tage rückständige Zinsen und Kosten bezahlt, so ist er, wenn diese Zahlung später erfolgt, nach §§ 148, 150 BGB. an sein Anerbieten nicht mehr gebunden. Nimmt er die Zahlung stillschweigend an und beantragt er dann nur vorläufige Einstellung der ZwV., so hindert ihn dies nicht, die ZwV. alsbald wieder fortzusetzen.

§ 31. Zuschlagsversagung § 81 Ziff. 2, Fortsetzung §§ 28 Ziff. 3 c, 30, 37 Ziff. 1.

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

§ 36. Schiffsversteigerung § 162.

§ 37. 1. Reinhard, R. **07** 21, 354. Die prozeßgerichtliche Einstellung oder Aufhebung der ZwV. in fremdes Zubehör bildet nur eine der möglichen Grundlagen für den, immer notwendigen, entsprechenden Beschluß des Versteigerungsrichters. Eine andere Grundlage dafür kann nach § 775 Ziff. 3—5 ZPO. gegeben

sein. Insbesondere kann bei endgültiger Freigabe der Sachen der ZwVrichter das Verfahren in sie aufheben, bei bloß vorläufiger es einstellen. Im letzteren Falle wird die Einstellung nach § 31 dann zum Aufhebungsgrunde, wenn nicht binnen 6 Monaten Fortsetzungsantrag gestellt wird. Der Eigentümer der Sachen kann durch Klage auf endgültige Entscheidung des Gläubigers dringen. — Selbst Anordnung der Sonderversteigerung nach § 65 schützt die nicht betreibenden Gläubiger nicht genügend, weil der betreibende Gläubiger den Fortsetzungsantrag ablehnen kann. Zwar erlischt das Recht der anderen Realgläubiger auf das Zubehör mit Versteigerung des Grundstücks nicht — contra Eccius und Fuchs —, aber sie können den betreibenden Gläubiger nicht zum Fortsetzungsantrage zwingen. Als einziges Schutzmittel ist ihnen mit Jaeckel frühzeitige Erwirkung eines dinglichen Vollstreckungstitels nach §§ 799, 800 ZPO. nicht genug zu empfehlen. ➼ S. andere zum Teil abweichende Meinungen JDR. **5** § 37. Herold, dort mit aufgeführt, bekämpft R. **07** 299 obige Ausführungen Reinhards teilweise und beharrt insbesondere auf seinem Satze, daß die Zubehörfreigabe nur des betreibenden Gläubigers nicht die Unterlage für einen Einstellungsbeschluß bilden könne. Red. ⟵

2. Müller, SächsRpflA. **07** 95, mahnt zur Vorsicht unter Darlegung eines Rechtsfalls, wobei die an sich nicht mit dem Grundstücke haftenden Ziegeleivorräte vorbehaltslos mit der Zigelei ausdrücklich zugeschlagen wurden und der Konkursverwalter weder Einstellung des Verfahrens beantragt, noch Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß erhoben hatte, somit jene Vorräte der Konkursmasse endgültig entzogen blieben. ➼ Hiergegen kämpft Herold, SächsRpflA. **07** 142, an, indem er, gestützt namentlich auf § 55, dem Versteigerungsrichter die Macht abspricht, nicht von der Beschlagnahme mitergriffene Sachen gültig zuzuschlagen. In diesem Sinne hat auch das OLG. Dresden auf Klage des Konkursverwalters entschieden. Vgl. SächsOLG. **28** 207, OLG. **14** 106; s. auch § 90 Ziff. 14. Red. ⟵

3. **RG. 66** 88. Bei Gelegenheit der TeilungsZwV. einer Baumschule klagten 3 Teilhaber gegen die 2 anderen auf Aufhebung des Verfahrens in die auf dem Grundstück anstehenden Bäume, Sträucher und Pflanzen. Vom OLG. Dresden und vom RG. wurde dahin entschieden, daß diese Baumschulbestände weder als wesentliche Bestandteile, noch als Zubehör des Grundstücks gelten könnten.

4. *Wolff, BayRpflZ. **07** 201. Im Verfahren der ZwV. ist der betreibende Gläubiger zur Freigabe von Zubehörstücken mit der Wirkung berechtigt, daß diese Verfügung seiner Verurteilung zur Freigabe gleichsteht. Der Zustimmung der übrigen Beteiligten bedarf es nicht. Auf Grund der Freigabeerklärung hat das ZwV.gericht in Ermangelung eines Beschlusses des Prozeßgerichts die Aufhebung des Verfahrens hinsichtlich des freigegebenen Gegenstandes anzuordnen, ohne daß dadurch das Verfahren in Ansehung des Grundstücks beeinflußt wird. Diese Anordnung hat das Vollstreckungsgericht vor Erlassung des Zuschlagsbeschlusses, auch noch nach dem Versteigerungstermine, zu treffen. ➼ In letzterem Falle nimmt der Verf. gegen v. d. Pfordten (vgl. JDR. **5** § 37 Ziff. 7) an, daß das Meistgebot nicht hinfällig werde. Red. ⟵

5. SächsRpflA. **07** 160 (Dresden). Der Verkäufer, der sich das Eigentum an Rollläden vorbehalten hat, die zu wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks des Käufers geworden sind, hat keinerlei Zahlungsanspruch gegen den Ersteher. Die Anmeldung seiner Kaufpreisforderung beim ZwVgerichte nützt ihm nichts.

6. Reinhard, BayRpflZ. **07** 272. Dem Dritten, der nicht nach Ziff. 5 verfuhr, darf nicht entgegengehalten werden, daß die Mitversteigerung seines Zubehörstücks den Erlös für das Grundstück nicht erhöht habe, oder daß der Ersteher von dessen Vorhandensein gar keine Kenntnis gehabt und infolgedessen auch nicht im Hinblicke darauf sein Gebot höher bemessen, oder daß er zwar vom Vorhandensein

des Zubehörstücks gewußt, aber geglaubt habe, als einem Dritten gehörig werde es nicht mitversteigert. — Auf die Erlösverteilung im angenommenen Falle dürfte § 471 BGB. entsprechend zur Anwendung kommen.

7. BadRpr. **07** 128 (LG. Karlsruhe). Der badische Versteigerungsnotar kann eine vorläufige Einstellungsverfügung nach § 769 Abs. 2 ZPO. nicht erlassen. Seine ungültige Verfügung kann aber unter Umständen durch bestätigenden Beschluß des Vollstreckungsgerichts geheilt werden (s. § 28 Ziff. 3 c).

8. BadRpr. **07** 145 (LG. Karlsruhe). Streit über das Eigentumsrecht an Zubehörstücken ist nach § 771, Streit über die Zubehöreigenschaft einzelner Sachen nach § 766 ZPO. zu erledigen.

9. Reinhard, ZBlFG. **8** 392, findet die Entscheidung des OLG. Posen (OLG. **15** 34, PosMSchr. **06** 178, JDR. **5** § 37 Ziff. 13) bedenklich, wonach ein gegen den Einstellungsbeschluß in Zubehör verstoßender Zuschlagsbeschluß selbst durch Verzicht des Erstehers auf das Zubehör nicht heilbar sein soll.

10. Schönfeld, R. **07** 1452, führt gegen ein (nicht bezeichnetes) Urteil folgendes aus: Der Ersteher erwirbt wohl das Eigentum des Grundstücks und zugleich damit nach § 90 Abs. 2 die Gegenstände, auf die sich die Versteigerung erstreckt, er wird jedoch nur Miet pfandgläubiger an den eingebrachten Sachen des Mieters oder Pächters, die nach § 1120 BGB. nicht Zubehör des Grundstücks sind. Der Pächter oder Mieter bedarf daher bei der ZwV. des Grundstücks keiner Schutzmaßregel nach § 37 oder sonstwie. Keinesfalls könnte er solche auf Kosten des Vollstreckungsschuldners erwirken.

11. S. zu §§ 20, 55, 90, Personenanmeldung § 114 Ziff. 4, Glaubhaftmachung § 10 Ziff. 2, Straßenanliegerbeiträge § 10 Ziff. 8.

§ 38. Zubehörverzeichnis § 90 Ziff. 11.

§ 41. 1. **RG.** (Zivils.) **65** 134, ZBlFG. **7** 821, JW. **07** 176. Der betreibende Gläubiger ist nicht verpflichtet, gemäß § 1166 BGB. seinem Bürgen Mitteilung von der ZwV. zu machen. S. auch o. zu § 1166 BGB.

2. OLG. **15** 236 (KG.). Der Konkursverwalter ist nicht verpflichtet, dem Dritten, der auf Aussonderung von Grundstücksbestandteilen gegen ihn klagt, von der ZwV. des Grundstücks Mitteilung zu machen. Auch wird dadurch, daß aus dem Erlöse des Grundstücks samt mithaftenden Sachen einzelne Konkursgläubiger ganz oder teilweise befriedigt wurden, die Konkursmasse nicht bereichert.

§ 42. Keine Mitteilungspflicht § 45 Ziff. 1.

§ 43. ➵ **RG.** 19. 1. 07. Nachdem das Ablehnungsgesuch der Schuldner gegen den ZwVrichter in 2 Instanzen verworfen war, beraumte der Richter auf Andrängen der anderen Beteiligten und ohne Rücksicht auf die schwebende (unzulässige) Beschwerde der Schuldner zum RG. den Versteigerungstermin unter knapper Einhaltung der 6 wöchigen Frist gemäß § 47 ZPO. an. Auf dieses Verfahren und andere Behauptungen gründeten die Schuldner neue Ablehnungen des Vollstreckungsgerichts und der Landgerichtsmitglieder. Das OLG. wies aber das Ablehnungsgesuch und das RG., als nunmehr erstes Beschwerdegericht, wies die Beschwerde als unbegründet zurück. ⇠

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

§ 44. 1. Reinhard, ZBlFG. **7** 750, bespricht folgenden Hypothekenstand und das geringste Gebot dafür: I. 1200 M. Muttergut des A. II. a) 5000 M. des B., wovon dieser aber 2000 M. mit Vorrang an C. zediert hat. b) 6 prozentige Verzinslichkeit des Mutterguts zu I. B. ist betreibender Gläubiger. Reinhard ist der Meinung, daß, weil sämtliche Hypotheken vor 1900 eingetragen worden sind, auf den Verzinslichkeitseintrag II b sächs. Recht — und nicht § 1119 BGB. — zur Anwendung komme und daß sich B. in das geringste Gebot einrechnen lassen müsse

neben den 1200 M. u. 2000 M. 6 pCt. künftige Zinsen aus den 1200 M. vom Zuschlag an und nach dem Verhältnisse 2000 : 3000 zwei Fünftel der rückständigen und laufenden Zinsen aus den 1200 M. — diese $^2/_5$ im Bargebot —.

2. Frommherz, Dingliche Sicherung des Anfechtungsanspruchs, R. **07** 875 Der Anfechtende hat keinen Anspruch auf Löschung einer anfechtbaren Sicherungshypothek, nur einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung ohne Rücksicht auf den Rechtserwerb des Gegners. Dieser Anspruch findet seine Verwirklichung im ZwVverfahren, indem bei Berechnung des geringsten Gebots gemäß § 44 die Hypothek des Gegners — wenigstens dem Anfechtenden gegenüber — nicht als eine vorgehende behandelt wird (s. § 9 Ziff. 1).

3. Jeppe, Die Eigentümerhypothek des Gemeinschuldners, LeipzZ. **07** 898. § 44 hat a) die negative Funktion, den nachstehenden Gläubiger am beliebigen Zugriffe zu dem verpfändeten Grundstücke zu hindern, b) die positive Funktion, daß der betreibende Hypothekar nicht selbst ins geringste Gebot aufgenommen werden kann. Der Eigentümerhypothek kann aber sachgemäß, da der Eigentümerhypothekar nicht selbst die ZwV. betreiben kann, nur die Funktion zu a zugute kommen. Die herrschende Meinung (Jäger, KO. § 126 Anm. 9, Oberneck, LeipzZ. **07** 384) nimmt nun an, daß gleiches auch für die Eigentümerhypothek des Gemeinschuldners gelten müsse, daß ihr der Vorteil zu b nicht zukomme. Diese Ansicht ist aber — wie an einem Zahlenbeispiele gezeigt wird — für den die ZwV. nach § 126 KO. betreibenden Konkursverwalter sehr ungünstig, und es fragt sich, ob sie nicht schon nach dem bestehenden Gesetz unhaltbar ist, worüber der Verf. sich später aussprechen wird.

4. Ratzinger, JustdBl. **2** 86. A. hatte von seiner ersten Hypothek zu 7500 M. den Betrag von 4000 M. mit Vorrang abgetreten und betrieb sodann für 120 M. vor der Abtretung rückständig gewordene Zinsen aus den 7500 M. die ZwV. Dieser in erster Rangstelle stehende Zinsanspruch ist maßgebend für die Feststellung des geringsten Gebots. In diesem finden die abgetretenen 4000 M. keine Deckung.

5. Rangrücktritte § 115 Ziff. 4, Verstempelung § 58 Ziff. 3, Ausgebot s. § 49 und Vorbemerkung davor.

6. *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 33 ff. Eine Dienstbarkeit und ein Nießbrauch des Eigentümers selbst ist wie jedes derartige Recht Dritter zu berücksichtigen (vgl. Ziff. 3 zu § 9 und Ziff. 7 zu § 146).

§ 45. 1. OLG. **15** 25 (KG.). Die Frage, ob die von einem ZwVgläubiger zur Fertigstellung eines Baues vorgeschossenen Kosten nötige Verbesserungen des Grundstücks im Sinne des § 10 Ziff. 1 bewirkt haben, ist nach Lage des Falles zu beantworten. Will der Gläubiger einen Neubau erst beginnen, so wird man sie verneinen, dagegen sie dann bejahen müssen, wenn es sich um Vollendung eines vorher begonnenen Neubaues handelt. Wird ein derartiger nötiger Aufwand glaubhaft gemacht, so ist er in das geringste Gebot aufzunehmen, ohne daß der Versteigerungsrichter verpflichtet war, dies den — ja zur Akteneinsicht berechtigten — Beteiligten vor dem Termine besonders mitzuteilen. ➸ Ähnlich Dresden daselbst 28 u. JDR. **5** § 10 Ziff. 1 (vgl. auch § 90 Ziff. 9, § 10 Ziff. 13). Red. ⇐

2. Kostenfestsetzung § 10 Ziff. 14, Öffentliche Abgaben § 10 Ziff. 6—9.

§ 48. 1. BadNotZ. **07** 94 (Karlsruhe) verneint für Baden ein Bedürfnis, wegen der altrechtlichen badischen Kostenkautionen von der durch das RGes. vom 17. März 1906 der Landesgesetzgebung erteilten Ermächtigung Gebrauch zu machen, da sie keine selbständigen Höchstbetragshypotheken seien.

2. **RG. 65** 260, JW. **07** 256, ZBlFG. **8** 33, DJZ. **07** 538. Der § 48 enthält nur eine Ausnahmebestimmung für Vormerkungen. Im allgemeinen stehen diese der Hypothek nicht gleich. Wird im ZwVverfahren auf die Vormerkung des Rechtes

auf Sicherungshypothek verzichtet, so entsteht keine Eigentümerhypothek, sondern rücken die nachstehenden Realgläubiger vor. ➠ Hierdurch wurde das Urt. des OLG. Dresden, OLG. **14** 69, bestätigt. Red. ⟵

3. Kretzschmar, ZBlFG. **7** 805, billigt das Urt. **RG. 63** 152 (JDR. **5** § 48 Ziff. 4), wonach der Nachhypothekar im Zweifel die zu seinen Gunsten für seine bestimmte Hypothek eingetragene Löschungsvormerkung nicht für seine anderen Nachhypotheken ausnutzen darf. Er ist der Meinung, daß nach § 226 BGB. ein solcher Vormerkungsberechtigter auch vor der ZwV. sich mit Vorrangseinräumung begnügen müsse, nicht Löschung der durch die Vormerkung belasteten Vorhypothek verlangen könne.

4. ZBlFG. **7** 829, SeuffBl. **07** 606 (Dresden). Ist Widerspruch gegen eine Hypothek im Grundbuch eingetragen und im Verteilungstermin erhoben und ist daher für die Beteiligten bedingte Sicherungshypothek nach §§ 118, 130 eingetragen worden, so berechtigt weder die Nichteinhaltung der Frist für die Widerspruchsklage, noch die nachträgliche Aufhebung der den Widerspruchseintrag begründenden einstweiligen Verfügung den Vollstreckungsrichter, einem Antrage des Widerspruchsgegners auf Umschreibung der Sicherungshypothek auf ihn stattzugeben. Vielmehr muß sich der Widerspruchsgegner an das Grundbuchamt selbst wenden.

5. du Chesne, SeuffBl. **07** 523. Schon der Wegfall des angeblich unrichtigen Bucheintrags hat den Wegfall des auf seine Beseitigung gerichteten Berichtigungsanspruchs (§ 894 BGB.) notwendig zur Folge und damit wird auch der Widerspruch (§ 899 BGB.) inhaltslos und verfällt der Löschung. Die Klage, die sodann nach erfolgter bedingter Anweisung im Teilungsplane der bisher angeblich Berichtigungsberechtigte gegen den bisher Eingetragenen erhebt, ist keine reine Negatorienklage, sondern eine den Streit um das prozessuale Recht auf den Versteigerungserlös einleitende Klage (vgl. § 92 Ziff. 1 unten), die man allerdings als quasinegatorische bezeichnen darf, insbesondere in Fällen, da der durch Widerspruch gegen den Eigentumsanspruch geschützt Gewesene auf den Erlösüberschuß klagt. Der herrschenden Ansicht, daß der letztere die ZwV. hindern und vom Ersteher den Eintrag seines Eigentums verlangen könne, ist nicht beizutreten. Nur die Vormerkung vermag solche Wirkung zu üben.

6. Reichel, Die Überschreibung der Vormerkung, R. **07** 1510. Der Vorgemerkte kann auf die Antizipationskraft seiner Vormerkung (§ 48) wirksam verzichten (vgl. JheringsJ. **46** 122). Grundbuchseintrag ist hierzu nicht nötig.

7. ➠ Das OLG. Breslau hat am 30. März 1907 die beklagten HypGläubiger und den mitbeklagten Subhastaten verurteilt, in Auszahlung eines hinterlegten Erlösbetrags an den Kläger, für den eine den fraglichen Hypotheken vorgehende Vormerkung zur Sicherung seines Auflassungsanspruchs eingetragen war, zu willigen. Es hat die Zurückbehaltungseinrede des Subhastaten, betreffend seine Gegenforderungen aus dem Tauschvertrag, aus prozessualen Gründen nicht berücksichtigt. Vom RG. wurde am 8. Februar 1908 die Revision der Beklagten zurückgewiesen, nachdem inzwischen der Subhastat in einem anderen Prozesse pure und rechtskräftig zur Auflassung verurteilt worden war. Vgl. JDR. **5** § 48 Ziff. 6. Red. ⟵

8. BayObLG. **8** 362. Nach dem ÜberleitungsG. vom 15. Mai 1906 kann eine unter der Herrschaft des früheren Rechtes begründete Nebensachenhypothek nicht nach § 1180 BGB. für eine andere Forderung bestimmt werden.

9. S. auch zu § 50!

Vorbemerkung (zu §§ 49 ff.): Die Nichtaufnahme der stehenbleibenden Rechte in das Ausgebot gibt noch immer Anlaß zu Irrtümern und Meistgebotsanfechtungen, wie verschiedene Rechtsfälle lehren. Es ist aber fraglich, ob ohne Gesetzesänderung gründliche Abhilfe möglich ist. Vgl. JDR. **2** § 44 Ziff. 4, **3** § 44 Ziff. 3.

§ 49. 1. ZBlFG. **7** 708, HessRspr. **7** 115 (Darmstadt). Wegen wesentlichen Widerspruchs zwischen Protokoll und Zuschlagsbeschluß darüber, ob die stehenbleibende Vorhypothek in das Ausgebot eingerechnet war, mußte der Zuschlag aufgehoben werden. An sich mag Zuschlagsversagung bei Aufnahme der stehenbleibenden Hypotheken in das Ausgebot nicht gerechtfertigt sein, jedenfalls ist sie es aber dann, wenn das ungesetzliche Verfahren möglicherweise Irrtum in den Kaufsliebhabern erregt hat (s. auch § 73 Ziff. 1, § 81 Ziff. 2).

2. Über Ansprüche aus § 10 s. dort.

§ 50. 1. SeuffBl. **07** 676 (Dresden). Die erfolgte teilweise Tilgung einer bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Amortisationshypothek begründet keine Zuzahlungspflicht des Erstehers (vgl. Ziff. 3 u. 4).

2. WürttJ. **19** 171 (Stuttgart). Die württembergische Kostenkautionshypothek ist als resolutiv bedingtes Recht im Sinne des § 50 Abs. 2 Ziff. 1 anzusehen.

3. SächsOLG. **28** 456. Der Zuschlag durfte nicht deshalb verweigert werden, weil er trotz einer für X. eingetragenen Vormerkung auf den getilgten Teil einer sächsischen Amortisationshypothek unter der Bedingung erfolgte, daß die Amortisation dem Ersteher zugute komme. Denn gleichzeitig wurde auch bestimmt, daß die Hypothek und die Vormerkung für X. dabei bestehen bleiben solle. X. ist sonach nicht gehindert, sein vermeintliches Recht gegen den Ersteher zu verfolgen, wovon er aber nach den Satzungen des landwirtschaftlichen Kreditvereins als Hypothekgläubigers kaum Erfolg haben wird (s. § 90 Ziff. 6).

4. BreslauAK. **07** 17 (LG. Breslau). Selbst wenn bei einer Amortisationshypothek nach den Statuten der Hypothekenbank dem Schuldner die Verfügung über den Amortisationsfonds entzogen ist, so ist doch die Voraussetzung dieser Beschränkung des Schuldners in dem Augenblicke weggefallen, als sich die Bank dem Antrag auf ZwV. anschloß, und in diesem Zeitpunkt ist für den Grundstückseigentümer die Eigentümergrundschuld in Höhe der damals vorgeschrittenen Kapitalsabzahlung entstanden. Der nachstehende Hypothekgläubiger hat kein Recht auf diesen Betrag.

5. Löschungsanspruch § 52 Ziff. 1, Abtretung und Pfändung der Eigentümerhypothek s. §§ 1154, 1163 BGB., §§ 830, 857 ZPO., bedingte Rechte s. oben § 48, Höchstbetragshypotheken § 114.

§ 52. 1. **RG.** ZBlFG. **8** 248. Des Nachweises eines besonderen Interesses für den negatorischen Anspruch des Erstehers auf Löschung einer stehengebliebenen Vorhypothek bedarf es nicht, weil er sich aus dem Eigentume von selbst ergibt. Übrigens ist ein solches Interesse im gegebenen Falle wohl denkbar, weil die Kläger als Zedenten eines ausgefallenen Nachhypothekars diesem möglicherweise verhaftet sind. Voraussetzung des Anspruchs würde allerdings nicht bloß der Nachweis, daß die Hypothek des Beklagten bezahlt und als Eigentümergrundschuld auf die Eigentümerin E. übergegangen ist, sondern auch der Nachweis sein, daß diese ihr Anrecht auf die Eigentümergrundschuld aufgegeben hat. Ein solcher Verzicht kann zwar vielleicht nicht aus deren persönlicher Löschungsverpflichtung (**RG. 60** 264, anders JW. **06** 424), wohl aber unter Umständen aus einer von ihr unterschriebenen Blankolöschungsbewilligung entnommen werden (vgl. **RG. 57** 66, **58** 169). Auf den bloßen Ausfall ihrer eigenen Nachhypothek können dagegen die Kläger den vorerwähnten Löschungsanspruch nicht stützen, da der zu löschende Hypothekbetrag ihrem ausgefallenen Vormanne zufallen würde.

2. ➹ **RG.** 5. 10. 07. Auch ein Hypothekrangvorbehalt nach § 881 BGB., der nicht rechtzeitig benutzt wurde, erlischt mit dem Zuschlage. Red. ⇜

3. Frohmann, DJZ. **06** 1310, bekämpft die Mertensschen Ausführungen 873 das. (JDR. **5** § 52 Ziff. 3), wonach im Gebiete des PrALR. der Ersteher nicht ohne weiteres in den Feuerversicherungsvertrag eintreten soll. Er be-

jaht diesen Eintritt nach § 2163 II 8 ALR., **RG.** in RAnz. vom 3. November 1884 u. JW. **91** 430, denen **RG. 32** 305 u. **44** 324 nicht entgegenstünden.

4. Vereinbartes Stehenbleiben § 53 Ziff. 2.

§ 53. 1. ➠ **RG.** 4. 12. 07. Die Beklagten M. übernahmen 1903 als Ersteher des T.schen Grundstücks die persönliche Schuld hinsichtlich der ins geringste Gebot aufgenommenen Hypothek der Kläger K. Die Forderung wurde im T.schen Konkurse durch Zwangsvergleich auf 27 ½ pCt. herabgesetzt. Die Beklagten verkauften das Grundstück an die Gesellschaft D., von der die Hypothek ohne Anwendung des § 416 BGB. übernommen wurde. Bei neuerlicher ZwV. im Jahre 1905, in der die Kläger K. Ersteher wurden, fiel die Hypothek größtenteils aus. Erst im Jahre 1906 machte T. den Klägern Mitteilung von der erwähnten, im Jahre 1903 erfolgten, Schuldübernahme der Beklagten gemäß § 416 BGB. und die Kläger genehmigten die Schuldübernahme. Dieses Verfahren war noch rechtswirksam und die Beklagten wurden mit Recht als persönliche Schuldner zur Zahlung des verlangten, unter 27 ½ pCt. der Hypothek zurückbleibenden Betrags verurteilt. Red. ⬸

2. SächsOLG. **28** 265. Bei Vereinbarung des Bestehenbleibens einer Hypothek nach §§ 52, 59 ist das im § 416 BGB. vorgeschriebene Verfahren nicht mehr nötig (vgl. JDR. **5** § 53).

§ 55. 1. BayRpflZ. **07** 283 (Nürnberg). Hat der Hypothek- und Beschlagnahmegläubiger dem Verkäufer einer zum wesentlichen Bestandteile des Pfandgrundstücks gewordenen Maschine (Vollgatter) gegenüber sich verpflichtet, deren Entfernung vom Grundstücke zu dulden, so bleibt er an diese Erklärung gebunden, auch wenn er später das Pfandgrundstück ersteht.

2. Vgl. zu §§ 20, 37, 90.

§ 56. Einschränkung der Nutzung § 57 Ziff. 7, Anfechtung wegen Beschaffenheit § 73 Ziff. 1.

§ 57. 1. BayRpflZ. **07** 22 (München). Der Ersteher kann die Wirkung früherer Mietzinspfändungen Dritter dadurch beseitigen, daß er mit den Mietern nach dem Zuschlage neue Mietverträge schließt. ➠ Die Red. vorgenannter Zeitschrift äußert Bedenken gegen die allgemeine Anwendbarkeit dieses Satzes (s. auch unten Ziff. 4) Red. ⬸

2. **RG. 65** 29, FrankfRundsch. **41** 1, JW. **07** 101, DJZ. **07** 357. Der Untervermieter haftet dem Untermieter nicht wegen der ohne sein Zutun erfolgten ZwV. des Mietgrundstücks und der deswegen eintretenden Mietbeendigung.

3. Lindemann, R. **07** 370, verteidigt gegen Eccius in GruchotsBeitr. **50** 460 die herrschende Meinung, daß der Ersteher zwar schon mit dem Zuschlage das Mietkündigungsrecht erlangt, daß aber seine Kündigung nach Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses ex tunc die Wirksamkeit verliert. Er gibt dem Mieter zwar das Recht, nach Aufhebung des Zuschlags die gekündigte Miete fortzusetzen, versagt aber dem Subhastaten und dem neuen Ersteher Ansprüche gegen den Mieter, der die Wohnung wegen solcher Kündigung geräumt hatte (vgl. § 90 Ziff. 5).

4. Kretzschmar, BayRpflZ. **07** 161, 183, bekämpft obige Entscheidung Ziff. 1 und führt im wesentlichen aus: Der Grundsatz, daß Kauf nicht Miete bricht, ist nach § 57 nur eingeschränkt. Durch diesen und durch § 101 Ziff. 2 BGB. wird im allgemeinen auch an den Bestimmungen der §§ 573—575 BGB. — abgesehen von § 573 Satz 2 — nichts geändert. Der Realgläubiger kann die Miet- und Pachtzinsen des ihm verpfändeten Grundstücks durch Beschlagnahme zum Zwecke der ZwVerw., zuvor etwa auch durch Mobiliarpfändung in Anspruch nehmen. Die Wirkungen der ersteren unterliegen den Einschränkungen der §§ 1123 Abs. 2 Satz 1 u. 2 und 1124 BGB. Die Verfügung über Miet- und Pachtzinsen und deren Pfändung über das zur Zeit der ZwVerw.Beschlagnahme laufende und das nachfolgende Kalendervierteljahr hinaus ist unwirksam. Nebeneinander bestehende ZwVerw.- und ZwV.

Beschlagnahme wirken voneinander unabhängig. Vom Tage des Zuschlags an gebühren die Miet- und Pachtzinsen wieder den Pfändungsgläubigern, während die ZwVerw.Beschlagnahme beschränkter wirkt. Die vom Verf. früher vertretene entgegengesetzte Meinung kann nicht aufrechterhalten werden. Dem OLG. München (Ziff. 1 oben) ist nicht beizustimmen, weil die durch das Mietverhältnis begründete Forderung durch den an sich zulässigen Vertrag zwischen Ersteher und Mieter auch für die Zukunft unberührt bleibt, soweit die Abtretung und die Pfändung reichen. Das ergibt sich aus §§ 407, 1276 BGB., § 804 ZPO. ➠ Auch von Th. Wolff, BayRpflZ. **07** 377, wird die Entscheidung bekämpft (s. auch Ziff. 9 u. 10 unten). Red. ⟵

5. OLG. **14** 129 (KG.). Nießbrauchsbestellung ist keine Verfügung über die Mietzinsen (vgl. auch JDR. **5** § 146 Ziff. 3).

6. Jacoby, R. **07** 562 u. 620, hebt die Unbilligkeit der gesetzlichen Anerkennung von Vorausverfügungen über Miet- und Pachtzinsen (§ 1124 BGB.) gegenüber Hypothekengläubigern und Erstehern hervor.

7. SächsRpflA. **07** 183 (Dresden). Der Klage der Hypothekengläubigerin gegen den Mietzinszessionar auf die Feststellung, daß der künftige Ersteher vom Zuschlag an die Mietzinsen erwirbt, fehlt es schon an den Voraussetzungen des § 256 ZPO., wenn sie damit nur ein besseres Versteigerungsergebnis erzielen will. Sie ist aber auch sachlich unbegründet, weil § 57 ZVG. mit § 573 BGB. das dem Ersteher nach § 56 ZVG. zustehende Recht auf die Erträgnisse einschränkt (s. unten § 148 Ziff. 6).

8. ➠ **RG.** 17. 6. 07. Ohne Anwendung des § 57 wurde der Mieter und Gastwirtschafts-„Kastellan" verurteilt, dem Ersteher das Grundstück zu räumen, weil die betreffenden, den § 45 GewO. umgehenden, Verträge nach § 138 BGB. wider die guten Sitten verstießen. Red. ⟵

9. Kretzschmar, ZBlFG. 8 317, bespricht unter Bedauern über das nach dem Gesetze kaum zu bekämpfende Ergebnis das Urteil des **RG. 64** 415 (JDR. **5** § 57 Ziff. 4), wonach der Ersteher nach dem Zuschlag anfallende Mietzinsen dem Pfändungsgläubiger überlassen mußte (s. oben Ziff. 4).

10. Auch Altmann, ZBlFG. 8 322, beschäftigt sich (zustimmend) mit **RG. 64** 415 und führt insbesondere mit der herrschenden Meinung gegen Peiser, BuschsZ. **35** 269, aus, daß der Zeitpunkt des Zuschlags, nicht der der Beschlagnahme zum Zwecke der (gleichzeitig bestehenden) ZwVerw., für die Frage, welche Mietzinsen dem Ersteher gebühren, maßgebend ist. S. § 90 Ziff. 17.

11. Jacoby, SeuffBl. **07** 1034, bekämpft eine Entscheidung des LG. München I, das die ein Jahr nach dem Zuschlag erhobene Räumungsklage gegen den Mieter abwies, der zur Zeit des Zuschlags auf 3 1/2 Jahre gemietet hatte, aber noch nicht eingezogen und dem bloß mündlich vom Ersteher das Einziehen gestattet worden war. Er meint, daß eine teilweise Schlüsselübergabe noch keine „Überlassung" im Sinne der §§ 571 BGB., 57 ZVG. gewesen sei.

12. Unwirtschaftliche Vermietungen § 23 Ziff. 3, Mietzinsen s. auch § 148.

§ 58. 1. Seyffert, ZBlFG. 8 141, bespricht einen Beschluß des LG. Cöln, wonach die Gebühr für den Zuschlagsbeschluß über einen Bauplatz trotz dessen viel höheren Wertes gemäß § 124 Abs. 1 Satz 3 PrGKG. nur nach dem 40 fachen Betrage des Grundsteuerreinertrags berechnet wurde.

2. OLG. **15** 203 (KG.). Ein mit bewohnbaren Gebäuden besetztes, aber als solches in die Steuerrolle noch nicht aufgenommenes Grundstück ist in Preußen nicht nach dem 40 fachen Werte des Grundsteuerreinertrags, sondern nach freiem Ermessen zu bewerten.

3. PosMSchr. **07** 56 (KG.). Bei Verstempelung des Zuschlagsbeschlusses nach Tarifst. 32 Abs. 2 PrStempStG. ist eine in das geringste Gebot aufgenommene Höchstbetragshypothek zum vollen eingetragenen Höchstbetrage zu berechnen.

4. KGJ. **34** B 5 (KG.). Für die durch den Zuschlagsbeschluß erwachsende Gebühr und Stempelsteuer haftet der Staatskasse gegenüber nur der Ersteher. Von dem Meistgebotszedenten nach § 81 dürfen diese Kosten nicht erfordert werden (s. § 81 Ziff. 3).

5. Umsatzsteuer § 90 Ziff. 13, Kostenwesen § 109.

§ 59. TeilungsZwV. § 182, § 180 Ziff. 2, Hypothekbelassung § 53 Ziff. 2, Dienstbarkeitserlöschen § 91 Ziff. 1, Gruppenausgebot § 112 Ziff. 3.

§ 63. 1. Friedrich, BayRpflZ. **07** 125, hält bei Versteigerung einer größeren Anzahl von Grundstücken eine richtige und auch für den Laien noch verständliche Durchführung der §§ 63, 64, 112 für beinahe ausgeschlossen.

2. OLG. **14** 202, SeuffA. **62** 253 (Cassel). Der Ersteher kann sich nicht über Unterlassung von Einzelausgeboten beschweren. ➠ Dieselbe Entsch. auch ZBlFG. **8** 45, R. **07** 259. Red. ⇠

3. *Lersch, Das Gesamtausgebot, GruchotsBeitr. **51** 335 ff., R. **07** 1232. Zu Abs. 2. a) „Beteiligter" ist nicht jeder Beteiligte im Sinne des § 9, sondern nur jeder am Gesamtausgebot irgendwie interessierte Beteiligte. Dazu gehört auch der Mieter und Pächter (anders die herrschende Meinung). Nicht interessiert sind insbesondere die Inhaber solcher grundbuchmäßiger Rechte, welche beim Einzel- und beim Gesamtausgebot ins geringste Gebot aufzunehmen sind. Trotz dieser Voraussetzung sind solche Rechte aber an dem Gesamtausgebot interessiert, soweit sie bei einem Antrage nach § 64 Abs. 1 u. 2 (Feststellung des geringsten Gebots nach der verteilten Gesamthypothek) zwar dem betreibenden Gläubiger, aber nicht der Gesamthypothek vorgehen. b) Antrag auf Gruppenausgebot können auch die dem betreibenden Gläubiger nachstehenden Berechtigten an einem zum Gruppenausgebote nicht geeigneten, aber in demselben Verfahren zu versteigernden Grundstücke stellen, da auch sie Vorteile aus einem solchen Ausgebote ziehen können (anders die herrschende Meinung). c) Gesamtrechte sind in das geringste Gesamtgebot nur einmal im vollen Betrag aufzunehmen. Dies gilt auch, wenn das Gesamtrecht zwar dem betreibenden, nicht aber einem beigetretenen Gläubiger vorgeht, nach dessen Recht das geringste Gebot teilweise festzusetzen ist. — Zu Abs. 3. Das Gesamtausgebot kann endgültig abgeschlossen werden, ehe zum Einzelausgebote geschritten wird, so daß einem späteren Meistgebot auf ein Einzelausgebot trotz § 63 Abs. 4 Satz 1 keine Einwirkung auf das Gesamtausgebot mehr zugestanden werden kann (anders die herrschende Meinung). — Zu Abs. 4. a) Der „Mehrbetrag" des erhöhten geringsten Gesamtgebots über das eigentliche geringste Gesamtgebot ist vom Ersteher bar zu decken. b) Erscheinen in dem geringsten Gebote Gesamtrechte beim Gesamtausgebote nur in einfachem, bei den Einzelausgeboten dagegen in mehrfachem Betrage, so kann zu einer Erhöhung des geringsten Gesamtgebots nur insoweit geschritten werden, als die Differenz zwischen den beiden geringsten Geboten nicht aus dem mehrfachen Auftreten des Gesamtrechts in den Einzelgeboten herrührt. Dasselbe gilt rücksichtlich der Zinsen solcher Gesamtrechte. Wird Antrag nach § 64 Abs. 1 u. 2 gestellt, so erhöht ein das geringste Einzelgebot übersteigendes Bargebot so lange das geringste Gesamtgebot nicht, als es sich in der Grenze des Betrags hält, der das geringste Einzelgebot — ohne Antrag nach § 64 Abs. 2 — bezeichnen würde.

4. S. auch zu § 112.

§ 64. 1. ElsLothJZ. **07** 252 (Colmar). § 64 ist auf das elsaß-lothringische Löschungsverfahren entsprechend anzuwenden.

2. Einzelheiten s. § 63 Ziff. 3.

§ 65. Sonderversteigerung s. § 37 Ziff. 1, Versicherungsbetrag § 20 Ziff. 7, Gruppenausgebot § 112 Ziff. 3.

V. Versteigerung.

§ 66. 1. **RG.** SeuffBl. **07** 426, SeuffA. **62** 274, JW. **07** 201, DJZ. **07** 481. Wenn der Hypothekgläubiger mit einem Steigerungslustigen vereinbarte, daß sie beide nicht selbst bieten, sondern das Grundstück durch einen Dritten als Strohmann für einen billigen Preis ersteigern lassen, durch günstigen Weiterverkauf Gewinn machen und diesen dann teilen wollen, so kann seiner Klage gegen den persönlichen Schuldner der ausgefallenen Hypothek zwar nicht die Einrede einer Verfehlung gegen § 270 PrStGB., wohl aber der Einwand einer wider die guten Sitten vorgenommenen Schädigung des Schuldners gemäß § 826 BGB. entgegengesetzt werden. ➠ Es könnte doch auch § 270 aaO. anwendbar sein, da sich beide Vertragschließende gegenseitig vom Bieten gegen Vorteilsversprechen abhalten und auch der vom Bieten Abgehaltene zugleich Teilnehmer (Anstifter) sein kann, wie **RG.** (Straff.) **39** 134 anerkennt. Red. ⟵

2. ➠ **RG.** 6. 11. 07. Nachdem im ersten Versteigerungstermine kein Gebot gelegt worden war, ließ die betreibende Gläubigerin A. das Verfahren einstweilen einstellen. Sie schloß dann mit B. ein Übereinkommen dahin, daß dieser im zweiten Termine 150 000 M., den Betrag ihrer Hypothek, biete und 5000 M. besonders an sie zahle. B. bot im zweiten Termine nicht. Er wurde zur Zahlung der 5000 M. verurteilt, nachdem in diesem zweiten Termine C. infolge Abkommens mit der A. 149 000 M. geboten und den Zuschlag dafür erhalten hatte. Die Revision des B. ist zurückgewiesen worden. (Anm.: Auch diese Abkommen, namentlich das erste, waren nicht einwandfrei.) Red. ⟵

3. ➠ **RG.** 27. 11. 07. Wer vertragsmäßig zum Ausbieten einer Hypothek verpflichtet ist und unberechtigt von diesem Vertrage zurücktritt, muß dem Hypothekgläubiger Schadensersatz leisten. Der Hypothekgläubiger begeht dadurch, daß er nach Rücktritt des anderen vom Vertrage nicht selbst ausbietet, gewöhnlich kein Mitverschulden. Red. ⟵

4. Irrtümliche Gebote § 49 Ziff. 1 und Vorbemerkung das., ferner § 73 Ziff. 1, § 81 Ziff. 1 u. 2, Terminsmitteilung § 41.

§ 67. ElsLothJZ. **07** 337 (Colmar). Ein nicht betreibender Gläubiger ist nicht berechtigt, Sicherheit einem Bieter abzufordern, dem eine durch das Gebot ganz oder teilweise gedeckte Hypothekforderung zusteht.

§ 68. Bieten des Schuldners § 90 Ziff. 10, § 130 Ziff. 2.

§ 71. 1. v. d. Pfordten, BayRpflZ. **07** 233, ist mit Fischer-Schäfer der Meinung, daß es trotz des Wortlauts des § 71 Abs. 2 einer Beglaubigung der Unterschrift des Vormundschaftsrichters unter der Vormundbestallung nicht bedarf.

2. S. auch § 72 u. § 73 Ziff. 1.

§ 72. 1. SeuffBl. **07** 963 (Dresden). Der Ausdruck „Nichtannahme des Gebots" im Versteigerungsprotokolle kann als Zurückweisung des Gebots verstanden werden.

2. OLG. **15** 29 (Naumburg). Die Beschwerde des mit seinem Gebote zurückgewiesenen Bieters gegen den Zuschlag an den ihm vorausgehenden Bieter wurde zurückgewiesen, weil sein angeblicher Widerspruch gegen die Zurückweisung des Gebots im Protokolle nicht enthalten war und Zeugenbeweis gegen das Protokoll unzulässig ist.

3. PosMSchr. **07** 122 (Posen). Auf sofortige Beschwerde des Pflegers des Erstehers wurde wegen Geisteskrankheit des letzteren beim Bieten der Zuschlag aufgehoben, er konnte auf das erloschene nächst niedrige Gebot nicht erteilt werden.

4. Nichtzulassung irrtümlicher Gebote § 73 Ziff. 1.

§ 73. 1. Kretzschmar, SeuffBl. **07** 963, — s. auch o. zu § 119 BGB. Ziff. IX — bespricht die Anfechtung von Geboten wegen Irrtums, geht von der Notwendigkeit der allerdings oft irreführenden Ausbietung zum Bargebot

aus und gelangt im wesentlichen zu folgenden Sätzen: Der Bieter, der annimmt, daß sein Gebot sich um den Kapitalsbetrag der zu übernehmenden Hypotheken und Grundschulden mindere, befindet sich im Irrtum über den Inhalt seines Gebots (einer einseitigen Willenserklärung) und kann es nach § 119 Abs. 1 BGB. anfechten. Die Anfechtung muß unverzüglich geschehen, besonders sofort nach erfolgter (wünschenswerter) Aufklärung durch den Versteigerungsrichter. Dieser hat das alsbald mit Grund angefochtene Gebot nicht zuzulassen, worauf das vorausgehende nach § 72 Abs. 1 in Kraft bleibt. — Eine nach Zulassung des Gebots, aber noch vor Erteilung des Zuschlags erfolgte berechtigte Anfechtung des Gebots führt zur Versagung des Zuschlags und nicht etwa zum Zuschlag auf das vorausgehende Gebot. Berechtigte Gebotsanfechtung nach Zuschlag muß durch sofortige Beschwerde geltend gemacht werden. Erkennt der Ersteher aber seinen Irrtum erst nach Ablauf der 2 wöchigen Beschwerdefrist, so ist ihm nicht mehr, auch nicht im Prozeßwege, zu helfen (**RG. 54** 308). Auch Gebotsanfechtung wegen Beschaffenheit des Grundstücks (z. B. betreffend die Besetzung mit Gebäuden) kann in Frage kommen, nicht dagegen solche Anfechtung wegen Irrtums im Beweggrunde. In einem Rechtsfalle bot A. bewußt 7700 M. als Bargebot und überbot dann den B., der irrtümlich die Belastung einrechnete, bis zu 10 600 M. B. bot daraus 10700 M., focht aber sofort an. LG. u. OLG. Dresden entschieden, daß dem A. der Zuschlag für 10 600 M. zu erteilen und sein Einwand, er habe die Gebote des B. nicht für irrtümlich, sondern für wirksam gehalten, nicht zu hören sei (so SächsOLG. **28** 556).

2. PucheltsZ. **07** 414 (Zweibrücken). Die Aufforderung zur Abgabe von weiteren Geboten vor Schluß der Versteigerung ist ein wesentliches, zur Vermeidung von Irrtum und von Einschränkung der Bieterzahl bestimmtes, Erfordernis. Ist sie im Protokolle nach § 78 nicht festgestellt, so muß der Zuschlag nach § 83 Ziff. 7 versagt werden.

3. S. auch § 72 u. § 81 Ziff. 2.

§ 78. Nichtaufnahme eines Widerspruchs § 72 Ziff. 2, der Bietungsaufforderung § 73 Ziff. 2, Auslegung des Protokolls § 72 Ziff. 1.

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§ 80. S. Hinweise bei § 78.

§ 81. 1. ➺ **RG.** 16. 3. 07. Das Recht aus dem Meistgebot auf ein Berliner vermeintlich bebautes Grundstück war gegen hohen Gegenwert abgetreten worden. Es stellte sich aber heraus, daß in Wirklichkeit nur eine daneben liegende leere Baustelle versteigert und zugeschlagen worden war. Die auf Nichtigkeit, event. Minderung, Erfüllungsinteresse und Irrtumsanfechtung gerichtete Klage des Meistgebotszessionars gegen den Zedenten hatte — zum Teil wegen unzulässiger Klagänderung — keinen Erfolg, insbesondere wurde die Anfechtungsklage wegen Irrtums vom KG. unter Billigung des RG. deshalb abgewiesen, weil der Zessionar nach Erkennung seines Irrtums mindestens drei Tage grundlos verstreichen ließ, ehe er das Geschäft anfocht. Red. ⬿

2. OLG. **14** 203 (KG.). Ist der Hypothekgläubiger zugleich Meistbietender, so richtet sich der Beginn der Beschwerdefrist für ihn nach dem Grunde seiner Beschwerde (§ 98). Der Meistbietende kann wegen Irrtums im Beschwerdewege dem ZwVgericht gegenüber ohne Zuziehung Beteiligter sein Meistgebot nach §§ 119, 121 BGB. unverzüglich anfechten. Steht der Irrtum dann fest, so ist der Zuschlag zu versagen und darf nach §§ 86, 31 das Verfahren nur auf Antrag des betreibenden Gläubigers fortgesetzt werden (s. auch §§ 49 Ziff. 1, 73 Ziff. 1). S. auch o. zu § 119 BGB. Ziff. X 6.

3. R. **07** 1550 (PrOVG.). Tritt der bei der ZwV. eines Grundstücks Meistbietende seine Rechte aus dem Meistgebot an einen anderen ab, so liegen zwei aufeinander-

folgende Rechtsgeschäfte vor, welche, falls die Steuerordnung bestimmt, daß bei einem Eigentumswechsel, der auf Grund mehrerer aufeinanderfolgender Rechtsgeschäfte geschieht, die Umsatzsteuer nach der Summe der Preise sämtlicher Rechtsgeschäfte zu entrichten ist, die Anwendung dieser Bestimmung rechtfertigen.

4. NaumburgAK. **07** 15 (KG.). Die zum Bieten ermächtigende Vollmacht ist in Preußen nach dem Werte des Grundstücks zu verstempeln, wenn auch der Bevollmächtigte nicht so hoch geboten hat.

5. HansGZ. **07** Beibl. 130 (Hamburg). Im Sinne des HambG. vom 1. März 1883 betr. die Immobiliarabgabe hat der Meistbieter — nicht der Meistgebotszessionar — das Grundstück erworben. Für die Abtretung ist die Immobiliarabgabe zu zahlen. Der Zedent ist von ihr nur bei Einhaltung der in jenem Gesetze gegebenen Formvorschrift (versiegelte Erklärung, daß er für einen anderen biete) befreit.

6. Über Umsatzsteuer vgl. auch § 90 Ziff. 13.

§ 83. Fälle der Versagung des Zuschlags §§ 8 Ziff. 1, 37 Ziff. 9, 49 Ziff. 1, 72 Ziff. 3, 73 Ziff. 1, 2, Fälle der Nichtversagung §§ 72 Ziff. 2, 28 Ziff. 1, Verletzung des § 83 Ziff. 7 s. § 100 Ziff. 1.

Vorbemerkung (zu §§ 85 ff.): Mit § 85 steht wenigstens mittelbar die nie verstummende Einrede des zu niedrigen Versteigerungserlöses im Zusammenhange, worüber folgendes anzuführen ist:

§ 85. 1. **RG.** JW. **07** 133, DJZ. **07** 358. Ein Notar wurde von einem Bankgeschäft auf Schadensersatz deshalb verklagt, weil er die einer Hypothek vorgehenden Rechte zu gering angegeben habe. Der Notar wendete ein, die Bank als Selbststeherin des Grundstücks sei wegen dessen den Versteigerungserlös weit übersteigenden Wertes nicht geschädigt. Dieser Einwand mußte verworfen werden. Es ist allerdings richtig, daß, wenn durch dasselbe Ereignis sowohl Nachteil als Vorteil für den Betroffenen entsteht, nur der Überschuß des Nachteils als Schaden erscheint. Aber das Erlangen einer durch den Grundwert nicht genügend gedeckten Hypothek ist ein anderes Ereignis, als die spätere Selbstersteigerung des Grundstücks durch den Gläubiger für einen unter dem wahren Werte zurückbleibenden Preis. Zu dieser Zeit war sein Schaden schon entstanden. Compensatio lucri cum damno ist deshalb hier ausgeschlossen. ➵ War aber bei Erlangen der Hypothek deren Wert nicht genügend gedeckt? Red. ←

2. ➵ **RG.** 5. 10. 07. Will der Hypothekzedent, den der Zessionar wegen Ausfalls der Hypothek in der ZwV. in Anspruch nimmt, die Einrede der Mitschuld des Zessionars erheben, weil dieser ihn von der ZwV. nicht benachrichtigt habe, so muß er darlegen, daß er selbst gewillt und imstande war, mitzubieten und dadurch ein besseres Versteigerungsergebnis herbeizuführen (vgl. § 1166 BGB., **RG. 54** 369). Red. ←

3. Geringer Erlös infolge Abhaltens vom Bieten s. § 66 Ziff. 1. Keine Bauforderungen gegen den Ersteher § 90 Ziff. 9.

§ 86. Fortsetzung der ZwV. § 81 Ziff. 2.

§ 90. 1. ➵ **RG.** 13. 2. 07. Wesentliche Bestandteile eines Grundstücks gehen durch den Zuschlag auf den Ersteher mit über, obwohl sie vom Zuschlag ausgenommen waren. Red. ←

2. ➵ **RG.** 2. 1. 07. Wird a ein Bergwerk, b anderer Grundbesitz der Gewerkschaft, worauf eine Schmiede, ein Akkumulatorenraum usw. stehen, gesondert zugeschlagen, so ist es Tatfrage, ob die in den Gebäuden zu b befindlichen Maschinen ꝛc. Zubehör zu a oder zu b, und dem einen oder dem anderen Ersteher mitzugeschlagen sind. Soweit sie Bestandteile von b waren, gehören sie selbstverständlich dem Ersteher zu b. Red. ←

3. ➵ **RG.** 12. 1. 07. Ohne Eingehen auf die Gültigkeit oder Anfechtbarkeit der betreffenden Veräußerungsverträge war die Klage auf Freigabe der noch in

der Pension befindlichen Möbel u. dgl. Sachen abzuweisen, weil sie bis zur Beschlagnahme an sich und nach örtlicher Verkehrsanschauung als Pensionsinventar und Zubehör des Grundstücks nach § 97 BGB. zu erachten waren (vgl. **RG. 47** 197). Red. ←

4. **RG. 65** 98, JW. **07** 152. Die Ersteherin hat durch rechtskräftigen Zuschlag nach § 97 PrZVG. vom 13. Juli 1883 das Eigentum am ganzen Grundstück erworben, da die früher erfolgte unrichtige Überschreibung sämtlicher Eigentumsanteile auf den Subhastaten von den dadurch geschädigten Miteigentümern im Subhastationsverfahren nicht geltend gemacht worden ist. Der Grundbuchrichter, der den von seinen Vorgängern gemachten Fehler bemerkte und deshalb zugunsten der früheren Miteigentümer nach § 54 GBO. einen — unwirksamen — Widerspruch eintrug, handelte fahrlässig, und der Fiskus muß den Rechtsnachfolgern der Ersteherin gemäß § 12 GBO., § 839 BGB. die Kosten ersetzen, die ihnen durch die Notwendigkeit der Wiederbeseitigung des unzulässigen Widerspruchs erwachsen sind. → Nach neuem ZVG. § 90 wird ebenso zu entscheiden sein (vgl. auch § 91 Ziff. 4). Red. ←

5. Lindemann, R. **07** 371. Will ein Hypothekgläubiger in der Zeit zwischen Erteilung des Zuschlags und Eintritt der Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses seine Hypothek kündigen, so muß er die Kündigung dem Ersteher erklären (§ 1141 BGB.). Im Falle der Aufhebung der Zuschlagsbeschlusses gilt aber diese Kündigung als nicht erfolgt (vgl. § 57 Ziff. 3).

6. ZBlFG. **7** 699 (Dresden). Die amortisierbare Pfandbriefdarlehnshypothek des landwirtschaftlichen Kreditvereins im Königreiche Sachsen verwandelt sich vor Vollendung der Amortisation nicht in eine Eigentümergrundschuld. Der Anteil des Schuldners am Tilgungsfonds ist Bestandteil des belasteten Grundstücks im Sinne des § 96 BGB. und geht daher gemäß §§ 20, 55 Abs. 1, 90 ZVG. durch dessen Zuschlag auf den Ersteher mit über, ohne daß dieser rechtlos bereichert ist (s. § 50 Ziff. 3).

7. **RG. 65** 361, JW. **07** 301. Hatte der Eigentümer über die Grenze der beiden in seiner Hand vereinigten Grundstücke gebaut, so kann er nach ZwV. nur eines dieser Grundstücke gegen dessen Ersteher nicht auf Duldung des Überbaues mit oder ohne Rentenzahlungspflicht klagen; denn die §§ 912 ff. BGB. finden keine entsprechende Anwendung auf diesen Fall, und eine stillschweigend begründete Dienstbarkeit ist sowohl nach § 873 als deswegen ausgeschlossen, weil — vgl. **RG. 13** 249, **49** 236, Mot. ZVG. 259 — der Erwerb in der ZwV. keinen Raum für die Annahme und Betätigung eines rechtswirksam auf Entstehung einer Grunddienstbarkeit gerichteten Willens der Beteiligten läßt (vgl. dagegen unten Ziff. 12). S. auch o. zu § 912 Ziff. II 2a.

8. → **RG.** 4. 5. 07 hat unter Bestätigung des Urteils OLG. **14** 205 (Königsberg) folgendes ausgesprochen: Die Eigentümerin zweier Nachbargrundstücke hatte über deren Zwischengrenze gebaut. Der Ersteher nur eines dieser Grundstücke wurde nach § 97 PrZVG. vom 13. Juli 1883 und in Übereinstimmung mit BolzePr. **8** Nr. 58, GruchotsBeitr. **35** 702 zur Anerkennung der Rechte der Subhastatin auf die jenseits der Grenze des versteigerten Grundstücks stehenden Gebäude und Gebäudeteile verurteilt. Der Umstand, daß zwar nicht das Zuschlagsurteil, wohl aber das Grundbuchtitelblatt und die Katasterauszüge irreführende Hinweise hinsichtlich der Gebäudesteuer enthielten, nutzte ihm nichts. Auch konnte sein Einwand, daß die Subhastatin arglistig gehandelt habe, keinesfalls gegen deren Eigentumsfeststellungsklage durchdringen. Red. ←

9. **RG.** SächsRpflA. **07** 333. Der Bauplatzverkäufer und Hypothekar, der den inzwischen bebauten Bauplatz sodann in der ZwV. wieder erstanden hat, kann ohne bestehende Vertragspflicht von den Baustoffverkäufern und Bauarbeitern nicht auf Ersatz verklagt werden. Daß in der ZwV. das Haus ihm, als dem letzten Hypothek-

gläubiger, zugefallen und dadurch die Möglichkeit entstanden ist, es mit Nutzen wieder zu veräußern, ist keine ungerechtfertigte Bereicherung. Daß er irgendwie arglistig vorging, ist nicht erwiesen.

10. du Chesne, ThürBl. **54** 163, bekämpft zwar nicht den Satz des KG. (RJA. **8** 65, ZBlFG. **7** 713 u. hinten § 130 Ziff. 2), daß der Schuldner, dem der Zuschlag erteilt ist, von neuem als Eigentümer einzutragen sei, wohl aber die Begründung dieses Satzes. Er hält den Zuschlag an den bisherigen Eigentümer an sich nicht für eigentumsbegründend, führt aber dann aus: Einen Ausnahmefall gibt es. Nach § 90 Abs. 2 erwirbt der Ersteher mit dem Grundstücke zugleich die Gegenstände, auf die sich die Versteigerung erstreckt hat, und zwar nach § 55 sogar die einem Dritten gehörigen Zubehörstücke. Diese erwirbt der Schuldner durch den Zuschlag neu, wird dieser aber im Beschwerdewege wieder aufgehoben, so bleibt er zwar nach wie vor Eigentümer des Grundstücks, verliert aber wieder das Eigentum erwähnter Zubehörstücke. ➻ Die kammergerichtliche Begründung dürfte doch auch hinsichtlich des Grundstücks richtig sein, weil jeder Zuschlag die bisherigen Eigentumsrechte zugleich aufhebt. Red. ⟵

11. BadRpr. **07** 263 (Karlsruhe). Der Ersteher erwirbt Eigentum an mitversteigerten Fahrnisstücken, wenn sie in den Versteigerungsbedingungen zwar nicht einzeln aufgeführt, aber in das Verzeichnis der Zubehörstücke aufgenommen waren und die Versteigerungsbekanntmachung auf dieses hingewiesen hatte.

12. SächsOLG. **28** 385. Die Bestimmungen im §§ 912 ff. BGB. über das Rechtsverhältnis dessen, der ohne Arglist und grobe Fahrlässigkeit über seine Grenze hinausgebaut hat, zum Nachbar sind entsprechend anzuwenden auf den Fall, wo auf ein zweites dem Bauenden selbst gehöriges Grundstück hinübergebaut wurde und beide Grundstücke erst später (hier durch ZwV.) in verschiedene Hände gelangt sind. Der Ersteher der Baustelle mußte einen Teil der Kegelbahn der angrenzenden Schankwirtschaft auf der Baustelle dulden. Über die Rentenzahlung dafür ist hier noch nicht zu entscheiden. ➻ S. dagegen oben Ziff. 7 u. 8. Red. ⟵

13. PrVerwBl. **28** 454, 685, **29** 171 enthalten folgende vom PrOVG. gegebene (nicht allgemein anwendbare) Auslegungen der verschiedenen Steuerordnungen einzelner Gemeinden: a) Im Sinne einer Steuerordnung, die jedes den Übergang oder die Übertragung von Grundeigentum bezweckende oder bewirkende, formell gültige Geschäft unter Lebenden der Umsatzsteuer unterwirft, ist als Erwerber eines Grundstücks auch derjenige anzusehen, der bei der ZwV. eines Grundstücks das Meistgebot abgegeben hat. b) Der Ersteher wird Eigentümer durch den Zuschlag, sofern der Zuschlagsbeschluß nicht rechtskräftig aufgehoben wird. c) Ausbietende Hypothekgläubiger und — bei TeilungsZwV. — meistbietende Miterben bleiben meistens frei von Umsatzsteuer. Hierbei genügt aber Abtretung der Hypothek ohne Überschreibung oder Briefbesitz, bloße Hypothekverpfändung oder Vormerkung, Überweisung zur Einziehung in der Regel nicht. Der meistbietende Hypothekgläubiger, der sein Meistgebot abtritt, ist nicht befreit. Gütergemeinschaftliche Ehegatten sind beide befreiungsberechtigt. d) Einzelne Steuerordnungen belegen Meistgebot und Meistgebotsabtretung mit der Umsatzsteuer, andere nur das Meistgebot allein (s. auch §§ 58, 81 Ziff. 3—5).

14. Herold, SächsRpflA. **07** 142. Gemäß § 90 Abs. 2, § 55 ZVG., § 865 ZPO., zu denen nur §§ 59, 65 ZVG. Ausnahmen zulassen, können weder Parteivereinbarungen, noch Erklärungen des betreibenden Gläubigers, noch Gerichtsbeschlüsse willkürliche Änderungen an dem vom Gesetze selbst festgelegten Kreise der von der ZwV. mitumfaßten Gegenstände treffen (s. § 37 Ziff. 2).

15. **RG.** BayRpflZ. **07** 454. Entgegen OLG. **15** 308 (Kiel) hat der Ersteher eines Gasthofgrundstücks die bisher von da aus betriebenen, auf dem städtischen Marktplatz angelegte, öffentliche Wage nicht als Zubehör miterworben.

16. Feuerversicherung § 52 Ziff. 3, Vorbehalt § 21 Ziff. 3, originärer Erwerb § 107 Ziff. 3, vgl. im allg. auch §§ 20, 37, 55, Kostenwesen § 109.

17. Altmann, ZBlFG. 8 322 f. Die Beschlagnahme, von der der § 55 Abs. 1 spricht, ist nach dem klaren Sinne des Gesetzes diejenige, die im Zwangsversteigerungsverfahren gemäß § 20 ZVG. erfolgt. Sie erstreckt sich zufolge der ausdrücklichen Bestimmung des § 21 Abs. 2 ZVG. nicht auf die Mietzinsen, und hieran wird auch nichts geändert, daß gleichzeitig oder neben der Zwangsversteigerung die Zwangsverwaltung schwebt. S. § 57 Ziff. 10.

§ 91. 1. **RG.** R. **07** 1138, 1147. a) Ist eine Dienstbarkeit nach den Versteigerungsbedingungen erloschen, so kann sich der Eigentümer des bisher herrschenden Grundstücks dem Ersteher gegenüber nicht auf die Rechtskraft eines früheren, die Dienstbarkeit feststellenden, Urteils berufen. b) Dagegen fällt mit dem durch den Zuschlag erlöschenden Dienstbarkeitsrechte (z. B. Fensterrecht) nicht notwendig auch die entsprechende im Gesetze begründete nachbarrechtliche Befugnis (z. B. die im § 137 I. 8 ALR. gegebene) hinweg.

2. OLG. **15** 206 (KG.). Ein notarieller Vertrag über Bestehenbleiben einer Hypothek nach der ZwV. ist in Preußen als zweiseitiger Vertrag nach § 40 Abs. 2 Satz 3 PrGKG. zu bewerten (s. unten Ziff. 10).

3. SächsRpflA. **07** 431 (Dresden). Im Zweifel übernimmt der Ersteher, dem vereinbarungsgemäß die Hypothek stehen bleibt, zugleich die persönliche Schuld.

4. BadRpr. **07** 235 (Karlsruhe). Das Grundbuchamt hat den Eintrag eines Widerspruchs gegen eine Löschung abzulehnen, wenn inzwischen infolge ZwV. keine Rechte mehr bestehen bleiben, also auch die gelöschte Eigentümerhypothek nicht bestehen geblieben wäre. Der Umstand, daß diese, wenn nicht zuvor gelöscht, sich in den Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse verwandelt hätte, steht dieser Entscheidung nicht entgegen. Denn für den Ersteher ist der Inhalt des Grundbuchs zur Zeit des Zuschlags allein maßgebend (vgl. § 90 Ziff. 4).

5. SchlHolstAnz. **07** 332 (Kiel). Ein zugunsten einer Stadt eingetragenes altes Rückfallrecht wurde durch die neue Gesetzgebung nicht unwirksam und war im gegebenen Falle auch nicht durch eine inmitten liegende ZwV. alten Rechtes erloschen.

6. RheinNotZ. **07** 200 (LG. Cöln). Eine Vereinbarung zwischen dem Ersteher eines Grundstücks und einem eingetragenen Gläubiger, wonach dessen durch den Steigpreis nicht gedeckte Hypothek bestehen bleiben soll, ist zulässig und vom Vollstreckungsrichter zu berücksichtigen.

7. BreslauAK. **07** 43 (Breslau). Es muß angenommen werden, daß auch nach der ZwV. das Recht, in das sich die zufolge des Zuschlags erloschene Hypothek aufgelöst hat, ein rein dingliches Recht bleibt, das nunmehr statt am Grundstück, an dem Versteigerungserlöse haftet. Dem Pfändungsgläubiger des entsprechenden Erlösanteils stehen nur vorgehende dingliche Rechte, nicht aber die persönlichen Verpflichtungen des Hypothekgläubigers (z. B. dessen Rangeinräumungspflicht) entgegen (**RG. 43** 427, **55** 264, **63** 14). ➛ Vgl. aber §§ 92 u. 107. Red. ⟵

8. PrVerwBl. **28** 911 (PrOVG.). Preußische öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen, die der Anmeldung im ZwVverfahren nicht fähig sind, werden durch dieses Verfahren nicht berührt und gehen ohne weiteres auf jeden Ersteher über.

9. PrVerwBl. **29** 7 (PrOVG.). In Preußen erlischt die Konzession zum Betrieb einer Schankwirtschaft an sich nicht durch ZwV. des Hauses, in welchem sich die Räume, für welche die Konzession erteilt ist, befinden.

10. KGJ. **34** B 27. a) Die Vereinbarung zwischen dem Gläubiger einer aus dem Bargebote zu bezahlenden Hypothek und dem Ersteher des belasteten Grundstücks, daß die Hypothek bestehen bleiben solle, ist ein kostenpflichtiger zweiseitiger Vertrag, dessen Gegenstandswert dem Betrage der Hypothek gleichkommt. b) Dem Notar, der den Entwurf der Vereinbarung anfertigt und die Unterschrift auch nur eines

der Vertragschließenden beglaubigt, steht das Zweifache der vollen Gebühr zu (s. oben Ziff. 2).

11. Forthaftung von Zubehör § 20 Ziff. 1, Rangvorbehalt § 52 Ziff. 2, Löschung § 52 Ziff. 1, persönliche Schuld § 53, Einrede gegen den Ausfall § 85.

§ 92. 1. *du Chesne, PosMSchr. **07** 2. Der sog. Anspruch des Inhabers des durch den Zuschlag erloschenen dinglichen Rechtes auf den Versteigerungserlös ist weder ein obligatorischer Anspruch, noch überhaupt ein Privatrecht, sondern ein nur öffentlich-rechtlich, prozessual, geschütztes Privatinteresse, demnach ein öffentliches Recht. Dies steht jedoch seiner Pfändbarkeit nicht entgegen.

2. **RG.** R. **07** 1152. Für die Frage, ob der ZwVerlös eines Fideikommißgrundstücks kraft Gesetzes an die Stelle der Sache tritt und gleich dieser Fideikommißbestandteil wird, ist nur das Recht der belegenen Sache maßgebend, nicht der zufällige Wohnort des Ansteigerers.

3. S. auch §§ 23 Ziff. 1, 91 Ziff. 7, 48 Ziff. 5, 107.

VII. Beschwerde.

§ 95. 1. OLG. **15** 29 (KG.). Der die Verbindung mehrerer ZwVersteigerungen ablehnende Beschluß ist nicht als eine vor der Beschlußfassung über den Zuschlag ergangene Entscheidung anzusehen, gegen den gemäß § 95 die Beschwerde zulässig ist, da es sich weder um die Anordnung, Aufhebung, einstweilige Einstellung noch um die Fortsetzung des Verfahrens handelt (s. aber Ziff. 2).

2. SeuffA. **62** 378, HansGZ. **07** Beibl. 192 (Hamburg). Auch der Verbindungsbeschluß nach § 18 gehört zur „Anordnung der Versteigerung" und unterliegt daher der besonderen Beschwerde. ➠ Zustimmend Reinhard, ZBlFG. **8** 387 gegen Ziff. 1. Red. ⟵

3. PosMSchr. **07** 136 (Posen). Gemäß dem anzuwendenden § 766 ZPO. sind auch im ZwVerfahren Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche Maßnahmen des Vollstreckungsgerichts betreffen, unter Ausschluß der sofortigen Beschwerde lediglich bei dem Vollstreckungsgericht anzubringen; erst die daraufhin ergehende Entscheidung unterliegt, soweit § 95 nicht entgegensteht, der sofortigen Beschwerde (s. dagegen § 15 Ziff. 1).

4. Beschwerdekosten § 109 Ziff. 1, Erfolg trotz unterlassener Beschwerde § 37 Ziff. 2, TeilungsZwV. § 180 Ziff. 1 u. 2, § 181 Ziff. 3, Zustellungsbevollmächtigter § 5, Beschwerde gegen das Grundbuchamt § 146 Ziff. 5, des Konkursverwalters § 152 Ziff. 1; s. auch Hinweise bei §§ 96, 97, 98, 100.

§ 96. Bieterbeschwerden §§ 72 Ziff. 2 u. 3, 73 Ziff. 1.

§ 97. Ersteherbeschwerde § 63 Ziff. 2, Beteiligte § 63 Ziff. 3, Bieterbeschwerde s. § 96.

§ 98. Verschiedene Beschwerdefrist § 81 Ziff. 2.

§ 100. 1. PucheltsZ. **38** 414 (Zweibrücken). Ein Verstoß gegen § 83 Ziff. 7 ist selbst dann zu berücksichtigen, wenn die Beschwerde auf diesen Grund gar nicht gestützt ist (Wolf 196 § 100 Anm. 5).

2. Beschwerdefälle s. §§ 63, 72, 73, 81 Ziff. 2. Nichterteilung des Zuschlags § 37 Ziff. 9.

VIII. Verteilung des Erlöses.

§ 105. Außergerichtliche Teilung §§ 143, 144.

§ 107. 1. Kretzschmar, SeuffBl. **07** 47. Für Pfändung des Versteigerungserlöses ist weder der Ersteher (vor Überweisung nach § 118), noch das Vollstreckungsgericht, sondern nur der Schuldner (Subhastat), Drittschuldner und richtiger Zustellungsempfänger (**RG. 40** 395, **43** 427). Die Frage, ob eine spätere richtige Hebungspfändung einer früheren, zwar nicht nach § 830 Abs. 1 ZPO. geschehenen,

aber doch nach Abs. 2 daselbst dem Drittschuldner zugestellten Pfändung der Eigentümerhypothek vorgeht, ist zweifelhaft, aber vom **RG. 63** 214 bejaht worden. Der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß ist dem ZwVrichter vorzulegen. Die Zuteilung im Verteilungsplane, die Übertragung nach § 118 und die Hypothekzuweisung nach § 128 hat an den Eigentümerhypothekar, jedoch mit Wahrung der Rechte des Pfändungs- und Überweisungsgläubigers zu erfolgen. ➻ In ZBlFG. **7** 810 bekämpft Kretzschmar obige Entsch. d. **RG. 63** 214 auf Grund des § 830 Abs. 2 ZPO. (s. auch unten Ziff. 6). Red. ⟵

2. Kretzschmar, ZBlFG. **8** 314, bekämpft **RG. 64** 308 (JDR. **5** § 107 Ziff. 5), wonach eine Nachhypothekarin als Ersteherin mit ihrer Erlösschuld gegen eine ihr abgetretene und hinterlegte Eigentümergrundschuld des Subhastaten nicht aufrechnen durfte (s. Ziff. 3).

3. Schneider, DJZ. **07** 1120, ist zu **RG. 64** 308 der Ansicht, daß der Ersteher schon deshalb gegen den Versteigerungserlös nicht aufrechnen könne, weil nach zutreffender Lehre Stobbes der Staat das beschlagnahmte Eigentum originär, wie bei der Enteignung, überträgt und selber zunächst der auf den Erlös kraft öffentlichen Rechtes Berechtigte wird (s. Ziff. 2).

4. ThürBl. **54** 65 (Jena). Selbst wenn das Vollstreckungsgericht Drittschuldner des an den Eigentümer auszuzahlenden Erlösüberschusses wäre, könnte es an Erlassung eines Pfändungsbeschlusses hinsichtlich dieses Überschusses rechtlich nicht gehindert sein.

5. du Chesne, KGBl. **07** 121. Es ist zulässig, Pfändung und Überweisung der Eigentümerhypothek und zugleich des zufolge des bevorstehenden Zuschlags voraussichtlich an ihrer Stelle entstehenden Anspruchs auf den Versteigerungserlös zu beantragen. Ist aber die Pfändung der Eigentümergrundschuld dann im Grundbuch eingetragen, so ist die Erlöspfändung nicht mehr nötig und wirksam. — Der ZwVrichter kann demnach die Pfändungen des Versteigerungserlöses nur dann, wenn sie nach Verkündung des Zuschlags erfolgen und nur in der Reihenfolge, in der sie stattfinden, beachten. Denn er hat nicht wie der pfändende Richter mit bloß angeblichen Ansprüchen zu tun, für ihn können vielmehr nur die wirksam gewordenen Pfändungen in Frage kommen (s. Ziff. 6 u. § 92 Ziff. 1).

6. Kiefe, WürttRpflZ. **1** 12, bekämpft einen Erlaß des württ. Justizministeriums, wonach für Übererlöspfändungen in keinem Falle der Versteigerungsnotar oder auch der Ersteher Drittschuldner sein könne. Er führt aus: Übererlöspfändung ist schon vor dem Verteilungstermin, als Pfändung eines künftigen Anspruchs sogar schon vor dem Zuschlage nach § 829 ZPO. gegen den Ersteher zulässig. Dagegen ist bei Pfändung der Eigentümerhypothek auch nach Zuschlag kein Drittschuldner vorhanden und daher Pfändung nach § 857 Abs. 2 ZPO. geboten. Durch Zahlung des Erstehers im Teilungstermine wird der Vollstreckungsrichter Schuldner des auf die Eigentümerhypothek treffenden Teiles des Erlöses. Gegen ihn ist nun die Pfändung zu richten. Somit ist eine vor Zuschlag erfolgte, dem Schuldner und dem Gerichte zugestellte Erlöspfändung keineswegs unwirksam. Nach Zuschlag kann es wegen § 118 ZVG. anders werden. ➻ Auch Reinhard, ZBlFG. **8** 399, unterscheidet zwischen Pfändung des Übererlöses und der Eigentümerhypothek (s. auch oben Ziff. 1 u. 4). S. auch Kiefe, ZPO. § 857. Red. ⟵

7. Natur des Rechtes s. auch § 91 Ziff. 7, unwirksame Pfändung § 115 Ziff. 7.

§ 108. Kiefe, WürttRpflZ. **1** 12, will eine Erlöspfändung unter Umständen auch auf die hinterlegte Sicherheit erstrecken.

§ 109. 1. ➻ **RG.** 18. 9. 07. Wie schon früher ausgesprochen (GruchotsBeitr. **46** 1037), ist das Kostenwesen in ZwVsachen mit Einschluß der Wertfestsetzung und der Rechtsmittel ausschließlich in dem PrGKG. vom 25. Juni 1895/6. Oktober 1899

geregelt und eine Beschwerde an das RG. nirgends vorgesehen. Die oberlandesgerichtlichen Entscheidungen darüber sind endgültig. Red. ←

2. Festsetzung § 10 Ziff. 12 u. 14, außergerichtliche Teilung § 144, s. auch §§ 29, 58, 90 Ziff. 13.

§ 110. Glaubhaftmachung § 10 Ziff. 2.

§ 111. BayRpflZ. **07** 438 (München). Nach § 111 gilt zwar ein betagter Anspruch als fällig. Diese Vorschrift reicht aber nicht über das ZwVverfahren hinaus, kann z. B. nicht die nach § 2 AnfG. notwendige Fälligkeit der Forderung begründen.

§ 112. 1. **RG.** 5. 6. 07, R. **07** 838. Ist ein Versteigerungserlös auf die verschieden belasteten Teilstücke des versteigerten Grundstücks zu verteilen, so ist der als Maßstab für die Verteilung dienende Wert nach der verschiedenen Größe und zugleich nach der verschiedenen Benutzbarkeit der Teilstücke zu bemessen. Hierbei dürfen aber, wo es sich um Bau- und Straßenland handelt, die Grundsätze, die für den Fall einer Enteignung in Betracht kommen würden, der Wertberechnung zugrunde gelegt werden, so daß der zur Zeit des Zuschlags reines Straßenland bildende Teil doch noch nach seiner früheren Baulandeigenschaft bewertet werden kann.

2. *Lerch, Das Gesamtausgebot, GruchotsBeitr. **51** 342. Das Gesamtausgebot ist kein Teilkonkurs. Deshalb kann an den Subhastaten ein Erlösanteil fallen, ehe alle Gläubiger an den versteigerten Grundstücken befriedigt sind.

3. **RG. 66** 391, R. **07** 1413, JW. **07** 751. Trotz scheinbaren Entgegenstehens des Wortlauts von §§ 63 u. 112 kann es nach den Mot. und der D. 81, 100 und aus anderen Gründen keinem Zweifel unterliegen, daß nach Absicht des Gesetzes der im § 112 Abs. 3 vorgeschriebene Verteilungsmaßstab jedesmal angewendet werden soll, sobald neben dem Gesamtausgebot, auf das der Zuschlag erteilt wird, weniger umfangreiche Ausgebote (sog. Gruppenausgebote) mit einem für bestimmte Gläubiger günstigeren Ergebnisse stattgefunden haben. Dabei können in der Verteilung die Einwendungen, daß bei den Gruppenausgeboten das Inventar nicht hätte nach § 65 weggelassen werden dürfen und daß das geringste Gebot noch § 63 Abs. 4 um den bei den Gruppenausgeboten erzielten Mehrbetrag des Meistgebots hätte erhöht werden müssen, hier schon deshalb nicht gehört werden, weil der Zuschlag rechtskräftig geworden ist. Übrigens war die Weglassung des beiden Gruppen dienenden Inventars beim Gruppenausgebote nicht zu vermeiden und die Einigung der Beteiligten bei der ZwV. war zulässig, daß das Inventar im ganzen auf 3000 M. zu schätzen sei. Der von den Beklagten behauptete Verzicht der Beteiligten auf Berücksichtigung der Einzelgebote kann darin nicht gefunden werden, daß sich die Beteiligten mit dem Gesamtausgebote, das das beste Ergebnis lieferte, einverstanden erklärten. — Auch dann ist Gruppenausgebot (nicht Einzelausgebot) anzunehmen, wenn zwar nur 2 Grundbuchblätter bestehen, und hiernach 2 Ausbietungen erfolgten, jedes der 2 Grundbuchblätter aber viele einzelne Grundstücke enthält.

4. S. auch § 63.

§ 114. 1. Kretzschmar, SeuffBl. **07** 43, R. **07** 1231. Ist die Ausfüllung der Höchstbetragshypothek nachgewiesen oder anerkannt, so ist sie dem Gläubiger, andernfalls dem Eigentümer und dem Gläubiger unter entgegengesetzten Bedingungen zuzuteilen. Bei einer nicht ausgefüllten Höchstbetragshypothek tritt für die Zuteilung im ZwVverfahren an die Stelle des Schuldners (Subhastaten) derjenige Eigentümer, der die Hypothek bestellt hat (**RG. 55** 220). Gleichwohl erfolgt die Feststellung, ob und inwieweit die Höchstbetragshypothek ausgefüllt ist, zunächst zwischen dem Gläubiger und dem Subhastaten. Der von letzterem verschiedene Voreigentümer muß im Bestreitungsfalle Widerspruch gegen die Zuteilung erheben. Solange das Erlöschen des Kreditverhältnisses noch ungewiß, ist bedingt zuzuteilen. — Bei (selten vorkommenden) Kautionshypotheken für ganz bestimmte Forderungen ist der vom Gläubiger nicht in Anspruch genommene Teil dem Subhastaten zuzu-

teilen, unbeschadet etwaigen Widerspruchsrechts eines Voreigentümers. Ähnlich auch OLG. Dresden vom 11. Juli 1906 u. PosMSchr. **06** 20 (s. auch Ziff. 2).

2. SchlHolstAnz. **07** 245 (Kiel). Ist bei einer Höchstbetragshypothek zugunsten eines Nachhypothekars die Löschungsvormerkung des § 1179 BGB. eingetragen, so ist der im Teilungsstreite sie bekämpfende Nachhypothekar beweispflichtig dafür, daß dem Höchstbetragshypothekar Forderungen nicht zustehen. An dieser Beweislast wird auch nichts geändert, wenn man mit Kretzschmar (später auch Jaeckel) annimmt, daß der auf die Höchstbetragshypothek entfallende Erlösteil dem eingetragenen Gläubiger und zugleich dem Eigentümer unter entgegengesetzten Bedingungen zugeteilt werden mußte (s. Ziff. 1). S. auch o. zu § 1179 BGB. Ziff. IV 1.

3. ➼ **RG.** 6. 3. 07. Ein Gläubiger, der, um die ZwV. hintanzuhalten, vereinbarungsgemäß Zinsen und Kosten vorgängiger Hypothekgläubiger bezahlt hat, kann diese Auslagen nach §§ 1150, 268, 774 BGB. zu dem ihnen gebührenden Range eingesetzt verlangen, soweit nicht das Übereinkommen entgegensteht oder die Zahlungsempfänger dadurch benachteiligt werden (s. § 10 Ziff. 10). Red. ⟵

4. OLG. **14** 204 (Königsberg). Die Person des Berechtigten einer Höchstbetragshypothek braucht nicht schon im Versteigerungstermin angemeldet zu werden (s. Ziff. 1 u. 2).

5. Beschwerde gegen Nichtanwendung des § 114 s. § 115 Ziff. 3.

§ 115. 1. DJZ. **07** 241 (KG.). Der unterlegene Widerspruchskläger kann — von Fällen arglistigen Verfahrens (§ 826 BGB.) abgesehen — vom siegreichen Widerspruchsbeklagten nicht auf Schadensersatz, insbesondere nicht auf Vergütung des Unterschieds zwischen Vertrags- und Hinterlegungszinsen belangt werden.

2. **RG. 65** 62, JW. **07** 105. Mag man auch dahingestellt lassen, ob der Konkursverwalter an sich eine nicht mit Briefübergabe, sondern nur mit Briefüberweisung nach § 1117 Abs. 3 BGB. ohne Briefeinreichung beim Grundbuchamte verbundene Zession einer Eigentümerbriefgrundschuld durch den Gemeinschuldner gelten lassen muß (vgl. **RG. 19** 59, GruchotsBeitr. **31** 404, JW. **00** 525), so ist diese Frage doch im gegebenen Falle, wo der Zedent erst während des Verteilungsstreits in Konkurs geriet, aus folgenden Gründen zu bejahen: Die Klage nach § 115 ZVG. mit § 878 ZPO. ist ähnlich wie die Feststellungsklage nach § 146 KO. eng begrenzt. Sie soll nur einen Richterspruch darüber herbeiführen, ob der erhobene Widerspruch berechtigt ist oder nicht. Maßgebend hierfür bleibt die zur Zeit des Verteilungstermins gegebene Sachlage. Das Urteil ergeht mit rückwirkender deklaratorischer Kraft. Nach dem Verteilungstermin eingetretene Ereignisse, wie hier die Konkurseröffnung, können nichts ändern. Nach wie vor ist lediglich darüber zu entscheiden, ob der Gemeinschuldner den Widerspruch erheben durfte und das diese Frage verneinende Urteil ist gegenüber der Konkursmasse ohne weiteres wirksam (s. auch ZBlFG. **8** 330).

3. Kretzschmar, SeuffBl. **07** 49. Da die Beschwerde gegen den Teilungsplan keine aufschiebende Wirkung hat, empfiehlt es sich, neben ihr zugleich Widerspruch zu erheben. Die Beschwerde kann sich jedoch immer nur gegen formelle Mängel, z. B. gegen Nichtberücksichtigung eines Grundbucheintrags (§ 114), gegen Nichtanwendung des § 119 bei bedingten Ansprüchen, gegen Einstellung einer nicht angemeldeten Post oder Übergehung einer angemeldeten, gegen unrichtige oder unterlassene bedingte Zuteilung (§§ 124, 125) richten. Die Beschwerde steht — anders wie der Widerspruch — auch dem Ersteher zu, z. B. dann, wenn eine zu große Forderung gegen ihn verteilt ist. — Von anderen können formelle Mängel gewöhnlich auch mit Widerspruch angefochten werden. Dieser kann schon vor dem Teilungstermin erhoben werden, die äußerste Frist für seine Erhebung ist die Zeit der Ausführung des Teilungsplans. ➼ Gegen letzteres s. aber Jaeckel § 113 Anm. 3 Ziff. 2. Über Kostenfestsetzung s. § 10 Ziff. 14 u. unten Ziff. 19. Red. ⟵

4. **RG. 64** 100, ZBlFG. **7** 695. Die Hypothek, der der Vorrang vor allen überhaupt noch eingetragenen Hypotheken eingeräumt ist, tritt schlechterdings ohne weiteres und ohne Einschränkung an die erste Stelle dergestalt, daß sie nicht den Rang bestimmter Beträge der nachstehenden, ursprünglich ihr vorgehenden Hypotheken für sich in Anspruch nimmt, sondern so, daß sie schlechthin den Platz vor allen übrigen Hypotheken erhält. Da sonach kein Rangaustausch für bestimmte Beträge stattfindet, bleibt im Zweifel die Rangordnung der sämtlichen zurücktretenden Hypotheken unter sich unverändert. Darauf kommt nichts an, daß einer der Rücktritte erst später im Grundbuche vermerkt wurde. Treten aber nicht alle Nachmänner zurück und erreichen die zurücktretenden Rechte den Betrag der Hypothek, die den Vorrang erhalten soll, nicht, so tritt letztere nur zum Betrage der zurücktretenden Rechte in deren Rang ein. ➵ Zustimmend besprochen gegenüber KGJ. **20** A 151 von Kretzschmar, ZBlFG. **8** 311, u. von Fuchs, IheringsJ. **51** 476. Red. ⇠ S. auch unten Ziff. 17.

5. Friedrich, BayRpflZ. **07** 126, würde es vorziehen, wenn das Gesetz nicht die Anmeldung an sich schon als Widerspruch gegen Abweichung davon betrachten, sondern ausdrücklichen mündlichen oder schriftlichen Widerspruch gegen den Plan immer erfordern würde.

6. **RG. 65** 414, JW. **07** 305. Für dieselben vollstreckbaren Forderungen hatte A. Sicherungshypotheken von zusammen ca. 60 000 M. auf den Grundstücken des Schuldners B. eintragen und zugleich die ihm im Range vorgehenden Erbteilshypotheken seiner Gesamtschuldner C., D., E., F., G. von zusammen 60 000 M. pfänden lassen. Sämtliche genannte Hypotheken kamen in der ZwV. zum Zuge. A. meldete seine Forderungen nicht an Stelle seiner Sicherungshypotheken, sondern an Stelle der ihm überwiesenen Erbteilshypotheken an. Infolgedessen wollten die an sich ausfallenden Nachhypothekare H., J. 2c. vorrücken, sie unterlagen aber im Verteilungsstreite beim OLG. Breslau und beim RG., weil die Miterben C., D., E., F., G. von ihrem Mitschuldner, dem Subhastaten B. Schuldbefreiung vertragsmäßig verlangen konnten und daher nach §§ 1164, 401, 412 BGB., Mot. III 722 in Rang und Rechte der Sicherungshypotheken des A. eintraten, deshalb auch trotz des § 1163 BGB. die von den Nachhypothekaren H., J. 2c. erwirkten Pfändungen der an Stelle der Sicherungshypotheken angeblich getretenen Rechte des Subhastaten B. hinfällig waren.

7. ➵ **RG.** 13. 4. 07. Haben Nachhypothekare einer nach und nach je nach Fortschreiten des Baues zu valutierenden Baugelderhypothek den Vorrang eingeräumt, so können in diese alle nicht wider Treu und Glauben, jedenfalls die nach Gutachten eines Sachverständigen über entsprechendes Fortschreiten des Neubaues gegebenen Gelder eingerechnet werden (s. auch Ziff. 15). Red. ⇠

8. OLG. **14** 204 (Königsberg). Auf die mangelnde Legitimation des vorgehenden Gläubigers allein kann der Widerspruch nicht gestützt werden.

9. OLG. **14** 186 (KG.). Zur Einhaltung der einmonatigen Frist des § 878 ZPO. ist formgerechte Klagerhebung notwendig.

10. **RG.** R. **07** 775. Zum Widerspruche mit der Wirkung, daß, soweit der Widerspruch reicht, die Ausführung des Planes ausgesetzt wird, sind nur die am ZwVerfahren Beteiligten berechtigt. Das Fehlen des Widerspruchsrechts macht die aus § 879 ZPO. erhobene Klage ohne weiteres hinfällig, ohne daß auf die einzelnen Klagegründe sachlich einzugehen ist.

11. ➵ **RG.** 3. 7. 07. Obligatorische Verpflichtungen sind auch im Teilungsstreite der dinglich Berechtigten zu berücksichtigen. — Hat ein Beteiligter seinen höher eingetragenen Anspruch schon im Verteilungsverfahren auf den wirklichen Betrag ermäßigt und kommt er in dem nachfolgenden verwickelten Teilungsstreite scheinbar auf den höheren Betrag zurück, so hat der Prozeßrichter auf richtige An-

tragstellung gemäß §§ 880, 139 ZPO. hinzuwirken. Kosten des Teilungsstreits müssen jener Partei deshalb nicht notwendig auferlegt werden. Red. ←

12. **RG.** R. **07** 1079. Der Zedent kann im Verteilungsverfahren in der Regel nicht einwenden, daß ihm der anmeldende Zessionar den Gegenwert nicht bezahlt habe. Obligatorische Rangabmachungen zwischen den Beteiligten können dagegen berücksichtigt werden. → Der richtige Tag des Urteils ist der 3. Juli 1907. Red. ←

13. SeuffA. **62** 379 (Dresden). Die Unterlassung des Widerspruchs gegen den Teilungsplan steht der Fortsetzung eines schon anhängigen Rechtsstreits an sich nicht entgegen.

14. OLG. **15** 288 (Celle). Daß ein dem Widersprechenden vorgehender, im Teilungsplane nicht berücksichtigter Gläubiger, der seinerseits keinen Widerspruch erhoben hat, bei der auf Grund des Widerspruchs angeordneten anderweitigen Verteilung des hinterlegten Erlöses nicht zu berücksichtigen ist, scheint für das frühere preußische und für das jetzige Vollstreckungsrecht allgemein anerkannt zu sein (**RG.** **26** 24, OLG. **6** 441). Entsprechendes muß im gegebenen Falle gelten, wo nicht der wirklich Berechtigte, sondern nur ein Nichtberechtigter widersprochen hat. Auch dieser Widerspruch wirkt nicht zugunsten des ersteren. Dem wirklich Berechtigten bleibt in solchem Falle nur der Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger der hinterlegten Summe (**RG.** 58 156). — Auch der Eigentümergrundschuldgläubiger ist Beteiligter nach § 9 und von der Widerspruchseinlegung nicht befreit.

15. → **RG.** 21. 11. 07 sprach in einem Verteilungsstreite zwischen dem Baugeldhypothekar und dem durch Vormerkung nach § 1179 BGB. geschützten Nachhypothekar, der ersterem den Vorrang eingeräumt hatte, aus, daß der Nachmann wider Treu und Glauben verstoßen würde, wenn er an den Baugeldgeber zu strenge Anforderungen hinsichtlich der Zahlung der Baugelder-Teilbeträge für vollendete Bauarbeiten stellen würde (s. auch oben Ziff. 7). Red. ←

16. WürttJ. **19** 176 (Stuttgart). Ist n u r für Baugelder der Vorrang eingeräumt, so entsteht, wenn die Baugelderhypothek nicht ganz ausgefüllt ist, keine Eigentümerhypothek des Schuldners oder seiner Konkursmasse (vom **RG.** 24. 10. 06 bestätigt).

17. W e g e , JheringsJ. **51** 39 (73) bespricht an Zahlenbeispielen das Verhältnis mehrerer ihrem Range nach vortretender oder zurücktretender Posten und faßt sich zusammen wie folgt: Dies Verhältnis bestimmt sich nicht, wie die gemeine Meinung ist, in jedem Falle nach der Reihenfolge der Hauptposten, vielmehr ist nach dem Grundsatze: nemo plus juris transferro potest, quam ipse habet die Z e i t der Eintragung der verschiedenen Vorrechtseinräumungen von ausschlagender Bedeutung. Wenn die Eintragungen zu gleicher Zeit und ohne besondere Bemerkung erfolgen, so haben die betreffenden vortretenden oder zurücktretenden Posten an den Stellen, wohin sie mit ihren Rangrechten rücken, gleiche Rechte. Im einzelnen ergeben sich manche Verwickelungen. Hierfür fügt der Verf. Sonderausführungen und Tabellen bei. → Gegen Einzelausführungen W e g e s wendet sich F u c h s, JheringsJ. **51** 469 (s. auch oben Ziff. 4). Red. ←

18. S c h n e i d e r, LeipzZ. **07** 720, bekämpft teilweise in Übereinstimmung mit KGJ. **29** A 167 das Urteil **RG. 29** 182, wonach an sich Gleichberechtigung mehrerer siegreicher Anfechtungskläger hinsichtlich der angefochtenen Hypothek und Unerheblichkeit der Pfändungen dieser Hypothek, dagegen Vorgang des zuerst mit s e i n e r Forderung im Grundbuche vorgemerkten Anfechtungsklägers angenommen wurde. Er ist der Meinung, daß die Anfechtungswirkung gegen Dritte eine andere ist als die zwischen mehreren Anfechtungsklägern unter sich und daß daher die Reihenfolge der Pfändungen der angefochtenen Hypothek erheblich sei (s. auch § 9 Ziff. 1).

19. SächsOLG. **28** 559. Nicht bereits festgesetzte Kosten der Rechtsverfolgung sind vom ZwVrichter auf ihre Erstattungs- und Taxmäßigkeit zu prüfen. Es war der Teilungsplan auf Beschwerde aufzuheben und neuer Verteilungstermin anzu-

beraumen, weil der ZwVrichter 81,15 M. Kosten, die dem betreibenden Hypothekgläubiger durch Erwirkung einer vollstreckbaren Urkunde vom Konkursverwalter erwachsen waren, als nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich gestrichen hat. Einzelne Beträge dieser 81,15 M. sind noch glaubhaft zu machen. Im neuen Teilungstermine haben die Gläubiger, denen dieser Betrag bisher zugeteilt war, Gelegenheit zur Widerspruchserhebung.

20. Bereicherung § 10 Ziff. 2, Bordellhypothek § 28 Ziff. 1, Vormerkung und Widerspruch § 48, Pfändungen § 107, Kostenfestsetzung § 10 Ziff. 12, 14, Teilungsplan § 114, Eventualteilung § 124.

§ 117. 1. OLG. **15** 292, PosMSchr. **07** 97 (Posen). Das Vollstreckungsgericht entscheidet nicht über die Auszahlung des gemäß § 117 Abs. 2 hinterlegten Kaufgeldüberschusses.

2. Kein Recht des Nichtwidersprechenden § 115 Ziff. 14.

§ 118. Eigentümerhypothek § 107 Ziff. 1, bedingte Überweisung § 48 Ziff. 4, 5, § 114 Ziff. 1, 2, § 124 Ziff. 1.

§ 119. Beschwerde § 115 Ziff. 3, Beweislast § 114 Ziff. 2, s. auch § 124.

§ 122. 1. R. **07** 316 (Zweibrücken). Vereinbaren die dinglichen Gläubiger die freihändige Veräußerung des beschlagnahmten Grundstücks und die Verteilung des Erlöses „nach Maßgabe der für das ZwVverfahren geltenden Grundsätze", so gilt auch die Anwendbarkeit des § 122 als gewollt.

2. **RG.** R. **07** 637. Wird nur eines der für eine Gesamthypothek haftenden Grundstücke versteigert und kommt dabei die Hypothek voll zur Hebung, so erlischt sie nach § 1181 BGB. auf den anderen Grundstücken, kann auf diesen nicht mehr (etwa zur Deckung anderer Forderungen) übertragen, sondern muß gelöscht werden. Höchstens sein guter Glaube kann den Zessionar schützen, ob auch ein Verzicht des Eigentümers auf den Berichtigungsanspruch, ist zweifelhaft. S. § 130 Ziff. 3.

§ 124. 1. Friedrich, BayRpflZ. **07** 126, erklärt die Durchführung der Eventualverteilung wegen der Menge der in Frage kommenden Möglichkeiten dann für untunlich, wenn von mehreren Seiten und ohne daß schon auf Einzelheiten eingegangen wird, Widerspruch gegen den Plan erfolgt.

2. Widerspruch und Vormerkung § 48, kein Recht des Nichtwidersprechenden § 115 Ziff. 14, doppelte Bedingung § 114 Ziff. 1 u. 2.

§ 127. *Becker, BadNotZ. **07** 15. Das Vollstreckungsgericht hat weder reichs- noch landesgesetzliche Zwangsbefugnisse beim Einfordern von Hypothekenbriefen über Hypotheken, die infolge der ZwV. erloschen sind. Man wird aber dem Grundbuchamte, das die Löschung einer solchen Hypothek auch ohne Vorlage des Briefes vornehmen muß (§ 131), in entsprechender Anwendung des § 62 Abs. 2 GBO. auch in diesem Falle das Recht und die Pflicht zusprechen müssen, seinerseits die Vorlage des Briefes von den Berechtigten zu fordern und mit den ihm landesrechtlich zustehenden Zwangsmitteln zu erzwingen.

§ 128. Pfändungsfälle § 107, Schutz der Sicherungshypotheken § 130 Ziff. 2.

§ 130. 1. Kretzschmar, ZBlFG. **7** 646, billigt im allgemeinen die Entsch. des **RG. 62** 140 über Zulässigkeit von Anträgen des noch nicht eingetragenen Erstehers auf Eintragungen im Grundbuch und will den Grundsatz auch zugunsten von Anträgen auf Eintragung einer Zwangs- oder Arresthypothek gegen den Ersteher ausdehnen.

2. RJA. **8** 65, R. **07** 730 f., ZBlFG. **7** 713, KGJ. **34** A 282 (KG.). Der Vollstreckungsschuldner und Grundstückseigentümer hatte sich die Rechte aus dem Meistgebot abtreten lassen, den Zuschlag erhalten und alsbald neue Hypotheken von 100 000 M. und 25 000 M. bestellt. Er zahlte das Bargebot nicht, und auf Verfügung des Vollstreckungsrichters trug das Grundbuchamt ihn von neuem als Eigentümer ein, löschte jene beiden Hypotheken und trug Sicherungshypotheken für die

überwiesenen Gläubiger ein. Auf seine Beschwerde wurde Eintragung von Widersprüchen gegen die Löschung der 100 000 M. und 25 000 M. angeordnet und dabei im wesentlichen folgendes ausgeführt: Wiedereintragung der 2 Hypotheken kann der Beschwerdeführer nicht begehren, sondern nur Widerspruchseintragung gegen deren Löschung (§ 54 GBO.). Zum Ersuchen um die Löschung der 2 Hypotheken war der Vollstreckungsrichter nicht befugt, und dies mußte und konnte auch der Grundbuchrichter beachten, da die Hypotheken erst nach dem ihm bekannt gegebenen Tage des Zuschlags eingetragen worden waren. Ihrer Rechtswirksamkeit standen die §§ 91, 52, 130 Abs. 1 nicht entgegen. Der Ausdruck: „Darf ... nicht" im § 130 Abs. 3 begründet keine Nichtigkeit des Eintrags, sondern soll nur den nach Maßgabe des § 128 einzutragenden Sicherungshypotheken den Vorrang wahren. Daß der Subhastat neu als Eigentümer eingetragen wurde, war richtig. ➸ S. dagegen § 90 Ziff. 10. Red. ⟵

3. OLG. **14** 124 (Braunschweig). Die Löschung der erloschenen Gesamthypothek erfolgt auf dem zwangsversteigerten Grundstücke nach §§ 130, 158, auf den übrigen Grundstücken auf Antrag der Beteiligten im Berichtigungsverfahren. S. § 122 Ziff. 2.

4. Widerspruchseintrag § 90 Ziff. 4, § 48 Ziff. 4 u. 5, Konkursverwalter als Ersteher § 17 Ziff. 3.

§ 131. Briefbeischaffung § 127.

§ 132. OLG. **14** 206 (KG.). Zur Erteilung der Vollstreckungsklausel bei bestrittenem Rechte auf die Sicherungshypothek bedarf es keiner vorherigen richterlichen Anordnung. Nicht § 726 Abs. 1, sondern § 725 ZPO. ist hier anwendbar. Ob die Klausel seinerzeit, wie dies geschehen, schlechthin dem G., der im Teilungsplan als Berechtigter bezeichnet war, hatte erteilt werden dürfen, oder ob in ihr das bedingte Recht des A. hätte ausgedrückt werden müssen, kann jetzt, nachdem das Recht des A. hinweggefallen ist, dahingestellt bleiben. ➸ Vgl. IDR. **4** § 120. Red. ⟵

§ 143. Friedrich, BayRpflZ. **07** 126, bespricht die Anwendung der §§ 143, 144. Er hält das frühere bayerische Verfahren für zweckmäßig, daß den Beteiligten der Antrag des Erstehers und der Inhalt des Ersuchens an das Grundbuchamt in Abschrift mitgeteilt wird, und er würde es vorziehen, wenn die Beteiligten Erinnerungen nach § 144 begründen müßten und der Vollstreckungsrichter offenbar mutwillige Erinnerungen zurückweisen dürfte.

§ 144. 1. BadRpr. **07** 78 u. 148 (Karlsruhe). In Baden ist bei Unterlassung gerichtlicher Verteilung die $^1/_{10}$ Gebühr für das Verteilungsverfahren zu erheben, selbst wenn ein Verteilungstermin — entgegen vielleicht dem § 105 (?) — nicht anberaumt war. § 109 steht dem keinesfalls entgegen, wenn diese Gebühr durch das Bargebot gedeckt war.

2. S. auch § 143.

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

§ 146. 1. OLG. **14** 207, ZBlFG. 8 42 (Dresden). Eine ZwVerw. des vom Nießbraucher besessenen Grundstücks ist unzulässig. Dies gilt sogar dann, wenn der Nießbrauch dem betreibenden Gläubiger im Range nachsteht. Nur kann letzterer dann die Zustimmung des Nießbrauchers im Prozeßweg erzwingen. Die Zulässigkeit einer ZwVerw. ohne Verwaltung, wie sie das KG. will, kann nicht angenommen werden (s. Ziff. 2 u. 3).

2. Kretzschmar, SeuffBl. **07** 328, R. **07** 1234, bespricht vorstehende Entscheidung zustimmend und empfiehlt, gegen den Nießbraucher Urteil auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu erwirken oder gegebenenfalls Anfechtungsklage darauf

zu erheben, daß er die ZwVerw. und ZwV. des Grundstücks und im geringsten Gebot und in der Erlösverteilung den Vorrang des Klägers dulden muß.

3. KGBl. **07** 21 (KG.). Das KG. beharrt (vorstehendem gegenüber) auf seiner Ansicht, daß Nießbrauch der Anordnung der ZwVerw. nicht entgegensteht (s. für ZwV. § 181 Ziff. 3).

4. RJA. **8** 237, R. **07** 1020, OLG. **15** 30, ZBlFG. **8** 127, SeuffBl. **07** 604, DJZ. **07** 1261, KGJ. **34** A 257 (KG.). Das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts, die Anordnung der ZwVerw. eines Grundstücks einzutragen, kann nicht vom Grundbuchamte wegen sachlicher, aus dem Grundbuche sich ergebender Anstände, insbesondere nicht deswegen, weil die Anteile der Miteigentümer nicht in Bruchteilen angegeben sind, abgelehnt werden. Aber Sache des Vollstreckungsgerichts ist es, derartige Anstände gemäß § 28 zu berücksichtigen (s. § 17 Ziff. 2).

5. OLG. **15** 30 (KG.). Lehnt das Grundbuchamt das Ersuchen des Vollstreckungsrichters um Eintragung des ZwVerwvermerks ab, so ist der betreibende Gläubiger beschwerdeberechtigt.

6. Els.-loth. Löschungsverfahren § 15 Ziff. 2, Beschwerde § 15 Ziff. 1, Titel § 16, Wirkung § 57 Ziff. 4 u. 10, Nießbrauch § 10 Ziff. 10.

7. *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 33 ff. Für eine Grunddienstbarkeit zugunsten eines anderen demselben Eigentümer gehörenden Grundstücks und für einen Nießbrauch des Eigentümers selbst gelten dieselben Regeln wie für derartige Rechte Dritter (vgl. Ziff. 3 zu § 9).

§ 147. Einwendungen § 28 Ziff. 3 b.

§ 148. 1. OLG. **14** 9 (Königsberg). Der verklagte betreibende Gläubiger hat die aus seinen Vorschüssen während der ZwVerw. angeschafften Kohlenvorräte und die mit solchen Kohlen gebrannten Ziegel pfänden lassen. Zwar waren die Kohlen als Zubehör und die Ziegel deshalb unpfändbar, weil nach § 148 durch die Beschlagnahme eine freiwillige Verfügung über sie und eine Zwangsvollstreckung in sie unmöglich wurde, allein der Kläger hat kein Interesse an der Bekämpfung jener Pfändung, weil auch ohne sie der Beklagte, der mit 100 000 M. vorgehenden Hypothek ausgefallen und mit 6000 M. Vorschüssen zur ZwVerw. nicht gedeckt ist, Anspruch auf den Wert der gepfändeten Sachen erheben kann (vgl. § 10 Ziff. 13, § 21 Ziff. 3).

2. **RG.** SeuffBl. **07** 478. Die Mietzinsen haften den Hypothekgläubigern dinglich; nicht nur bei der (bayerischen) ZwV. haben diese Gläubiger ein Vorrecht, sondern auch bei der ordnungsmäßigen Verwaltung dürfen sie beanspruchen, daß aus den Einkünften des verpfändeten Gegenstandes zunächst die Hypothekzinsen bezahlt werden, bevor etwas an die Kurrentgläubiger gelangt. Das ist auch die gesetzliche Ordnung der ZwVerw. Der Schuldner, der im Interesse der Hypothekgläubiger den Zugriff eines diesen nachstehenden Gläubigers auf die künftigen Mieterträgnisse durch Verkauf des Hauses an einen Dritten vereitelt, handelt nicht nur wirtschaftlich sachgemäß, sondern auch rechtlich einwandfrei. Der Hausverkauf kann von den Kurrentgläubigern aus diesem Grunde nicht nach § 3 Ziff. 2 AnfG. bekämpft werden.

3. SächsOLG. **28** 371. Dem Nießbraucher, der zugleich — in gültiger Weise — die Mietzinsen für sich hatte pfänden lassen, waren trotz Widerspruchs des ZwVerw.-Berechtigten und Erstehers auch noch Mietzinsen für das Vierteljahr nach Zuschlag zuzusprechen, nachdem inzwischen die ZwVerw. aufgehoben war. Seine Pfändung geht vor.

4. Schneider, DJZ. **07** 1119, bezweifelt den Satz in **RG. 64** 418, daß (immer) die Verbindung zwischen ZwVerw. und ZwV. eine rein äußerliche sei, und führt aus: Falls der Käufer eines Waldes (ohne Besitzeinweisung in die Waldparzelle nach § 956 BGB.) gefällte Bäume noch in ihm liegen hat, wenn die ZwVerw. eingeleitet wird, wenn dann die ZwV. verfügt wird und zum Zuschlag ohne besondere

Erwähnung der Bäume führt, so ist doch wohl anzunehmen, daß sie Teil des Zugeschlagenen geworden sind. ZwV. und ZwVerw. verschmelzen hier miteinander.

5. SächsOLG. **28** 210. Die geschlagenen Hölzer sind vor der Beschlagnahme zum Zwecke der ZwVerw. vom Grundstücke nicht entfernt worden. Ob vorher Eigentumserwerb des Beklagten daran stattgefunden hat, ist einflußlos. Denn nun bleiben die Hölzer noch pfandbelastet und der Beklagte kann sich nicht auf seinen guten Glauben stützen (§ 1121 Abs. 2 BGB.).

6. ⇛ **RG.** 21. 11. 07. Mit Recht hat das OLG. Dresden eine Feststellungsklage darüber als unzulässig abgewiesen, daß im Falle einer von der Klägerin zu beantragenden ZwV. die Mieten vom Zuschlagstag an dem Ersteher, nicht der Beklagten als ZwVerwgläubigerin, gebühren. Nach § 256 ZPO. kann nur über Rechtsverhältnisse entschieden, kein — vielleicht doch nicht wirksames — Gutachten abgegeben werden. Danach ist die Revision zurückzuweisen, ohne daß es auf den zweiten Entscheidungsgrund des OLG., womit das Klagebegehren auch für unberechtigt erklärt wird, ankommt (s. oben § 57 Ziff. 7). Red. ⇚

7. HansGZ. **07** Beibl. 173 (Hamburg). Die Vollstreckung eines Hypothekgläubigers in Mietzinsen kann nicht nur im Wege der Einleitung der ZwVerw., sondern auch mittels gewöhnlicher Mietzinspfändung erfolgen. Um aber dann einem Zessionar von Mietzinsen gemäß § 1120 BGB., § 771 ZPO. mit Erfolg begegnen zu können, genügt nicht ein persönlicher, sondern nur ein dinglicher Zwangsvollstreckungstitel.

8. BreslauAK. **07** 64 (Breslau). Infolge der am 15. Februar 1906 erfolgten Konkurseröffnung über den Nachlaß des Gemeinschuldners war gemäß § 21 Abs. 2 KO. der bestrittene Mietzins aus dem dritten Vierteljahre des Jahres 1906 zur Konkursmasse einzuziehen trotz der (erst am 26. Mai 1906 eingetretenen) ZwVerw. des Grundstücks. Von wem diese ZwVerw. herbeigeführt wurde, ist unerheblich.

9. Über Mietzinsen s. auch § 57.

§ 152. 1. OLG. **15** 33 (KG.). Wenn der Konkursverwalter und der Zwangsverwalter des nämlichen Schuldners darüber streiten, zu welcher Masse einzelne Sachen gehören, so liegt kein Eigentumsstreit, sondern ein Zuständigkeitsstreit beider Verwalter vor. Dieser kann nur durch Erinnerung und Beschwerde des Konkursverwalters nach § 766 ZPO., § 95 ZVG., aber nicht durch gerichtliche Klage zum Austrage gebracht werden. Nur gegen einen Gläubiger, der die Sachen ausdrücklich in Anspruch nimmt, kann der Konkursverwalter nach § 771 ZPO. klagen.

2. OLG. **15** 33 (KG.). Für eine Bestellung, die der Zwangsverwalter als solcher bei einem anderen, der dies wußte, gemacht hat, haftet er nicht persönlich.

3. OLG. **15** 34, RheinA. **104** 171 (Cöln). War der Zwangsverwalter dem klagenden Eigentümer als Nebenintervenient in einer seinen Wirkungskreis betreffenden Sache beigetreten und das Urteil lautet dann zugunsten des Eigentümers, so bedarf der Zwangsverwalter zu dessen Vollstreckung besonderer Vollstreckungsklausel nach § 727 ZPO., die ihm aber auch nicht verweigert werden kann.

4. ZwVerw. ohne Verwaltung § 146 Ziff. 1—3, Prozeßführung § 161.

§ 153. Vergütung § 156.

§ 156. Friedrich, BayRpflZ. **07** 127, hält es für fraglich, ob immer gerichtliche Teilung unumgänglich nötig sei. Er empfiehlt, die Gebühren des Zwangsverwalters erst am Schlusse seiner Tätigkeit oder jährlich festzusetzen.

§ 158. Kapitalslöschung § 130 Ziff. 3.

§ 161. OLG. **15** 32 (KG.). Auch nach Aufhebung der ZwVerw. ist der Zwangsverwalter noch befugt (passiv legitimiert), den Rechtsstreit mit einem von ihm entlassenen Gutsinspektor zu führen. ⇛ Ähnlich daselbst 33. Abweichend für Mietzinsklagen des Zwangsverwalters AG. Breslau, BreslauAK. **07** 22. Red. ⇚

Zweiter Abschnitt. Zwangsversteigerung von Schiffen im Wege der Zwangsvollstreckung.

§ 162. Giese, R. **07** 371, wünscht wegen der den Versteigerungserlös oft aufzehrenden Kosten der Schiffsbewachung (§ 165) gesetzliche Herabsetzung der Frist des § 36 Abs. 2, etwa auf 2 Wochen.

§ 165. Bewachungskosten § 162.

Dritter Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 172. Der Konkursverwalter als Ersteher § 17 Ziff. 3.

Vorbemerkung (zu §§ 180 ff.): Die Fragen über Zulässigkeit der TeilungsZwV. und über das geringste Gebot dabei gehören zu den schwierigsten des ganzen Gesetzes. Den neuerdings auftauchenden Versuchen, durch Beitritt eine Vermischung der TeilungsZwV. mit der SchuldZwV. herbeizuführen (vgl. unter § 181 Ziff. 4, JDR. **5** § 180 Ziff. 6), wird entgegenzutreten sein. Doch ist die Frage noch sehr zweifelhaft, besonders dann, wenn neben Teilungsversteigerung nur SchuldZwV. eines Bruchteils beabsichtigt ist. S. Jaeckel, ZVG. 626 und die dort Aufgeführten, auch v. d. Pfordten, ZVG. 543.

§ 180. 1. OLG. **15** 292 (Stuttgart). Die Anordnung aus § 180 setzt eine Gemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff. BGB. (vgl. § 753) voraus, wie sie namentlich im Falle des Miteigentums nach § 1008 BGB. besteht. Dagegen stellt das württembergische Stockwerkseigentum kein Miteigentum nach Bruchteilen dar und begründet es keine Gemeinschaft im Sinne der zit. §§ 741 ff., der § 753 BGB. und die §§ 180 ff. ZVG. greifen daher nicht Platz; vielmehr sind die Ansprüche der Stockwerkseigentümer gemäß Art. 182 EGBGB. nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen. Die ZwV. war daher unzulässig (vgl. WürttJ. **14** 174). Wurde sie gleichwohl eingeleitet, so handelt es sich nicht um die Art und Weise, sondern um die sachlichen Voraussetzungen der ZwV. und ist daher sofortige Beschwerde ohne vorgängige Erinnerungen jedenfalls zulässig.

2. MecklZ. **25** 50 (Rostock). Auch in der Teilungsversteigerung ist die nach § 95 bestimmte Beschränkung der Beschwerde, daß sie nämlich in gewissen Fällen nur gegen den Zuschlagsbeschluß gerichtet werden kann, gültig. Dies trifft auch zu, wenn gegen § 59 verstoßen worden sein soll.

3. PrVerwBl. **28** 139 (PrKompGH.). Hinsichtlich der Teilung einer gemeinschaftlichen Holzung ist in Preußen der Rechtsweg und damit auch die amtsgerichtliche Teilungssubhastation, sofern sie dem AG. nicht von der Generalkommission übertragen ist, unzulässig.

4. Bestandteile § 37 Ziff. 3, s. auch § 181.

§ 181. 1. R. **07** 260 (Colmar). Der Teilhaber einer Gemeinschaft, der die ZwV. eines zur Gemeinschaft gehörigen Grundstücks verlangt, braucht zur Begründung des Versteigerungsantrags nicht die Zulässigkeit der Teilung und der zwangsversteigerungsweisen Teilung im besonderen nachzuweisen. Sache des die Zulässigkeit der ZwV. bestreitenden Miteigentümers ist es vielmehr, die Aufhebung des Verfahrens herbeizuführen.

2. ZBlFG. **7** 708 (Darmstadt). Der Antrag auf ZwV. zum Zwecke der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft an einem Grundstück ist abzuweisen, wenn nach dem Grundbuch eine Gemeinschaft gar nicht besteht oder doch zunächst der Prozeßrichter entscheiden müßte, ob die Voraussetzungen des § 753 BGB. trotz der nach dem Grundbuche scheinbar gegebenen Realteilung vorliegen.

3. ThürBl. **54** 112, R. **07** 1200 (Jena). Der Gläubiger eines Miteigentümers führt die Teilungssubhastation dadurch herbei, daß er dessen Anspruch gegen

den anderen Teilhaber auf Aufhebung der Eigentumsgemeinschaft pfänden und sich überweisen läßt und den ZwVantrag nach § 181 stellt. Die Zustimmung des Nießbrauchers am ganzen Grundstücke braucht er nicht einzuholen. Der ZwVvermerk muß aber deutlich ersehen lassen, daß die ZwV. zu Teilungszwecken, und nicht etwa gegen den anderen Teilhaber als Schuldner, erfolgt; dieser hätte sonst ein Beschwerderecht. ➠ Zuerst wurde hier die ZwV. von dem Antragsteller, der auf dem $^2/_3$ Anteile seines Schuldners eine Hypothek hatte, dieser Schuld wegen betrieben, aber wieder aufgegeben. Ganz unzweifelhaft ist die Frage der Pfändbarkeit des Auseinandersetzungsanspruchs nicht, sie wird aber von vielen bejaht (vgl. Jaeckel, ZVG. 618). Red. ⟵

4. RheinARV. **24** 98 (LG. Cöln). Durch die ZwV. zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft auf Grund des § 180 dürfen die Personal- und Realgläubiger der eingetragenen Miteigentümer eine Zurücksetzung nicht erfahren, solche haben ein Recht auf Zulassung des Beitritts zur ZwV. (s. aber Vorbem. vor § 180).

5. SchlHolstAnz. **07** 289 (Kiel). Der Anerbe kann auf Grund seines Anerbenrechts der ZwV. der Stelle zum Zwecke der Erbteilung widersprechen.

6. ElsLothNotZ. **07** 43 (LG. Mühlhausen). Nach § 29 ElsLothAGZVG. ist zwar dem Antrag auch auf TeilungsZwV. ein Auszug aus dem Hypothekenregister beizufügen, aber das ist dann nicht mehr nötig, wenn das vorläufige Grundbuch schon über 10 Jahre angelegt und daher der Kreis der Beteiligten offenkundig ist.

7. S. auch § 180.

§ 182. Reinhard, ZBlFG. **7** 675, R. **07** 1235, bespricht ausführlich mit Zahlenbeispielen die 3 verschiedenen Meinungen über Bildung des geringsten Gebots bei Beitritt zur TeilungsZwV. (vgl. JDR. **2** § 182), und gelangt, im wesentlichen mit Jaeckel übereinstimmend, zu folgendem Schlusse: Bei der Teilungsversteigerung kann von mehreren Antragstellern derjenige, der seinen Anteil (verhältnismäßig) am höchsten belastet hat, verlangen, daß das geringste Gebot von seinem Standpunkt aus berechnet wird. Wenn sich freilich dabei die Unverkäuflichkeit des Grundstücks herausstellt, muß er es geschehen lassen, daß das niedrigere, nach dem Antrage des anderen Antragstellers berechnete, geringste Gebot dem Ausgebote zugrunde gelegt wird.

Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

§ 2. S. oben landesrechtliche Sondervorschriften: Preußen: Zuständigkeit § 10 Ziff. 5, § 180 Ziff. 3, öffentliche Lasten und Abgaben § 10 Ziff. 4, 6, 7, 15, § 81 Ziff. 3, § 90 Ziff. 13, Kosten § 58, Baubeschränkungen § 91 Ziff. 8, Vergleichsgebühr § 29 Ziff. 1, Bergschäden § 20 Ziff. 6, Notariatsgebühr § 91 Ziff. 2, 10, Feuerversicherung § 52 Ziff. 3, Strafgesetzbuch (§ 270) s. § 66 Ziff. 1, Vollmachtstempel § 81 Ziff. 4, ZVG. vom 13. Juli 1883 s. § 90 Ziff. 4, 8, § 91 Ziff. 5, Fensterrecht § 91 Ziff. 1, Holzungsteilung § 180 Ziff. 3, Rückfallrecht § 91 Ziff. 5, Anerbenrecht § 181 Ziff. 5, Wirtschaftskonzession § 91 Ziff. 9. Bayern: Altrechtliche Hypothekenurkunde § 16 Ziff. 1, Kirchentrachten § 10 Ziff. 3, Nebenkaution § 48 Ziff. 8, Mietzinshaftung § 148 Ziff. 2, außergerichtliche Teilung § 143. Sachsen: Zinsrang § 44 Ziff. 1, Amortis. Hypothek § 50 Ziff. 3, § 90 Ziff. 6. Württemberg: Stockwerkseigentum § 180 Ziff. 1, Kostenkaution § 50 Ziff. 2. Baden: Straßenkosten § 10 Ziff. 8, Kostenkaution § 48 Ziff. 1. Elsaß-Lothringen: Löschungsverfahren § 15 Ziff. 2, § 64 Ziff. 1, Hypothekenregisterauszug § 181 Ziff. 6.

Mecklenburg: Kosten der Löschung des ZwVvermerks § 27 Ziff. 1. Oldenburg: Kosten § 29 Ziff. 2. Sachsen-Weimar: Altrechtliche ZwV. § 18 Ziff. 1. S. auch unten § 13.

§ 9. Dienstbarkeiten s. ZVG. § 91 Ziff. 1, SchlHolst. Rückfallrecht § 91 Ziff. 5, Anerbenrecht s. ZVG. § 181 Ziff. 5.

§ 13. 1. Wolffing, Notar und Zwangsversteigerung im rechtsrheinischen Bayern, JustdBl. **2** 81 ff., bespricht die Obliegenheiten des bayerischen Notars nach neuem ZwVrecht im Gegensatze zum früheren.

2. BadNotZ. **06** 202 (LG. Mannheim). Die Vollstreckungsnotariate bilden auch im Kostenwesen lediglich eine Vorinstanz, gegen deren Verfügungen die Entscheidung des ordentlichen Vollstreckungsgerichts angerufen werden kann. Erst gegen letztere Entscheidung ist das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben. — Mehrere betreibende Gläubiger haften solidarisch für die ZwVkosten, auch die beim Notar erwachsenen, ohne daß auf den erst späteren Beitritt einzelner Rücksicht genommen wird (§ 2 GKG., § 95 BPKVO.).

3. Einstellungsbefugnis der Notare ZVG. § 28 Ziff. 3 c, § 37 Ziff. 7.

Konkursordnung.

Vorbemerkung: Von den das gesamte Konkursrecht umfassenden wissenschaftlichen Bearbeitungen aus dem Berichtsjahre bieten die Kommentare von Jäger (3 u. 4) und v. Wilmowski-Kurlbaum-Kühne (6), sowie das Lehrbuch von Hellmann interessante Gelegenheit, vom Standpunkte der Vertretungstheorie unter verschiedenen, zum Teil neuen Gesichtspunkten die noch immer umstrittene Rechtsstellung des Konkursverwalters zu betrachten, der nach Wilmowski den Gemeinschuldner, nach Hellmann — in Konsequenz seiner Auffassung über die Pfandwirkung des Konkurses — die einzelnen Konkursgläubiger vertritt, während ihn Jäger teils als den Vertreter des Gemeinschuldners, teils — namentlich in Anfechtungsprozessen — als den Vertreter der Gesamtheit der Konkursgläubiger ansieht. Einen Gang durch das gesamte Konkursrecht unternimmt Rintelen in seiner Untersuchung der Frage, ob und wie weit Konkurswirkungen die Beendigung des Verfahrens überdauern. Über den Fortbestand der Masse nach Konkursbeendigung handelt Voß, der auch die Rechtsbehelfe der Beteiligten bei Streitigkeiten über die Zugehörigkeit bestimmter Objekte zur Masse, die dingliche Wirkung der Konkursanfechtung und das Rückforderungsrecht des ehemaligen Gemeinschuldners wegen einer unter Überschreitung der Zwangsvergleichsdividende geleisteten Zahlung zum Gegenstand eingehender Abhandlungen gemacht hat. Ein Teil dieser — in Selbstberichten der Verfasser wiedergegebenen — Abhandlungen ist in der seit Januar 1907 erscheinenden „Leipziger Zeitschrift" (LeipzZ.) enthalten, der die Wissenschaft und die Praxis — es sei nur noch auf die Aufsätze Oberneck's über die Eigentümerhypothek des Gemeinschuldners und v. Seufferts über das Wiederkaufs- und Wiederverkaufsrecht hingewiesen — auf dem Gebiete des Konkursrechts die wertvollsten Anregungen verdanken. Naturgemäß haben auch die aktuellen Probleme des Berichtsjahrs aus dem materiellen Versicherungsrecht und dem Scheckrechte sowie das vor allem in Handelskreisen hervorgetretene Verlangen nach einem erhöhten Schutze der Gläubiger neue Ausblicke de lege ferenda eröffnet; in letzterer Beziehung ist vor allem der durch die Denkschrift des Reichsamts angeregte lebhafte Meinungsaustausch für und wider den außerkonkursmäßigen Zwangsvergleich hervorzuheben. — Die Rechtsprechung hat — außer den zahlreichen Entscheidungen zum Begriffe der Zahlungseinstellung — Urteile des RG. über die Bindung des Konkursverwalters an bestimmte Abmachungen des Gemeinschuldners, über die Wirkung des Konkurses auf den unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kauf und über die

Art der Feststellung der Masseunzulänglichkeit im Falle des § 60 KO. gebracht; mehrfach ist betont, daß für die Ausübung des die Konkursmasse betreffenden Verwaltungs- und Verfügungsrechts der Verwalter „an die Stelle“ des Gemeinschuldners trete und insoweit ihm gegenüber, welcher Theorie man sich auch anschließen möge, „kein Dritter“ sei. Das KG. ist seiner ebenso lebhaft bekämpften wie gebilligten Auffassung über die relative Unwirksamkeit der Verfügungen des Gemeinschuldners und ihre Folge für den Grundbuchverkehr unter wiederholter eingehender Begründung treu geblieben, hat aber, wie der Bericht zu § 7 KO. ergibt, nicht überall den Wunsch zu beseitigen vermocht, daß die Streitfrage auf dem Wege des § 79 GBO. durch ein außerpreußisches OLG. der Entscheidung des RG. unterbreitet werde.

Literatur: Harburger, KO. und AnfG. (2). München 1907. — Hellmann Lehrbuch des deutschen Konkursrechts. Berlin 1907. — Jäger, Kommentar zur KO, (3 u. 4). Erste Lieferung. Berlin 1907. — Ders., Abkürzung des Konkursverfahrens. DJZ. **07** 118. — Jonas, Die Konkursfeststellung in ihrer prozessualen Durchführung, Berlin 1907. — Kohler, Grundriß des Zivilprozesses mit Einschluß des Konkursrechts. Stuttgart 1907. — Rintelen, Zur Frage der Nachhaltigkeit der Konkurswirkungen im deutschen und österr. Konkursrechte, GoldschmidtsZ. **61** 147. — Lent, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse. Leipzig 1907. — Simonson, Der Scheck im Konkurse des Ausstellers, GruchotsBeitr. **50** 43. — Sydow-Busch, KO. und AnfG. (10). Berlin 1907. — Wangemann, Kompendium des Konkursrechts Berlin 1907. — Wiesner, Der Konkurs der GmbH. Diss., besprochen von Neukamp, Goldschmidts Z. **59** 173. — v. Wilmowski u. A. Kurlbaum-Kühne, KO. (6). Berlin 1907.

Erstes Buch. Konkursrecht.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 1. Literatur: Emminghaus, Die Ansprüche der Ehefrau an der Lebensversicherungssumme des Ehemanns im Todesfall und im Nachlaßkonkurse. Gibt es ein Eintrittsrecht der Frau im letzteren Falle? LeipzZ. **07** 29. — Oberneck, Die Eigentümerhypothek des Gemeinschuldners. 1. Gehört die Eigentümerhypothek zu dem nach § 1 KO. pfändbaren Vermögen? 2. In welchem Umfange gehört die Eigentümerhypothek zur Konkurssollmasse? 3. Einzelfragen, LeipzZ. **07** 369.

I. Allgemeines. 1. BayObLG. **8** 240, OLG. **15** 329, ZBlFG. **8** 256, BayRpflZ. **07** 298, LeipzZ. **07** 664, SeuffBl. **07** 794 (BayObLG.). Die Konkursmasse ist eine dem sonstigen Vermögen des Gemeinschuldners gegenüber in gewissem Maße selbständige Vermögensmasse, es ist ihr aber nicht die Befugnis beigelegt, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen; sie hat auch keinen eigenen Namen, unter dem sie im Rechtsverkehr auftreten könnte. Sie kann deshalb nicht als Eigentümerin oder sonstiger Berechtigter in das Grundbuch eingetragen werden (ebenso Jäger [3] § 1 Anm. 52).

2. OLG. **15** 33, R. **07** 1210 Ziff. 3002 (KG.). Ein Streit zwischen Konkurs- und Zwangsverwalter darüber, ob dem Schuldner gehörige Sachen zur Konkursmasse oder zur Liegenschaftsmasse zu ziehen sind, ist kein Eigentums-, sondern ein Zuständigkeitsstreit der beiden Verwalter, der durch Beschwerde beim Konkurs- oder Vollstreckungsgerichte, nicht durch gerichtliche Klage eines Verwalters gegen den andern zum Austrage zu bringen ist.

II. Bestandteile der Masse im einzelnen. 1. **a)** Winkler, ZBlFG. **7** 628. Die Kundenlisten und Arrestbücher eines Kunst- und Handelsgärtners gehören zur Konkursmasse des Geschäftsinhabers und sind nicht Zubehör des Gärtnereigrundstücks. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1091, LeipzZ. **07** 230, Elf. LothJZ. **07** 160, R. **07** 135 Ziff. 237. Ein eingetragenes Warenzeichen des Gemeinschuldners gehört als Zubehör des Geschäftsbetriebs zur Konkursmasse (ebenso Jäger § 1 Anm. 8). **c)** OLG. **15** 6, LeipzZ. **07** 71 (Cöln). „Rezepte“ (schriftliche Niederlegungen einer Arbeitsmethode), insbes. solche zur Fabrikation von Emaille

in einer Emaillefabrik, sind nicht pfändbar und gehören nicht zur Konkursmasse. **d**) LeipzZ. **07** 922, PucheltsZ. **07** 358 (Colmar). Die vom Konkursverwalter geführte Geschäftskorrespondenz, Belege zur Schlußrechnung usw. gehören zur Masse; der Verwalter hat daran auch kein Zurückbehaltungsrecht wegen noch nicht festgesetzter Vergütungsansprüche.

2. v. Seuffert, Leipz. **07** 20. Das Recht des Wiederkaufs gehört ebenso wie das im BGB. nicht besonders geregelte Recht des Wieder verkaufs zur Konkursmasse (ebenso Jäger, Komm. [3] § 1 Anm. 35).

3. Regreßanspruch gegen den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft (s. JDR. **5** § 1 Ziff. 2, ebenso **RG.** DJZ. **06** 871, GoldschmidtsZ. **60** 792).

4. Versicherungsansprüche. **a**) Behrend, LeipzZ. **07** 872. Die Lebensversicherung auf den Todesfall ist begrifflich die Konstituierung eines selbständigen, nicht zum Nachlasse des Versicherungsnehmers gehörigen Vermögens und gehört, wenn sie nicht nach ausdrücklicher Bestimmung den Gläubigern zugute kommen soll, nicht zur Nachlaßkonkursmasse, mag der Versicherungsnehmer die Bezugsberechtigten in beliebiger Weise benannt oder nicht benannt haben. **b**) Emminghaus, LeipzZ. **07** 29. Der Anspruch der unwiderruflich begünstigten Ehefrau auf die durch den Tod des Versicherungsnehmers fällig gewordene Versicherungssumme gehört im Konkurs über den Nachlaß des Versicherungsnehmers nicht zur Konkursmasse, ebensowenig der Zeitwert einer solchen Versicherung zur Konkursmasse des Versicherungsnehmers. Das gleiche gilt hinsichtlich des Anspruchs der widerruflich begünstigten Ehefrau, solange der Widerruf nicht erfolgt ist. Das Widerrufsrecht selbst ist ein durchaus persönliches und kann vom Konkursverwalter nicht ausgeübt werden. **c**) SächsRpflA. **07** 384, LeipzZ. **07** 920, R. **07** 1269 Ziff. 3177 (Dresden). Der Anspruch aus einem Lebensversicherungsvertrage zugunsten der Ehefrau gehört, solange der Versicherungsnehmer lebt, zu dessen Vermögen. **d**) HansGZ. **07** Beibl. 233 (Hamburg). Aussteuer- und Militärversicherungen für die Kinder, über deren Verwendung der Vater als Versicherungsnehmer zu bestimmen hat, gehören zu dessen Vermögen.

5. Eigentümerhypothek. **a**) Oberneck, LeipzZ. **07** 369. Die Eigenthümerhypothek, und zwar sowohl die gegenwärtige wie die zukünftige (**RG. 61** 376), sind pfändbares Vermögen im Sinne des § 1. Steht die Hypothek dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB.), so gehört sie zur Konkursmasse, wenn der Besteller der Hypothek mit dem Gemeinschuldner identisch ist und die Bestellung vor der Konkurseröffnung erfolgt war. Bei der eventuellen oder künftigen Eigentümerhypothek muß indes aus der Auffassung des RG., nach welcher die Höchstbetragshypothek erst dann zur Eigentümergrundschuld wird, wenn und soweit festgestellt ist, daß die aus dem gesicherten Rechtsverhältnis erwachsene Forderung unter dem eingetragenen Höchstbetrage bleibe, gefolgert werden, daß die Eigentümerhypothek erst nach dieser Feststellung entsteht und dem im Zeitpunkte der Feststellung vorhandenen Eigentümer gehört, der mit dem Besteller der Hypothek nicht identisch zu sein braucht. Tritt jene Feststellung erst nach der Konkurseröffnung ein, so muß folgeweise die Eigentümerhypothek in das konkursfreie Vermögen des in Konkurs geratenen Eigentümers fallen. Nimmt man dagegen mit den Ausführungen des Verf., GruchotsBeitr. **50** 576 ff. und 552, an, daß sowohl der Eigentümer als auch der Gläubiger unter entgegengesetzten Voraussetzungen in Ansehung des in der Hypothek enthaltenen Vermögensbestandes berechtigt sind, so kann der Konkursverwalter die in den Grundkreditbelastungen enthaltenen, dem Eigentümer am eigenen Grundstücke zustehenden Wertrechte als zur Konkursmasse gehörig in Anspruch nehmen. Das gleiche ergibt sich bei der **RG. 61** 376 offengelassenen Auffassung, daß die vorläufige Eigentümerhypothek lediglich eine Anwartschaft

des Eigentümers auf ein ihm unter aufschiebender Bedingung zufallendes pfändbares Vermögensrecht darstellt. In diesem Falle fällt sie als bedingtes Recht in die Aktivmasse. — Erwirbt der Eigentümer die Hypothek (§ 1163 Abs. 1 Satz 2 §§ 1168—1171 BGB., §§ 868, 932 Abs. 2 ZPO.), so kommt es für die Frage der Zugehörigkeit zur Konkursmasse lediglich darauf an, ob der Eigentümer im Zeitpunkte des Erwerbes bereits im Konkurse war. — b) Ahsbahs, JheringsJ. **50** 373. Auch bei der nicht realisierten Höchstbetragshypothek steht dem Eigentümer von Anfang an bis zur Valutierung ein selbständiges Recht, und zwar eine wirkliche Hypothek zu, die im Falle des Konkurses des Eigentümers vor Beendigung des Kreditverhältnisses zur Konkursmasse gehört.

6. Nießbrauch des Eigentümers. *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 35. Ist über das Grundstück die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und über das übrige Vermögen der Konkurs eröffnet worden, so gehört der Nießbrauch des Eigentümers selbst an dem Grundstücke zur Konkursmasse.

7. Eingebrachtes Gut. *Haidlen, Familienrecht 164 ff. Im Konkurse der Frau, die im gesetzlichen Güterrechte lebt, gehört sowohl das Vorbehaltsgut als das eingebrachte Gut zur Konkursmasse; dies auch dann, wenn nur Vorbehaltsgläubiger vorhanden sein sollten.

§ 2. *Hörle, Die Stellung der Ehefrau im Betrieb eines Erwerbsgeschäfts nach dem BGB. 142 ff. Wenn die Frau in dem gesetzlichen Güterstand oder in Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft mit Einwilligung des Mannes selbständig ein Erwerbgeschäft betreibt und Konkurs über das Erwerbsgeschäft eröffnet ist, so steht dem Manne an dem zum Geschäftsvermögen gehörenden eingebrachten Gute der Frau kein Verwaltungs- und Nutzungsrecht zu, und das insoweit in der Person der Frau vereinigte Verfügungsrecht geht nach §§ 6, 117 KO. auf den Konkursverwalter über. Folglich bedarf es einer Scheidung des eingebrachten Gutes und des Vorbehaltsguts der Frau nicht, vielmehr findet aus der einheitlichen Konkursmasse die Befriedigung aller Gläubiger gleichmäßig statt und ist, wenn Streit besteht, ob einem Gläubiger das zum Erwerbsgeschäfte der Frau gehörende eingebrachte Gut haftet oder nicht, der Streitpunkt zwischen dem Konkursverwalter und dem Gläubiger auszutragen. Führt die Frau bei Gütergemeinschaft das Erwerbsgeschäft selbständig mit Einwilligung des Mannes, so steht der Anspruch auf Aussonderung des dem Erwerbsgeschäftsbetriebe gewidmeten Gesamtguts nach §§ 2 Abs. 2, 43 KO. ihr selbst zu.

§ 3. 1. SächsRpflA. **07** 388 (Dresden). Keine Konkursforderung, wenn jemand zur Erhöhung des Kredits des Gemeinschuldners Wertpapiere bei einer Bank deponiert und sie mehrere Tage nach Konkurseröffnung einlöst.

2. Bedingte Ansprüche. a) OLG. **14** 411, BankA. **6** 288 (Dresden). Vor der Protesterhebung besteht kein bedingter Anspruch des Wechselinhabers in Ansehung der Protestkosten; deshalb können die Kosten eines gegen den in Konkurs geratenen Akzeptanten nach Konkurseröffnung erhobenen Protestes nicht als Konkursforderung angemeldet werden. b) BadRpr. **06** 363 (Karlsruhe). Die Kosten des Strafverfahrens und des Strafvollzugs sind bedingte Konkursforderungen, auch wenn die Strafverfolgung gegen den Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung lediglich begonnen und erst nach Konkurseröffnung mit Verurteilung geendet hat.

§ 6. Literatur: v. Seuffert, Wiederkaufsrecht und Wiederverkaufsrecht während des Konkurses, LeipzZ. **07** 20. — Voß, Über den Schutz der Beteiligten gegen prozeßrechtliche Übergriffe im Grenzverhältnisse zwischen konkursfreiem und konkursbefangenem Vermögen, LeipzZ. **07** 270.

I. 1. Streitigkeiten über konkursbefangenes und konkursfreies Vermögen. *Voß, LeipzZ. **07** 270. Die Grenzen des konkursbefangenen und konkursfreien Vermögens sichern betreffs der im Besitze des

Gemeinschuldners befindlichen Sachen den Konkursverwalter nach § 117 KO., den Gemeinschuldner nach § 766 ZPO. Im übrigen kann der Verwalter die zum konkursbefangenen Vermögen gehörigen, der Gemeinschuldner die konkursfreien Rechte selbständig gegen die Verpflichteten verfolgen. Letzteren steht gegen beide in gleicher Weise der prozeßhindernde Einwand der mangelnden Vertretungsmacht zu, die auch in Gemäßheit des § 56 ZPO. — zutreffendenfalls ebenso vom Gerichtsschreiber — von Amts wegen zu prüfen ist. Der Beklagte des vom Gemeinschuldner erhobenen oder aufgenommenen Rechtsstreits kann die einstweilige Entbindung von der im Zweifel minder aussichtsvollen Prozeßführung des Gemeinschuldners verlangen (§ 148 ZPO.). — Grenzberichtigungsklagen des Verwalters gegen den Gemeinschuldner und umgekehrt sind auf das nachweisliche Bedürfnis zu beschränken. Der Gemeinschuldner kann nicht Anerkennung seines Rechtes, sondern nur Anerkennung seiner Verfügungsfreiheit fordern. Daher ist gegenüber einem vom Verwalter geführten Rechtsstreite die Hauptintervention des Gemeinschuldners ausgeschlossen. S. dazu Jäger (3) § 1 Anm. 50. Vgl. auch unter II Ziff. 5.

2. Ausübung eines Wiederkaufs- oder Wiederverkaufsrechts. v. Seuffert, LeipzZ. **07** 20. Hatte sich der Gemeinschuldner in einem vor der Konkurseröffnung geschlossenen Kaufvertrage das Recht des Wiederkaufs oder des Wiederverkaufs vorbehalten, so steht, da der Vorbehalt einen durch die Willenserklärung des Berechtigten bedingten Kauf darstellt, die Ausübung des Rechtes dem Konkursverwalter zu; denn aus dem bedingten Kaufe sind bedingte Ansprüche für den Gemeinschuldner entstanden, und ein bedingter Anspruch des Gemeinschuldners gehört zur Konkursmasse. Übt der Verwalter das Wiederkaufsrecht oder das Wiederverkaufsrecht aus, so sind die Ansprüche des Wiederverkäufers auf Zahlung des Kaufpreises und auf Abnahme der gekauften Sache sowie die Ansprüche des Wiederkäufers auf Übergabe und Verschaffung des Eigentums Masseansprüche nach § 59 Ziff. 1 KO.; denn die Ausübung des Wiederkaufs- oder Wiederverkaufsrechts ist eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Konkursverwalters.

3. Verschulden des Verwalters. Josef, LeipzZ. **07** 483. Gehören feuerversicherte Sachen zu einer Konkursmasse, so wird der Versicherer leistungsfrei, wenn der Brand vom Gemeinschuldner verursach tist; das Verschulden des Konkursverwalters kommt nicht in Betracht.

II. Rechtsprechung. 1. Allgemeines. a) **RG.** LeipzZ. **07** 283, JW. **07** 105. Der Konkursverwalter tritt für die Ausübung des die Konkursmasse betreffenden Verwaltungs- und Verfügungsrechts an die Stelle des Gemeinschuldners und ist insoweit kein Dritter. **b**) PuchseltsZ. **07** 33 (Colmar). Durch § 6 KO. ist weder die Parteifähigkeit noch die Prozeßfähigkeit des Gemeinschuldners aufgehoben; letztere ist lediglich sachlich beschränkt auf das nicht zur Konkursmasse gehörige Vermögen. Ebensowenig steht § 12 KO. jeder Leistungsklage eines Konkursgläubigers gegen den Gemeinschuldner entgegen; nur Leistung aus der Konkursmasse darf nicht verlangt werden. Es handelt sich lediglich um materielle Beschränkungen, die ein Hindernis nicht für die Rechtswirksamkeit der Klagerhebung, sondern nur — solange sie bestehen — für die erfolgreiche Verwirklichung des Klaganspruchs bilden. Maßgebend für letztere ist nicht der Zeitpunkt der Klagerhebung, sondern der Zustand zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht (aM. ständig **RG.** vgl. JW. **99** 741b u. Zit.). **c**) LeipzZ. **07** 366 (LG. Colmar). Der Gemeinschuldner bleibt Subjekt der Masse. Erwirbt er eine im Konkurs angemeldete Forderung während des Konkursverfahrens infolge Erbganges, so erlischt die Forderung ipso jure. **d**) **RG.** ZBlFG. **8** 330. Da der Konkursverwalter kein Dritter im Sinne der §§ 892, 893 BGB. ist, so muß er sich alle Einwendungen gefallen lassen, die der andere Vertragsteil dem Gemeinschuldner selbst entgegensetzen konnte.

2. Ausübung des Verwaltungsrechts. a) BayObLG. **8** 240,

OLG. **15** 329, ZBlFG. **8** 256, BayRpflZ. **07** 298, LeipzZ. **07** 664, SeuffBl. **07** 794, R. **07** 837 Ziff. 1891 (BayObLG.). Der Konkursverwalter kann trotz der mit der Konkurseröffnung eintretenden Auflösung einer Genossenschaft (§ 101 GenG.) für diese noch Grundstücke erwerben, wenn es zu dem Zwecke geschieht, das zur Konkursmasse gehörende Vermögen zu verwalten und zu verwerten. Ob der Erwerb für die Konkursmasse (vgl. § 1 Ziff. I 1) oder für die Genossenschaft beabsichtigt war, ist nach § 133 BGB. der auch für die Auflassung gilt, durch Auslegung zu ermitteln. b) SchlHolstAnz. **07** 88 (Kiel). Der Generalversammlungsbeschluß einer in Konkurs befindlichen Aktiengesellschaft, worin beschlossen ist, die eigene Verfolgung von Ersatzansprüchen gegen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats im Wege der Klage zu übernehmen, bedarf zur Gültigkeit der Zustimmung des Konkursverwalters.

3. Bindung des Verwalters an Abmachungen des Gemeinschuldners. **RG.** LeipzZ. **07** 353 u. 834, BayRpflZ. **07** 386, R. **07** 457 Ziff. 925 u. 837 Ziff. 1890. Die von dem nachmaligen Gemeinschuldner gegenüber einem Hypothekengläubiger übernommene Verpflichtung, eine diesem vorgehende Eigentümergrundschuld nicht zu seinem Schaden auszunutzen, bindet auch den Konkursverwalter.

4. Verzicht auf das Verwaltungs- und Verfügungsrecht (vgl. auch § 114). BayObLG. **8** 103, OLG. **15** 247, ZBlFG. **8** 52, LeipzZ. **07** 441, BayRpflZ. **07** 196, SeuffBl. **07** 494, R. **07** 579 Ziff. 1203 (BayObLG.). Der Konkursverwalter ist berechtigt, einzelne zur Konkursmasse gehörige Grundstücke freizugeben und die Löschung des Konkursvermerks im Grund- oder Hypothekenbuche zu bewilligen.

5. OLG. **15** 33 (KG.). Ein Streit zwischen Konkurs- und Zwangsverwalter, ob Sachen des Gemeinschuldners zur Konkursmasse oder zu der zur abgesonderten Befriedigung der Realgläubiger dienenden Immobiliarmasse gehören, ist durch Beschwerde beim Konkurs- oder Vollstreckungsgerichte, nicht durch Klage der beiden Verwalter untereinander auszutragen (vgl. dagegen Jäger [3] § 1 Anm. 50 aE.).

§ 7. Literatur: Eccius, Relative Nichtigkeit von Verfügungen des Gemeinschuldners und des Erben, GruchotsBeitr. **50** 481. — Herold, Wie wirken im Grundbuchrechte die Verfügungsbeschränkungen zugunsten bestimmter Personen? SächsRpflA. **06** 841. — Predari, Zur Frage der Sperre des Grundbuchs durch die Konkurseröffnung, LeipzZ. **07** 454.

I. Einfluß der relativen Unwirksamkeit. 1. Eccius, GruchotsBeitr. **50** 481. Die Unwirksamkeit, von der die §§ 7, 15 KO. sprechen, bedeutet nicht Wirksamkeit nach der einen, Unwirksamkeit nach der anderen Richtung. Vielmehr sind die gegen § 6 KO. verstoßenden Verfügungen des Gemeinschuldners zunächst, wie die Verfügungen eines Nichtberechtigten nach § 185 BGB., überhaupt unwirksam, können aber wirksam werden, wenn sie vom Verwalter als dem Verfügungsberechtigten genehmigt werden oder der Konkurs beendet wird (zustimmend Predari aaO.).

2. Herold, SächsRpflA. **06** 841. Verfügungsbeschränkungen zugunsten bestimmter Personen sind nach ihrer Bedeutung und Wirkung nicht einheitlich. Die Verfügungsbeschränkungen, die auf einem Veräußerungsverbote beruhen, sind von denjenigen zu scheiden, die das Verfügungsrecht, die Verfügungsmacht beschränken. Zu den letzteren gehört die des § 6 KO. Verfügungen des Gemeinschuldners in bezug auf die Konkursmasse sind deshalb dinglich unwirksam. Das Grundbuchamt darf Eintragungsbewilligungen des Gemeinschuldners nur dann beachten, wenn bereits vor der Konkurseröffnung die Einwilligung für den Gemeinschuldner bindend geworden und der Antrag beim Grundbuchamte gestellt ist.

3. Predari, LeipzZ. **07** 454. Aus dem auf einen bestimmten Personenkreis beschränkten Zwecke des Konkurses folgt nicht, daß auch die Mittel zu seiner Erfüllung denjenigen gleich sein müssen, die der Verwirklichung eines richterlichen Verbots zugunsten einer bestimmten Person, wie eines Veräußerungsverbots nach §§ 135, 136 BGB., dienen. Aus der Konkursordnung ist deshalb zu erweisen, daß der Konkursbeschlag nichts weiter bedeute als ein Veräußerungsverbot. Der Zusammenhang der Normen der §§ 6 u. 7 ergibt, daß § 7 den § 6 zwar näher begrenzt (wie er auf der anderen Seite den nur von Verfügungen sprechenden § 6 auch erweitert), indem er die nach § 6 mögliche Folgerung einer völligen Nichtigkeit der nach Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners abweist und gemäß dem Konkurszwecke richtig stellt, daß § 7 aber die durch § 6 normierte Entziehung der Verfügungsmacht des Gemeinschuldners und deren Übertragung auf den Konkursverwalter nicht hat wiederaufheben wollen. Die Geschlossenheit des Grundbuchs gegen Verfügungen des Gemeinschuldners während des Konkursverfahrens ist eine durch den Konkurszweck gebotene dringende Notwendigkeit, die, da die vom Gemeinschuldner bewilligte Eintragung jedenfalls eine buchmäßige, unter Umständen erst durch einen Prozeß des Verwalters zu beseitigende Rechtsposition schafft, auch dadurch nicht aufgehoben wird, daß jene Verfügungen, deren Übernahme ins Grundbuch an sich schon die Gläubiger gefährdet und sich mit dem Verfügungsrechte des Verwalters in Widerspruch setzt, den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind. Der Erwerber einer vom Gemeinschuldner veräußerten Sache kann nicht sowohl Eigentümer als auch Nichteigentümer, sondern nur entweder Eigentümer oder Nichteigentümer sein.

4. Weber, DNotV. **07** 252 ff., verneint gleichfalls gegen das KG. die Frage, ob der Gemeinschuldner nach Konkurseröffnung zu Verfügungen im Grundbuche noch befugt sei (vgl. bei BGB. § 892).

II. Dagegen hält das KG. RJA. **8** 47, ZBlFG. **7** 787, OLG. **14** 72 in Übereinstimmung mit Planck III 48, Turnau-Förster I 131, 373, Fuchs, Grundbuchrecht I 164, 204, Achilles-Strecker, GBO. 121, v. Wilmowski-Kurlbaum, KO. § 15 Anm. 4, Güthe, GBO. 214, 215, und im Gegensatze zu Predari, GBO. 312, Schöller, DJZ. **02** 165, Kretzschmar, ZBlFG. **2** 815, Biermann, Sachenrecht Anm. 13 zu §§ 892 f., Jäger, KO. § 113 Anm. 7, Eccius aaO., Männer, Sachenrecht (2) § 7 Anm. 42, Herold aaO., seine frühere Ansicht (KGJ. **22** A 129) aufrecht, daß die nach der Konkurseröffnung erfolgenden Rechtshandlungen des Gemeinschuldners sowie die auf solchen Rechtshandlungen beruhenden Rechtserwerbe nicht absolut, sondern nur gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam sind. § 6 KO. enthält den allgemeinen Grundsatz, daß mit der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner die Befugnis verliert, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Die folgenden Paragraphen regeln einzelne besondere Fälle von Verwaltungs- und Verfügungsakten und enthalten zum Teil Ausnahmen von dem im § 6 ausgesprochenen Allgemeingrundsatze. Eine von dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung bewilligte Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung eines zur Konkursmasse gehörigen Grundstücks ist deshalb in das Grundbuch einzutragen, auch wenn der Eintragungsantrag von dem Berechtigten erst nach der Konkurseröffnung gestellt wird. Zu erfordern ist allerdings, entsprechend den nach dieser Richtung für die Nacherbschaft aufgestellten Grundsätzen des KG., daß zuvor die Eröffnung des Konkurses in das Grundbuch eingetragen wird.

§ 8. Honorierung von Anweisungen (Schecks). I. 1. *Lent, aaO. Bezüglich der Leistung des Angewiesenen nach Konkurseröffnung über den Anweisenden ist zu unterscheiden, ob die Präsentation vor

oder nach Eröffnung stattgefunden hat. — Im letzten Falle untersteht die Leistung dem § 8; Befreiung tritt daher ein, soweit die Masse durch die Leistung einen unmittelbaren Vorteil erlangt, der den Schaden (Untergang der getilgten Forderung) ausgleicht. Daher ist bei der Anweisung auf Schuld der dem Angewiesenen anzurechnende Betrag um so viel gegenüber dem Betrage der Forderung des Empfängers zu kürzen, wie die Aktiven vor der Leistung hinter den Passiven zurückstehen (z. B. Passiven 100 000 M., Aktiven 50 000 M., Leistung des Angewiesenen an den Konkursgläubiger 10 000 M., Anrechnung 5000 M., danach Passiven 90 000 M., Aktiven 45 000 M.). Ist der Empfänger nicht Konkursgläubiger, sondern empfängt er durch den Angewiesenen ein Darlehen des Anweisenden (Kreditierungsanweisung), so findet wegen Ausgleichs des Verlustes und Gewinns auf der Aktivseite volle Anrechnung statt. — Bei der reinen Anweisung auf Kredit ist der Vollzug unwirksam, da der Empfänger als Vertreter des Anweisenden nicht nach Konkurseröffnung einen Darlehnsvertrag eingehen kann. — Ist die Präsentation vor Konkurseröffnung erfolgt, so wird der damit gestellte Antrag des Anweisenden durch die Konkurseröffnung in seiner Wirksamkeit nicht berührt (§ 154 BGB.), die §§ 1, 3 können keinen Gegenbeweis liefern, da aus § 8 sich u. a. ergibt, daß auch nach Konkurseröffnung Sachen in die Masse gelangen können, jene Paragraphen also kein lückenloses Prinzip darstellen. — Die Annahme des Antrags ist dann auch wirksam, also ist der Anweisungsvollzug in diesem Falle auch gegenüber der Masse wirksam. — Nach einer wirksamen Annahme der Anweisung ist die Leistung des Angewiesenen immer wirksam, da der Vollzug kein Rechtsgeschäft mit dem Anweisenden mehr ist (vgl. zu § 784 BGB.). — Erfolgt die Präsentation nach Konkurseröffnung, so unterliegt die Annahme der Anweisung bei der Annahme auf Schuld dem § 8 KO., ist bei der Annahme auf Kredit stets unwirksam. — Nach der herrschenden Theorie über die Annahme muß sie dagegen bei der Annahme auf Kredit immer wirksam sein, weil eine Analogie zu § 8 KO. nicht möglich ist. S. a. o. zu §§ 783 BGB. Ziff. 1, 784 Ziff. 1.

2. Simonson, GruchotsBeitr. **50** 48. § 8 KO. ist nicht anwendbar, wenn der gegen Deckung Bezogene nach Konkurseröffnung des Ausstellers einen Scheck einlöst. Denn es erfolgt keine Leistung an den Gemeinschuldner. Die mit dessen Einwilligung an einen Dritten vollzogene Leistung kann nicht (wie Jäger, KO. § 8 Anm. 2 und Hellwig, Verträge auf Leistung von Dritten 375, annehmen) der Leistung an den Gemeinschuldner unter Berufung auf § 185 Abs. 1, § 362 Abs. 2 BGB. gleichgestellt werden. Denn diese Paragraphen setzen die Einwilligung eines Berechtigten voraus, während der Aussteller mit der Konkurseröffnung aufhört, Berechtigter zu sein und der Konkursverwalter von der Einlösung in der Regel keine Kenntnis haben wird. — Verf. tritt für eine ausdrückliche gesetzliche Regelung (auch DJZ. **07** 1000) in dem Sinne ein, daß die Zahlung oder Gutschrift des Schecks durch den Bezogenen ungeachtet eines dem Aussteller bei dem Bezogenen zustehenden Guthabens der Konkursmasse gegenüber wirkungslos sei, wenn dem Bezogenen zur Zeit der Zahlung oder Gutschrift die Eröffnung des Verfahrens bekannt war. Sei zu dieser Zeit die öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung noch nicht erfolgt, so sei Zahlung oder Gutschrift wirksam, wenn dem Bezogenen nicht bewiesen werde, daß ihm zu dieser Zeit die Eröffnung des Verfahrens bekannt war; anderenfalls habe er das Gegenteil zu beweisen.

II. Rechtsprechung. OLG. **14** 411, BankA. **6** 288 (Dresden). Eine im Giroverkehr erfolgende Umbuchung erlangt erst mit der Gutschrift auf dem Konto des Zahlungsempfängers rechtsbegründende Wirkung, während die Abschreibung auf dem Konto des Girozahlers bis dahin nur einen vorbereitenden Akt darstellt. Wenn demnach der Girozahler in der Zeit zwischen Abschreibung und Zuschreibung in Konkurs gerät, so sind beide Akte der Konkursmasse gegenüber unwirksam.

§ 10. 1. Begriff des Aktivprozesses. a) S. JDR. **5** § 10 = **RG. 63** 364. b) WürttZ. **18** 317 (Stuttgart). Nicht die Parteistellung des Gemeinschuldners ist maßgebend, sondern ob Gegenstand des Prozesses ein in die Konkursmasse gehöriger Anspruch des Gemeinschuldners ist (z. B. Anspruch auf Wiedererlangung einer zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung eines Versäumnisurteils vom beklagten Gemeinschuldner geleisteten Zahlung). c) KGBl. **07** 6 (KG.). Für den Gemeinschuldner ist ein Rechtsstreit nur anhängig, wenn der umstrittene Hauptanspruch ein Aktivum der Konkursmasse bildet. Dazu gehört nicht der Nebenanspruch auf Erstattung der Kosten, der dem Gemeinschuldner aus der Abweisung einer gegen ihn gerichteten Leistungsklage erwachsen ist. Die Aufnahme des Rechtsstreits durch den Verwalter zum Zwecke der Kostenfestsetzung ist in diesem Falle unzulässig. d) **RG. 66** 181. Der Konkursverwalter ist zur Aufnahme des Prozeßverfahrens auch dann befugt, wenn der Gemeinschuldner den Klaganspruch nach der Rechtshängigkeit, aber vor der Eröffnung des Konkursverfahrens abgetreten hat (§ 265 ZPO.).

2. Folgen der Nichtaufnahme. a) LeipzZ. **07** 766 (LG. Weiden). Wenn über das Vermögen des Klägers nach Zustellung eines klagabweisenden Urteils vor Eintritt der Rechtskraft der Konkurs eröffnet wird und der Konkursverwalter die Aufnahme des Aktivprozesses verzögert, so hat der nicht berufungsberechtigte Beklagte den Konkursverwalter zur Aufnahme vor das Prozeßgericht erster Instanz zu laden. b) OLG. **15** 224 (Hamburg). Gerät der Kläger nach Einlegung der Berufung gegen das klagabweisende Urteil in Konkurs, so kann gegen seinen nicht erschienenen Konkursverwalter kein Versäumnisurteil auf Verwerfung der Berufung, sondern nur in der Urteilsformel die Feststellung ergehen, daß der Verwalter als das Verfahren nicht aufnehmend anzusehen ist. c) LeipzZ. **07** 679, Bay. RpflZ. **07** 218 (München). Nimmt der Verwalter den Rechtsstreit nicht auf, so kann der Beklagte die Verurteilung des Verwalters zur Aufnahme auch dann nicht begehren, wenn der Verwalter die zum Konkurs angemeldeten bisherigen Prozeßkosten des Beklagten bestritten hat. Vielmehr ist ein Antrag auf solche Verurteilung durch Beschluß abzuweisen, weil nach § 10 Abs. 2 KO. der Beklagte den Prozeß gegen den Gemeinschuldner aufnehmen muß, falls dieser nicht selbst die Aufnahme betätigt.

3. Rechtsmitteleinlegung. **RG.** JW. **07** 713. Die während Unterbrechung des Verfahrens durch Konkurseröffnung eingelegte Revision ist unwirksam und wird auch dadurch nicht wirksam, daß der Konkursverwalter, wenn auch ein Verzicht auf den Eintritt der Wirkungen des § 249 Abs. 2 ZPO. an sich zulässig erscheint, den Antrag ankündigt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

§ 11. Abs. 2. Kosten des aufgenommenen Rechtsstreits. a) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1091, LeipzZ. **07** 230, JW. **07** 108, ElsLothJZ. **07** 160, R. **07** 135 Ziff. 237. Wenn es sich in einer Klage um einen im Sinne des § 11 zu behandelnden Anspruch auf Aussonderung eines zur Konkursmasse gehörigen Immaterialguts wie um Löschung eines Warenzeichens handelt, das auf den Namen des Gemeinschuldners eingetragen und als Zubehör seines zur Konkursmasse gehörigen Geschäfts mit diesem veräußerlich ist, das aber ein für den Kläger schon früher eingetragenes Warenzeichen verletzt, so genügt es zur Vermeidung der Haftung für die Prozeßkosten nicht, daß der Konkursverwalter die Aufnahme des Verfahrens ablehnt. Er ist vielmehr verpflichtet, den Anspruch des Klägers zu erfüllen, d. h. die Löschung des Warenzeichens zu veranlassen oder das Rechtsmittel gegen die eine Verurteilung in die Einwilligung zur Löschung enthaltende Entscheidung zurückzunehmen. Unterläßt er dies, so hat der Kläger das Recht, sich einen vollstreckbaren Titel zur Herbeiführung der Einwilligung in die Löschung zu verschaffen und zwar

mit der sich aus § 97 ZPO. ergebenden Folge, daß der Konkursverwalter die Kosten der Instanz zu tragen hat. **b)** BadRpr. **07** 198 (Karlsruhe). Die Ausnahmevorschrift des Abs. 2 bedeutet nicht, daß die Kosten vom obsiegenden Kläger zu tragen seien, sondern sie bestimmt nur, daß die Prozeßkosten nicht als Masseschuld, sondern nur als Konkursforderung beansprucht werden können, so daß der Kläger dann nicht den vollen Kostenbetrag, sondern nur die entsprechende Konkursdividende erhält. So auch Jäger (3) § 11 Anm. 15 und OLG. **15** 225, 226 (Braunschweig u. KG.). **c)** OLG. **15** 86, R. **07** 1210 Ziff. 3003 (KG.). Die Vorschrift des Abs. 2 findet als Sondervorschrift auf die erst gegen den Konkursverwalter erhobenen Klagen keine Anwendung (so auch Jäger [3] § 11 Anm. 18, s. aber JDR. **5** § 11). **d)** SächsRpflA. **07** 395 (Dresden). Erkennt der Verwalter den Anspruch im ersten Verhandlungstermin an, nachdem er durch sein Verhalten erst zur Aufnahme des Rechtsstreits veranlaßt hatte, so liegt darin keine *sofortige* Anerkennung.

§ 12. 1. *Unterbrechung.* **RG.** LeipzZ. **07** 228. Die Wirkungen der Konkurseröffnung treten unabhängig von dem Willen der Parteien kraft Gesetzes ein. Wenn trotz der durch die Konkurseröffnung geschaffenen Rechtslage gegen den Gemeinschuldner persönlich ein Urteil ergeht, so ist er befugt, diese seine Rechtsstellung verletzende Entscheidung mit Hilfe des gesetzlichen Rechtsmittels zu beseitigen und den gesetzlichen Zustand wiederherzustellen. Das Berufungsurteil ist in diesem Falle aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. (Ebenda Anmerkungen der Redaktion, die ausführen, daß der Gemeinschuldner nach § 6 KO. zur Einlegung der Revision nicht befugt sei, sondern nur der Konkursverwalter nach vorgängiger Aufnahme des Verfahrens, und daß von diesem Standpunkt aus die Revision als unzulässig zu verwerfen wäre.)

2. *Sonderklage des Konkursgläubigers.* **a)** LeipzZ. **07** 298, BadRpr. **07** 182 (Karlsruhe). Ein Gläubiger, der seine Forderung im Konkurse zwar nicht anmeldet, aber einen Verzicht auf die abgesonderte Befriedigung aus dem vom nachmaligen Gemeinschuldner zur Abwendung eines Arrestes hinterlegten Gelde ablehnt, verzichtet nicht auf Befriedigung aus der Masse, zu der (§ 127 KO.) auch die Forderung auf Rückerstattung des hinterlegten Betrags gehört, an welcher der Gläubiger (§ 233 BGB.) ein Pfandrecht hat. Vielmehr betrifft ein über die Forderung anhängiger Rechtsstreit die Konkursmasse erst dann nicht, wenn der Gläubiger auch auf sein Absonderungsrecht verzichtet. Der Rechtsstreit wird daher durch die Konkurseröffnung unterbrochen. **b)** SächsRpflA. **07** 210, LeipzZ. **07** 525 (LG. Leipzig). Während der Dauer des Konkurses ist eine Sonderklage des Konkursgläubigers gegen den Gemeinschuldner unzulässig. Die gegenteilige Auffassung, daß eine Verurteilung unter Vorbehalt der Vollstreckbarkeit für die Zeit nach Beendigung des Konkursverfahrens statthaft sei, verkennt — soweit sie die Gleichzeitigkeit der Rechtsverfolgung im Konkurse wegen Rechtshängigkeit verneint oder die außerkonkursmäßige Rechtsverfolgung von einem Verzicht auf die Anmeldung abhängig macht —, daß die Anmeldung die Rechtshängigkeit nicht begründet und die Notwendigkeit und etwaige Form von Verzichten auf die Anmeldung jedes gesetzlichen Anhalts entbehrt. Die Annahme, daß während des Konkurses ein Sonderprozeß zulässig ist, ohne einen bindenden Verzicht auf die Anmeldung darzustellen, führt zu dem unhaltbaren Schlusse, daß sich ohne Einwirkungsmöglichkeit des Verwalters und der Mitgläubiger, ein Konkursgläubiger durch solchen Sonderprozeß die Vorzugsstellung verschaffen kann, die dem Gläubiger titulierter Forderung im Sinne des § 146 Abs. 6 KO. zukommt. Die Sonderklage ist wegen Unstatthaftigkeit, mangels des Rechtsschutzbedürfnisses in der geforderten Form, durch Urteil abzuweisen (mit Jäger [3] § 12 Anm. 6—8 gegen die herrschende Lehre).

§ 13. **RG.** JW. **07** 703. Die Vereinbarung, durch die sich ein Grundeigentümer verpflichtet, über einen im Grundbuch eingetragenen Rangvorbehalt nicht ohne Zustimmung des Gegners zu verfügen, bindet obligatorisch im Konkurse des Eigentümers auch den Konkursverwalter, der hier kein Dritter ist.

§ 14. 1. SächsOLG. **27** 559 (Dresden). Die Pfändung von Mietzinsen auf Antrag eines Hypothekengläubigers ist während des Konkurses des Grundstückseigentümers nicht zulässig (aM. Jäger [3] § 14 Anm. 10 aE.).

2. BadRpr. **07** 198, LeipzZ. **07** 921 (Karlsruhe). Das Verbot des § 14 findet auf Absonderungsansprüche, auch soweit sie zugleich Konkursforderungen sind, keine Anwendung. Der Absonderungsberechtigte kann als solcher schon während der Dauer des Konkursverfahrens von dem durch die Feststellung zur Tabelle erworbenen, vollstreckbaren Titel Gebrauch machen. Nur bezüglich des Ausfalls, den er gegen den Gemeinschuldner verfolgt, trifft das Verbot zu, denn insoweit ist der betreffende Gläubiger nur Konkursgläubiger (so auch Jäger [3] § 14 Anm. 9).

§ 15. I. Simonson, GruchotsBeitr. **50** 43. Gegenüber einer nach der Eröffnung des Ausstellerkonkurses geschehenen Einlösung eines Schecks ist § 15 KO. nicht verwendbar, da hier nur von dem Erwerber von Rechten an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen gesprochen wird, dazu aber etwaige Rechte, die der Bezogene durch Einlösung erwirbt, nicht gehören.

II. HansGZ. **07** Beibl. 283 (Hamburg). Eine vom Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung bewilligte und beantragte Hypothekenabtretung wird der Konkursmasse gegenüber wirksam, selbst wenn die Eintragung erst nach Konkurseröffnung erfolgt ist und der Gläubiger zur Zeit der Eintragung die Konkurseröffnung gekannt hat (vgl. **RG. 51** 284 ff.). Hier greift lediglich die Anfechtung Platz.

§ 16. R. **07** 315 Ziff. 639 (Stuttgart). Ist der Miteigentumsanteil des Gemeinschuldners an einem gemeinschaftlichen Grundstücke durch den Konkursverwalter verkauft worden, so kann der Miteigentümer, der eine auf dem Grundstücke ruhende Hypothek bezahlt hat, wegen seines Anspruchs auf Ersatz der Hälfte der bezahlten Summe abgesonderte Befriedigung aus dem von dem Konkursverwalter erzielten Erlöse verlangen. Denn der Verkauf des Miteigentumsanteils durch den Konkursverwalter enthält eine Auseinandersetzung im Sinne des § 51 KO. (vgl. auch dort).

Zweiter Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

Literatur: Mez, Ein Beitrag zur rechtlichen Betrachtung des Giroverkehrs, ABürgR. **30** 47 ff., insbes 106 ff. — Rintelen, GoldschmidtsZ. **61** 147 (vgl. Literaturnachweis vor § 1). — v. Seuffert, LeipzZ. **07** 20 (vgl. vor § 6). — Suppes, Maschinenlieferungsvertrag als Mietvertrag im Konkurse des Bestellers, ZBlFG. **7** 879.

§ 17. I. Allgemeines. 1. Rintelen, GoldschmidtsZ. **61** 147. Der Tatbestand des § 17 KO. enthält insofern eine materielle Konkurswirkung (d. h. eine materielle Änderung des einzelnen Rechtsverhältnisses selbst, hervorgerufen durch die Tatsache der Konkurseröffnung), als die Nichterfüllung des Vertrags im Konkurse trotz Aufforderung zur Folge hat, daß das Recht des Gegenkontrahenten des Gemeinschuldners aus dem Vertrage nur noch als Entschädigungsforderung fortbesteht. Diese Regelung ist nicht nur deshalb erfolgt, um die Durchführung des Konkursverfahrens und eine Beteiligung des Gläubigers mit einer Geldforderung zu ermöglichen (formelle Konkurswirkung), sondern vor allem deshalb, weil die KO. auf dem Standpunkte steht, daß eine weitere Bindung der Vertragsteile an den ursprünglichen Leistungsinhalt nicht mehr fortbestehen soll, sobald der Konkursverwalter die Erfüllung abgelehnt hat. Nicht nur das Interesse der Konkursmasse, sondern auch das Interesse des Gegenkontrahenten, der Gewißheit über die Fortdauer und den Inhalt des Ver-

tragsverhältnisses haben will, soll durch diese Normen gewahrt werden. Ihre Wirksamkeit ist deshalb eine dauernde und wird von den Schicksalen des weiteren Konkursverfahrens nicht mehr berührt. Gleichgültig ist, ob die Entschädigungsforderung im Konkurse tatsächlich angemeldet oder festgestellt wurde (vgl. auch § 64).

2. SächsRpflA. **07** 385 (Dresden). Die Weigerung des Verwalters, den Vertrag zu erfüllen, läßt den Bestand des Vertrags unberührt und verändert nur den Gegenstand der Leistung insofern, als dem Gläubiger für das Ausbleiben der Erfüllung ein Ausgleich in Geld zu gewähren ist. Diese Wirkung ist eine Folge der Auffassung der KO. über das Ablehnungsrecht des Verwalters und insofern eine dem Konkursrecht eigentümliche Wirkung. Sie rechtfertigt indes nur eine Entschädigung des Gläubigers für das Ausbleiben der Gegenleistung; werden weitere Schäden gefordert, so bestimmt sich deren Umfang nach bürgerlichem Rechte (auch für österr. Recht).

II. Einzelne Schuldverhältnisse. 1. Kauf mit Eigentumsvorbehalt. a) **RG. 64** 204, GruchotsBeitr. **52** 152, LeipzZ. **07** 51, JW. **06** 759. Beim Kaufe unter Eigentumsvorbehalt läßt der Umstand, daß der Eintritt der Bedingung für die Eigentumsverschaffung von dem Käufer abhängt, die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung unberührt. Der Wille des Verkäufers, Eigentum zu übertragen, muß in dem Momente vorhanden sein, in welchem die Bedingung eintritt. Vorher findet nach dem Vertrage die Eigentumsübertragung überhaupt nicht statt. Der dingliche Vertrag wird erst dann geschlossen, wenn die Bedingung eintritt. Bis zu diesem Zeitpunkte besteht auch seine obligatorische Verpflichtung, Eigentum zu verschaffen, aus dem Kaufvertrag als eine noch nicht erfüllte fort. Ebenso **b) RG. 64** 334, JW. **06** 760. Der Verkäufer hat den Kaufvertrag noch nicht vollständig erfüllt, wenn er die verkaufte Sache dem Käufer zwar übergeben, sich aber das Eigentum bis zu einem späteren Zeitpunkte vorbehalten hat (so auch Jäger, Komm. [2] § 17 Anm. 11, Sarwey-Bossert § 17 Anm. 2; aM. Wilmowski-Kurlbaum [6] § 17 Anm. 4). **c)** In gleichem Sinne ferner **RG.** JW. **07** 315, R. **07** Ziff. 435 und WürttJ. **19** 186 (Stuttgart).

2. Wiederkauf, Wiederverkauf. v. Seuffert, LeipzZ. **07** 20. Hatte der Gemeinschuldner sich in einem vor der Konkurseröffnung geschlossenen Kaufvertrage zum Wiederverkauf oder Wiederkaufe verpflichtet, so hat der Berechtigte die Ausübung des Rechtes dem Konkursverwalter zu erklären, da die Ansprüche des Berechtigten, mag man den Vorbehalt als einen zweiten aufschiebend bedingten Kaufvertrag oder als Rücktrittsrecht oder als pactum de contrahendo auffassen, — eine bloße bindende Offerte stellt er nicht dar —, zum mindesten als bedingte Forderungen schon vor der Konkurseröffnung entstanden, also Konkursforderungen sind. Dem Verwalter stehen somit die Befugnisse des § 17 KO. zu. Die im Falle der Ablehnung des Verwalters für den anderen Teil entstehende Konkursforderung auf Schadensersatz (§ 26 Satz 2) kann gegen eine zur Masse gehörige Forderung des Gemeinschuldners aufgerechnet werden, weil sie aus einem vor der Konkurseröffnung entstandenen Rechtsverhältnisse herrührt.

3. Werkvertrag. a) Fortsetzung eines angefangenen Neubaues im Konkurse des Unternehmers durch den Verwalter: JDR. **5** § 17 Ziff. 11 = **RG. 63** 361. **b)** OLG. **15** 226 (KG.). Zulässig ist der Eintritt des Verwalters in einen Werkvertrag, dessen Vergütung durch Forderungen des Bestellers beglichen werden soll.

4. Giroverhältnis. Mez, ABürgR. **30** 106. Das Recht des Konkursverwalters im Konkurse der Bank, ein Giroverhältnis mit dem Kunden fortzusetzen, wird regelmäßig dadurch illusorisch, daß nunmehr Auszahlungen aus dem Vermögen der Bank zufolge von Giroaufträgen ausgeschlossen sind, wenn nicht ausnahmsweise

dem Konkursverwalter neuer Kredit eingeräumt wird. Dem Kunden bleibt nur sein Guthabenanspruch als Konkursforderung.

III. Prozessuales. 1. SächsRpflA. **07** 388 (Dresden). Die Vereinbarung eines Gerichtsstandes wird durch die Konkurseröffnung nicht berührt.

2. LeipzZ. **07** 686 (LG. Leipzig). Der Übergang vom Erfüllungs- zum Interessenanspruche nach inzwischen erfolgtem Vertragsrücktritte des Konkorsverwalters enthält keine Klagänderung (aM. **RG. 64** 207; vgl. § 146).

§ 18. I. *Rintelen, GoldschmidtsZ. **61** 147. Der Tatbestand des Lieferungsgeschäfts geht in seinen Wirkungen über die Bestimmung des § 17 KO. insofern hinaus, als er die Umwandlung des Lieferungs- in ein Differenzgeschäft unmittelbar an die Konkurseröffnung knüpft, ohne daß es einer Ablehnungserklärung des Verwalters bedarf. Auch diese Konkurswirkung ist eine materielle und tritt — ausnahmsweise — selbst in den Fällen ein, in denen der Eröffnungsbeschluß nicht rechtskräftig, sondern nachträglich aufgehoben wird (vgl. zu § 17).

II. OLG. **15** 227, R. **07** 1078 Ziff. 2623 (Hamburg). Bei Geschäften mit festbestimmter Abladezeit greift die Ausnahmevorschrift des § 18 KO. nicht Platz, da Abladezeit mit Lieferungszeit oder Lieferungsfrist nicht identisch ist.

§ 19. Suppes, ZBlFG. **7** 879 ff., bekämpft die Entscheidung des **RG.** JW. **06** 436 Ziff. 25 (vgl. JDR. **5** § 43 Ziff. 1 KO.), auf Grund deren der Lieferant einer elektrischen Kraftanlage, die wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden war, zur vollen Bezahlung trotz Konkursausbruchs dadurch gekommen ist, daß er über die Lieferung der Anlage keinen Kaufvertrag oder Werkvertrag, sondern einen Mietvertrag geschlossen hatte, nach dessen Ablauf und vollständiger Zahlung der Mietraten das Eigentum auf den Mieter übergehen sollte. Die Behandlung des Vertrags als wirklichen Mietvertrags kann auf Grund des § 19 KO., falls der Verwalter den Mietvertrag kündigt, zu der unannehmbaren Folge führen, daß der Lieferant, falls sein Konkursanspruch auf Werterſatz der Anlage höher ist, als die Summe der künftigen Mietraten (z. B. wenn die Konkurseröffnung und die Kündigung gegen Ende der Mietzeit liegen, so daß bereits mehr abgezahlt ist, als die Anlage durch die Benutzung an Wert verloren hat), nicht nur volle Befriedigung erhalten, sondern aus dem Konkurse sogar Gewinn ziehen kann, und daß in gleicher Weise, falls der Verwalter nicht kündigt, der Lieferant mit seiner Kündigung bis zur vorletzten Zinszahlung warten und nach Kündigung den vollen Wert der Anlage als Konkursforderung geltend machen kann. Deshalb ist die Rechtsnatur des Vertrags als Mietvertrag zu verneinen und der Vertrag als Kaufvertrag anzusehen. Es ist bei der im Konkurs absoluten Natur der Regelung des Mietvertrags und Kaufvertrags unmöglich, einem wirtschaftlichen Kaufe auch für den Konkursfall durch Parteidisposition den Charakter eines Mietvertrags beizulegen.

§ 20. *Rintelen, GoldschmidtsZ. **61** 147 (vgl. o. zu § 17 Ziff. I 1). Auch beim Bestandsverhältnis und beim Dienstvertrage nach § 23 KO. gilt insofern Analoges, als es sich auch hier um eine materielle Konkurswirkung handelt, sie besteht in der Zulässigkeit der Herabsetzung der Vertragsdauer, in der Normierung eines besonderen Kündigungsmodus. Die Kündigung führt zur dauernden Beendigung des Vertrags.

§ 22. Ungültigkeit des Konkurrenzverbots bei Kündigung. **RG.** JDR. **5** § 22 = LeipzZ. **07** 60, SchlHolstAnz. **04** 52, DJZ. **06** 1375. Für die Gültigkeit SchlHolstAnz. **06** 66 (Kiel).

§ 23. I. *Lent, aaO. Die Anweisung endet als abstrakte, von einem Geschäftsbesorgungsvertrag unabhängige Vollmacht nicht mit Konkurseröffnung. Das nach § 790 BGB. dem Anweisenden zustehende Widerrufsrecht geht auf den Verwalter über. Der Regel nach besteht jedoch nach dem Valutaverhältnis (insbesondere dem in der Anweisungserteilung meist liegenden Versprechen

der Leistung durch Dritte) die Verpflichtung des Anweisenden, nicht zu widerrufen. Handelt der Konkursverwalter dem entgegen, indem er widerruft, so erwächst dem Anweisungsempfänger keine Masseforderung, sondern nur eine Konkursforderung, da der Verwalter nur die Erfüllung der Unterlassungspflicht verweigert, indem er den Widerruf nicht unterläßt, die Verweigerung der Erfüllung von vor Konkurseröffnung bestehenden Verbindlichkeiten aber nur Konkursforderungen begründet. S. a. o. zu § 8 Ziff. I.

2. *Mez, ABürgR. **30** 116. Nach Ausbruch des Konkurses bei einem Girokontoinhaber darf die Girobank Auszahlungen für ihn gar nicht mehr bewirken; Einzahlungen muß sie in dringenden Fällen noch annehmen. Bis zur Konkurseröffnung wird sie auch durch eine Zahlungseinstellung des Kontoinhabers nicht berührt, sie kann jederzeit Einzahlungen Dritter für ihn entgegennehmen und Auszahlungen aus dem Guthaben bewirken, ohne sich der Anfechtung auszusetzen (vgl. Ziff. II a zu § 30).

II. **a)** SeuffA. **62** 383, ZAktWes. **15** 14 (Breslau). Das Dienstverhältnis des Geschäftsführers einer GmbH. erlischt durch den Gesellschaftskonkurs. **b)** **RG.** LeipzZ. **07** 835. Eine vom Gemeinschuldner erteilte Prozeßvollmacht erlischt durch die Eröffnung des Konkurses, es sei denn, daß sich die Vollmacht nicht auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen bezieht (mit zustimmenden Bemerkungen von Jäger).

§ 24. Bindung des Konkursverwalters an den vertragsmäßigen Verzicht des Gemeinschuldners auf Geltendmachung einer Eigentümerhypothek auch ohne Vormerkung vgl. o. zu § 6 Ziff. II 3.

§ 26. 1. **a)** PucheltsZ. **07** 420 (Zweibrücken). Die Bestimmung des § 26 statuiert nicht einen selbständigen, auf positiver Vorschrift beruhenden Entschädigungsanspruch, sondern setzt voraus, daß eine Entschädigungsforderung für den Fall der Nichterfüllung (abgesehen von den besonderen Fällen der §§ 19, 22 KO.) nach bürgerlichem Rechte begründet ist (vgl. aber Jäger § 26 Anm. 20 f.). **b)** **RG.** JW. **07** 315. Durch § 26 KO. ist dem Eigentumsvorbehalte des Verkäufers im Konkurse des Käufers seine Wirksamkeit nicht genommen.

2. Umfang des Schadens (vgl. § 17 Ziff. I 2).

Dritter Titel. Anfechtung.

Literatur: Anffarth, Die Anfechtbarkeit der Verträge zugunsten Dritter im Konkurse. Marburger Diss. 1907. — Ullmann, Ehevertrag und Gläubigeranfechtung, LeipzZ. **07** 201. — Voß, Über den Begriff „Unwirksamkeit" in § 29 KO. und § 1 AnfG., JheringsJ. **51** 413. — Wieruszowski, Die Anfechtung der Eheverträge, RheinA. **103** 323. — Wolff, Die Rechtsstellung des Konkursverwalters zur Verjährung während des Anfechtungsprozesses, LeipzZ. **07** 27. — Wörner, Die Prämienrückzahlungspflicht der unwiderruflich begünstigten Ehefrau beim Konkurse des lebensversicherten Ehemanns, LeipzZ. **07** 331. — Zelter, Anfechtung der Erfüllungsgeschäfte, LeipzZ. **07** 783.

§ 29. I. 1. *Voß, JheringsJ. **51** 413 ff. Der zur Zeit des Erlasses der KO. von 1877 und des AnfG. von 1879 unbestimmte und farblose Begriff „Unwirksamkeit" ist in den bezeichneten Gesetzen zu einem neuen Rechtsausdruck umgeprägt worden (418 ff.). Die Neufassung der Gesetze von 1898 ist davon ausgegangen, daß unter „Anfechtung" die Verneinung eines fremden, behaupteten oder wenigstens als behauptungsfähig gedachten Rechtes zu verstehen sei (422), nicht ein bloßer Voranspruch, in dessen Gestalt sie bei der obligatorischen Anfechtung erscheint (423). In unbewußter Voraussicht haben beide Gesetze sich den im BGB. weiter ausgebildeten Anfechtungsbegriff zu eigen gemacht (428). Hierbei haben die deutschen Gesetze im Anschluß an die preußische KO. und das preußische AnfG. von 1855 unter Anfechtung nur eine juristische Gegenwirkung, also eine gegen den Rechtsbestand eines fremden Geschäfts gerichtete Handlung, nicht die wirtschaftliche Ausgleichung eines schädigenden Rechtserfolges verstanden (433).

Aber im Gegensatze zu den preuß. Gesetzen haben sie in der Unwirksamkeit einen Mangel geschaffen, der, ohne den Geschäftstatbestand anzutasten, den rechtsändernden Einfluß der angefochtenen Handlung, soweit er zwischen den Anfechtungsparteien Bedeutung hat, beseitigt (436). — So wird der Rückschlag getroffen, den die Rechtshandlungen auf die vermögensrechtliche Leistungsfähigkeit des Gemeinschuldners (Schuldners) im Verhältnisse zu anderen Gläubigern ausüben (446). Die Unwirksamkeit ist hiernach derjenigen im § 7 KO. gleichartig (448). Aber sie stellt zwischen der Masse und den Anfechtungsrechten nur eine prozeßrechtliche Verbindung her, die sich mit der Aufhebung des Verfahrens wieder löst (453). — Die Unwirksamkeit ist Voraussetzung der Rückgewähr (459). Im Ergebnisse führt diese Auffassung zur Anerkennung der Dinglichkeitslehre (460).

2. Wolff, LeipzZ. **07** 27 ff. Versagt man mit **RG. 44** 92, **58** 47 dem Anfechtungsanspruch dingliche Wirkung und sieht ihn nur als Forderungsrecht auf Beseitigung der den Gläubigern nachteiligen Folgen der Rechtshandlung an, so ist bis zur Rückgewähr nicht der Verwalter, sondern nur der Anfechtungsgegner das Subjekt einer vom Gemeinschuldner anfechtbar zedierten Forderung. Der Verwalter ist daher zur Unterbrechung der Verjährung auch nicht bedingt legitimiert, weil er nicht der Berechtigte der §§ 208, 209 BGB. ist. Dagegen kann er wegen der nach der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung eingetretenen Verjährung den Anfechtungsgegner in Anspruch nehmen, weil dieser nach § 37 KO. regelmäßig (Ausnahme: § 37 Abs. 2 KO.) die Forderung in demselben Zustande, in welchem er sie empfangen, also als unverjährte zurückgewähren oder, soweit er dazu außerstande ist, die Valuta zahlen muß.

3. Anfechtung von Eheverträgen. a) Ullmann, LeipzZ. **07** 201. Ist nach Abschluß eines Ehevertrags, durch den Gütergemeinschaft an Stelle des gesetzlichen Güterstandes eingeführt wird, über das Vermögen der Frau Konkurs eröffnet, so sind die Konkursgläubiger, die sich ohne den Abschluß des Ehevertrags an das Vorbehaltsgut oder an dieses und das eingebrachte Gut hätten halten können, insofern benachteiligt, als der Konkursmasse, die nur das nach Maßgabe der §§ 1440, 1441 BGB. gewordene Vorbehaltsgut umfaßt, Vermögenswerte entzogen sind. Daran ändert der Umstand nichts, daß jeder Frauengläubiger dessen Forderung vor Abschluß des Ehevertrags entstanden war, sich einen Zwangsvollstreckungstitel gegen den Mann verschaffen und das Gesamtgut angreifen kann. Der Konkursverwalter kann deshalb nach §§ 30 ff. KO. vom Manne als Anfechtungsgegner Rückgewähr verlangen. Ist auch über das Vermögen des Mannes Konkurs eröffnet und handelt es sich bei dem Ehevertrag um eine mittelbar an die Gesamtheit der Gläubiger des Mannes gerichtete Zuwendung, so führt die Anfechtung zur Aussonderung des Frauenvermögens aus der Konkursmasse des Mannes; liegt solche mittelbare Zuwendung nicht vor, so ist, da das Rechtsgeschäft lediglich zwischen den Eheleuten geschlossen ist, die Anfechtung zwar auch gegen den Konkursverwalter des Mannes zulässig, hat aber nur die Wirkung, daß der Anspruch als Konkursforderung auf Geld erhoben werden kann. b) Wieruszowski, RheinA. **103** 323 f. zu § 1 AnfG. c) Henle, JW. **06** 700 f. ebenda.

II. Rechtsprechung. a) **RG.** JW. **07** 842. Auch in der Veräußerung einer mit einem Eigentumsvorbehalte behafteten Sache kann eine Benachteiligung des Konkursgläubigers liegen, da der Konkursverwalter durch Zahlung des — u. U. geringfügigen Kaufpreises — das volle Eigentum für die Masse erwerben kann. b) **RG.** JW. **06** 722, R. **07** 190 Ziff. 358. Die Anfechtung ist, weil zwecklos, unzulässig, wenn das dem Vermögen des Schuldners Entzogene keinen tauglichen Gegenstand für den Zugriff der Gläubiger bildet.

§ 30. I. Zahlungseinstellung. a) **RG.** R. **07** 258 Ziff. 511. Zahlungseinstellung ist die nach außen erkennbar gewordene allgemeine Nichterfüllung

fälliger Geldschulden wegen voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln. Daß einzelne Gläubiger noch Zahlungen erhalten haben und sich haben vertrösten lassen, schließt die Feststellung nicht aus, daß der Schuldner seinen Verpflichtungen in der Allgemeinheit nicht mehr nachzukommen vermochte. **b)** **RG.** PucheltsZ. **07** 125. Zahlungseinstellung ist schon anzunehmen, wenn der Gemeinschuldner nur noch die laufenden Ausgaben, wie Gehälter, Löhne und sonstige zur Weiterführung seines Betriebs erforderliche Aufwendungen gedeckt, zu einem wesentlichen Teile aber seine Zahlung verlangenden Gläubiger aus dem in die äußere Erscheinung getretenen Grunde der Insolvenz unbefriedigt gelassen hat. **c)** **RG.** LeipzZ. **07** 917. Selbst die regelmäßige Fortzahlung von Arbeitslöhnen hindert die Annahme einer Zahlungseinstellung nicht. **d)** **RG.** R. **07** 641 Ziff. 1340. Es kommt nicht darauf an, wie später bei der Konkurseröffnung sich das Verhältnis von Aktiven und Passiven gestaltet, sondern nur darauf, in welchem Verhältnisse die Summe der geleisteten Zahlungen zu der Summe der trotz Andrängens der Gläubiger nicht befriedigten Forderungen in dem Zeitpunkte steht, in welchem die Zahlungseinstellung erfolgt sein soll. Das Verhältnis der Aktiven und Passiven bei Konkurseröffnung kann aber im Einzelfalle den Rückschluß gestatten, daß eine vorher eingetretene Zahlungseinstellung auf einem dauernden Mangel an Zahlungsmitteln beruhte. **e)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1094. Zahlungseinstellung liegt nur vor, wenn es sich um Nichtbefriedigung eines auf Z a h l u n g gerichteten Begehrens, also um Nichterfüllung einer G e l d s c h u l d handelt. In der Nichtbefriedigung eines auf a n d e r e Leistungen, z. B. auf Sicherheitsleistung, gerichteten Anspruchs kann eine Zahlungseinstellung nicht liegen. **f)** **RG.** R. **08** 68 Ziff. 390 bis 392. Die Nichterfüllung fälliger Verbindlichkeiten, bezüglich deren die Gläubiger, sei es auch nur stillschweigend, Aufschub gewährt haben, bildet keine ausreichende Grundlage einer Zahlungseinstellung. Stand dem Schuldner zu einem bestimmten Zeitpunkt ausreichender Kredit in sicherer Aussicht, so kann dies für diesen Zeitpunkt die Annahme einer Zahlungseinstellung ausschließen, auch wenn tatsächlich der Kredit später nicht gewährt ist. **g)** **RG.** LeipzZ. **07** 918, R. **07** 984 Ziff. 2380. Aus der vereinzelten Hingabe von Waren an drängende Gläubiger kann auf eine Zahlungseinstellung jedenfalls dann noch nicht geschlossen werden, wenn der Schuldner in der Folgezeit noch wochenlang fortfährt, seine Gläubiger im großen und ganzen mittels regelrechter Zahlung zu befriedigen, mag er sich auch die Zahlungsmittel durch Ankauf von Waren auf Kredit und schleunigen Wiederverkauf derselben verschafft haben. **h)** LeipzZ. **07** 844 (München). Die Zahlungseinstellung erfordert die nach außen erkennbar gewordene Tatsache der a l l g e m e i n e n Nichterfüllung der fälligen Geldschulden wegen voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln oder die in einer solchen Weise in die äußere Erscheinung getretene Zahlungsunfähigkeit, daß sie, wenn auch nicht für jedermann, so doch innerhalb der beteiligten Geschäftskreise erkennbar ist. Es genügt dagegen nicht, daß sich eine Notlage des Schuldners, ja sogar die Unmöglichkeit für denselben, seine Geldverbindlichkeiten zu befriedigen, aus den schuldnerischen Geschäftsbüchern und Geschäftspapieren hätte erkennen lassen. **i)** OLG. **15** 229 (Hamburg). Nichteinlösung von Gefälligkeitsakzepten kein Grund zur Zahlungseinstellung. **k)** OLG. **15** 229 (Dresden). Ist die ursprüngliche Zahlungseinstellung durch Abzahlungen saniert, so tritt neue Zahlungseinstellung erst ein, wenn die Sanierung gebrochen wird.

II. Z i f f. 1. **a)** *M e z, ABürgR. **30** 115. Eine Girobank, die in Kenntnis der Zahlungseinstellung eines Girokontoinhabers Auszahlungen für ihn vermittelt, setzt sich nie der Anfechtung aus § 30 aus, da sie zu dieser Auszahlung durch den regelmäßig vor der kritischen Zeit abgeschlossenen Girovertrag verpflichtet ist und überhaupt als Schuldnerin der stets fälligen Guthabensforderung die Rückzahlung des Guthabens vor Konkursausbruch nicht verweigern dürfte. **b)** OLG. **15** 228,

R. **07** 66 Ziff. 79 (Colmar). Eine Anfechtungsklage aus § 30 Ziff. 1 kann nicht darauf gestützt werden, daß der Prozeßbevollmächtigte des Gegners die Zahlungseinstellung habe kennen müssen. **c**) HessRspr. **8** 82 (Darmstadt). Unterläßt der pfändende Gerichtsvollzieher, den Gläubiger von der ihm bekannten Zahlungseinstellung des Schuldners Kenntnis zu geben, so ist seine eigene Kenntnis unerheblich und kann den Mangel der Kenntnis des Gläubigers nicht ersetzen. **d**) **RG.** LeipzZ. **07** 601, R. **07** 579 Ziff. 1204. Durch den Eid des Anfechtungsbeklagten, daß ihm die Zahlungseinstellung unbekannt war, wird nicht auch erwiesen, daß er keine Kenntnis von der Begünstigungsabsicht hatte; denn eine Begünstigung einzelner Gläubiger kann auch vor der Zahlungseinstellung stattfinden. **e**) OLG. **15** 232 (Hamburg). Für die Anfechtung einer Sicherungshypothek ist der Tag ihrer Eintragung maßgebend.

III. Ziff. 2. **a**) **RG.** R. **07** 1543 Ziff. 3863. Ist die Rechtshandlung in den letzten zehn Tagen vor dem Eröffnungsantrage vorgenommen, so kommt es auf den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung und auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungseinstellung nicht an. Vielmehr ist, auch wenn die Zahlungseinstellung erst nach der Rechtshandlung oder sogar erst nach dem Eröffnungsantrag eingetreten ist, so daß sie der Anfechtungsgegner nicht kennen konnte, die Anfechtung begründet, sofern er nicht beweist, daß ihm eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners nicht bekannt war. **b**) ElsLothJZ. **07** 568 (Colmar). Wenn auf die nach § 845 ZPO. erfolgte Benachrichtigung von der bevorstehenden Pfändung einer Forderung rechtzeitig (innerhalb 3 Wochen) der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß erwirkt wird, so wird die Pfändung als zur Zeit der Benachrichtigung vorgenommen angesehen. Hat die Benachrichtigung daher mehr als 10 Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage stattgefunden, so ist die Anfechtung der Pfändung, mag auch der Pfändungs- und Überweisungsbeschluß in den letzten 10 Tagen erwirkt sein, auf Grund des § 30 Ziff. 2 unzulässig. **c**) Kongruente Deckung. **RG.** R. **07** 641 Ziff. 1341. In einer nach Zahlungseinstellung bewirkten Hypothekenbestellung liegt dann eine kongruente Deckung, wenn der Gläubiger, dessen Forderung schon vorher fällig war, dem Schuldner eine angemessene Frist zur Beschaffung des zurückzuzahlenden Darlehnskapitals mit Hilfe des Hypothekenkredits gewährt und sich das Recht ausbedungen hat, nach deren Ablaufe für sich die Eintragung einer Hypothek zu verlangen, und dann nach Ablauf angemessener Zeit die Hypothekeneintragung zugunsten des Gläubigers erfolgt. **d**) **RG.** R. **07** 1472 Ziff. 3693. Eine inkongruente Deckung liegt vor, wenn ein Gläubiger, dem ein Anspruch auf Bestellung eines Vertragspfandes zusteht, sich auf Grund eines vollstreckbaren Titels ein in seinen Wirkungen weitergehendes Pfändungspfandrecht verschafft.

§ 31. I. 1. Erfüllungsgeschäfte. *Zelter, LeipzZ. **07** 783, weist hinsichtlich der Anfechtung der Erfüllungsgeschäfte auf die widersprechende Rechtsprechung des RG. hin, das JW. **02** 78 die Beweispflicht des Anfechtungsgegners aus § 31 Ziff. 2 KO. für ausreichend durch den Nachweis der Erfüllung einer vor der Frist begründeten Verpflichtung dargetan hält (vgl. auch **RG.** JW. **96** 670, **98** 664), **51** 77 aber die Zahlung fälliger Schulden der Vermutung des § 3 Ziff. 2 AnfG. unterstellt, während es **57** 163 wiederum die Erfüllung der gesetzlichen Pflicht zur Rückgewähr des Frauenguts der Anfechtung aus § 3 Ziff. 1 AnfG. entzieht, wenn die Handlung „von dem Willen beherrscht wird, einer begründeten Verpflichtung auf Verlangen des Beklagten gerecht zu werden" (vgl. auch **RG.** JW. **06** 179 = JDR. **5** § 3 AnfG. Ziff. 3—5, **RG.** JW. **06** 391, unten AnfG. § 3 Ziff. 2 zu II e). Er stellt fest, daß eine selbständige Anfechtung eines Erfüllungsgeschäfts nur dort Besonderheiten zeigen könne, wo ein erzwingbares Erfüllungsgeschäft unabhängig von dem Kausalgeschäft angefochten werde, während überall, wo das Erfüllungsgeschäft eines der zur Erzwingbarkeit erforderlichen Tat-

bestandsmomente entbehrt, die Anfechtung sich gegen die zwischen Kausalgeschäft und Erfüllung eingeschobene Vereinbarung auf Abänderung der Leistung richte. — Er geht dann aus von der rechtlichen Konstruktion des Anfechtungsrechts als reiner Kondiktion. Er schließt das erzwingbare Rechtsgeschäft von der Anfechtungsmöglichkeit aus § 3 Ziff. 2 AnfG. und § 31 Ziff. 2 KO. aus, und zwar deshalb, weil das erzwingbare Rechtsgeschäft zwar ein entgeltlicher Vertrag aber kein solcher Vertrag ist, der durch den Abschluß die Gläubiger benachteiligt. Der Entgelt der Leistung des Schuldners ist bei dem erzwingbaren Erfüllungsgeschäft die Lösung der Obligation und deshalb stets ein angemessener. Die Befriedigung erzwingbarer Rechte den Verwandten gegenüber untersteht nicht der Voraussetzung jener Rechtsnormen, wohl aber die Schöpfung erzwingbarer Rechte, die der Anfechtungskläger stets, auch wenn er zunächst das erzwingbare Erfüllungsgeschäft allein angefochten hat, in den Bereich seiner Ansprüche ziehen kann. Eine selbständige Anfechtung des erzwingbaren Erfüllungsgeschäfts nach § 3 Ziff. 1 und § 31 Ziff. 1 KO. ist allerdings gegeben, aber nur dann denkbar, wenn die Befriedigung selbst auf einem Motiv, andere Gläubiger zu benachteiligen, beruht. Wenn solches Motiv nicht nachweisbar ist, genügt die Feststellung des Bewußtseins der Benachteiligung nicht, um eine Absicht der Benachteiligung zu folgern, weil die Absicht der Erfüllung des erzwingbaren Rechtsgeschäfts genügt, um die Handlung zu motivieren. Nur wenn die Erfüllung für den Schuldner Mittel zum Zwecke der Benachteiligung war, kann bei der Konkurrenz zweier erzwingbarer Rechte das eine anfechtbar sein. Durch diese Sätze wird auch eine logische Übereinstimmung zwischen den beiden Fällen der Anfechtung aus Ziff. 1 und Ziff. 2 geschaffen.

2. *Lent, Anweisung aaO. Die Anweisung ist, da sie weder ein Vertrag noch eine Verfügung ist, weder Befriedigung noch auch Sicherung bietet, nur nach § 31 Ziff. 1 anfechtbar. — Das mit der Anweisung verbundene Versprechen der Leistung durch Dritte ist nach § 31 Ziff. 1 anfechtbar, nach § 30 Ziff. 1 Satz 2 u. Ziff. 2 (als — nicht zu beanspruchende — Sicherung), nicht dagegen normalerweise nach § 30 Satz 1 u. § 31 Ziff. 2. — Die Annahme nach der herrschenden Theorie ist nicht anfechtbar, da sie kein Rechtsgeschäft des Gemeinschuldners ist, nach §§ 30 Ziff. 1 Satz 1, 31, 32, auch nicht nach § 30 Ziff. 1 Satz 2 u. Ziff. 2, da Anfechtungsgegner ein Konkursgläubiger sein muß, der Anweisungsempfänger aber nichts erlangt hat, also nicht Anfechtungsgegner sein kann, der Angewiesene nicht Konkursgläubiger ist. Die Annahme ist also unanfechtbar. — Als bedingter Erlaß- oder Kreditvertrag (vgl. zu § 784 BGB.) ist die Annahme dagegen nach § 31 Ziff. 1 anfechtbar. — Die Anfechtung des Anweisungsvollzugs ist nach der herrschenden Theorie von der Anweisung unmöglich aus denselben Gründen wie die der Annahme, nach der Vollmachtstheorie (vgl. zu § 783 BGB.) nach § 31 Ziff. 1 möglich. S. a. o. zu § 8 Ziff. I 1.

II. a) **RG.** R. **07** 707 Ziff. 1513. Bei einem Deckungsgeschäft im Sinne der Gewährung einer nicht geschuldeten Sicherheit für eine Verbindlichkeit ist weder die Anfechtbarkeit noch auch nur die Vermutung auf § 31 Ziff. 2 beseitigt. **b) RG.** LeipzZ. **07** 513. Wird der zuerst nur auf § 30 KO. gestützte Anfechtungsanspruch nachträglich auch auf § 31 KO. gestützt, so liegt darin eine Klagänderung.

§ 32. 1. Ziff. 1. a) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 209. Ein Vertrag, in welchem zugunsten eines in einer letztwilligen Verfügung noch zu benennenden Dritten eine lebenslängliche Rente bedungen wird, ist nicht als unentgeltliche Verfügung nach § 32 Ziff. 1 KO. anfechtbar. **b)** HansGZ. **07** Beibl. 233 (Hamburg). Aussteuer- und Militärversicherungen, die der Gemeinschuldner für seine Kinder nimmt, über deren Verwendung er aber nach den Versicherungsbedingungen selbst zu bestimmen hat, gehören zum Vermögen des Gemeinschuldners. Die unentgeltliche Zuwendung der Versicherungssumme seitens des bezugsberechtigten Gemeinschuldners an seine

Kinder ist deshalb anfechtbar. **c) RG. 66** 158, JW. **07** 524. Die Anfechtung einer Zuwendung des Bezugsrechts aus einer Lebensversicherung, die vom Versicherungsnehmer ohne Benennung eines Bezugsberechtigten abgeschlossen ist, kann nicht mit der Begründung abgewiesen werden, daß das Bezugsrecht nicht zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehöre. Das Bezugsrecht ist Bestandteil des Vermögens des Versicherungsnehmers, obwohl die Einziehung der Versicherungssumme erst durch die Rechtsnachfolger erfolgen kann. Die nachträgliche Benennung eines Bezugsberechtigten enthält deshalb stets eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers, und zwar auch dann, wenn dieser sich schon beim Vertragsabschlusse die nachträgliche Bestellung eines Bezugsberechtigten vorbehalten hatte.

2. Ziff. 2. **a)** Wörner, LeipzZ. **07** 331. Hat der Gemeinschuldner zugunsten seiner unwiderruflich begünstigten Ehefrau sein Leben versichert, so können, soweit sich der Lebensversicherungsvertrag als unentgeltliche Zuwendung zugunsten der Ehefrau darstellt, im Wege der Anfechtung von der Ehefrau des Gemeinschuldners die in den letzten zwei Jahren gezahlten Prämien zurückerstattet verlangt werden. Während diese Rechtslage namentlich beim Nachlaßkonkurse, wo die der Ehefrau zufallende Versicherungssumme den Betrag der zwei zu erstattenden Jahresprämien in der Regel weit übersteigt, die Ehefrau im allgemeinen nicht beschwert, kann sie im Falle des Konkurses des Versicherten zu seinen Lebzeiten zu der Unzuträglichkeit führen, daß der Betrag der zwei letzten Prämien den Betrag des der Ehefrau zufallenden Rückkaufswerts übersteigt. Gemildert wird diese Unzuträglichkeit dadurch, daß die Rückzahlungspflicht der Ehefrau sich nicht auf die Bruttoprämien, sondern nur auf die Nettoprämien, und zwar bei Anwendung der Zillmerschen oder einer entsprechenden Methode, mit der hiernach gekürzten Reserveprämie zu erstrecken hat, da der die Nettoprämie übersteigende Teil der Bruttoprämie ausschließlich im Interesse des Versicherten selbst verausgabt und verbraucht wird; aufgehoben wird sie nur dadurch, daß die Begünstigung der Ehefrau als unwiderruflich erst von dem Zeitpunkt an vorgenommen wird, zu dem der Rückkaufswert den Betrag der letzten zwei Nettoprämien übersteigt. **b)** S. a. o. zu §§ 330 ff. BGB. Ziff. 1. **c)** Über die Anfechtung der für das eingebrachte Gut der Ehefrau bestellten Hypothek s. *Huth, ZBlFG. **8** 135.

§ 33. a) SächsRpflA. **07** 109, R. **07** 707 Ziff. 1514 (Dresden). Die Bestimmung, daß Rechtshandlungen, die früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung erfolgt sind, nicht mehr aus dem Grunde der Kenntnis der Zahlungseinstellung angefochten werden können, findet nicht nur auf die Fälle des § 30 Ziff. 1, sondern auch auf diejenigen des § 30 Ziff. 2 Anwendung, obgleich im letzteren Falle diese Kenntnis nicht zum Klagegrunde gehört, mithin vom Anfechtungskläger nicht besonders behauptet und begründet zu werden braucht. **b) RG.** LeipzZ. **07** 283. Auch auf die Anfechtungsfälle des § 30 Ziff. 2 findet § 33 Anwendung.

§ 35. RG. GruchotsBeitr. **50** 1122. Auch die Schaffung eines vollstreckbaren Titels, der auf einem die Benachteiligung der Gläubiger bezweckenden Übereinkommen der Beteiligten beruht, kann Gegenstand der Anfechtung sein.

§ 36. DJZ. **07** 975 (Darmstadt). Die Anfechtungsklage des Verwalters gegen die Pfändung von Mobiliar ist im Gerichtsstande des § 771 ZPO. zu erheben.

§ 37. I. 1. Oberneck, LeipzZ. **07** 369. Ficht der Konkursverwalter das einer Hypothekenbestellung seitens des Gemeinschuldners zugrunde liegende Kausalgeschäft mit Erfolg an, so ist die Forderung den Konkursgläubigern gegenüber mit rückwirkender Kraft auf den Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses nicht zur Entstehung gelangt. Die Hypothek steht dann nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. dem Eigentümer zu und gehört zur Konkursmasse. Zum gleichen Ergebnisse führt bei Anfechtung der dinglichen Einigung die Auffassung (vgl. Oberneck, Grund-

buchrecht I 683 ff.), daß durch jede formell richtige Eintragung einer Grundkreditbelastung bei Ungültigkeit des dinglichen Vertrags eine Eigentümergrundschuld entsteht. S. a. o. zu § 1163 BGB. Ziff. I 1.

2. Rückgewähr einer anfechtbar abgetretenen, demnächst verjährten Forderung s. § 29 Ziff. I 2.

II. Rechtsprechung. a) **RG. 66** 158, JW. **07** 524. Bei der anfechtbaren unentgeltlichen Zuwendung einer Lebensversicherungssumme gestaltet sich die Rückgewährspflicht des Begünstigten verschieden, je nachdem der Versicherungsnehmer von Anfang an zugunsten des Dritten den Vertrag geschlossen oder das Bezugsrecht auf die Versicherungssumme aus einer ursprünglich zu eigenen Gunsten (oder zugunsten seines Nachlasses oder seiner Erben als solcher) genommenen Versicherung nachträglich dem Dritten zugewendet hat. Im ersten Falle sind nur die während des letzten Jahres oder der letzten zwei Jahre bezahlten Prämien, im letzteren Falle ist die vom Begünstigten bezogene Versicherungssumme zurückzugewähren (ebenso **RG. 62** 46, Falkmann, Anfechtung 39, 40). **b)** BadRpr. **07** 99 (Karlsruhe). Die Rückgewähr hat nur so zu erfolgen, daß für die Masse derjenige Zustand hergestellt wird, der ohne die angefochtene Handlung bestehen würde. Soweit die Masse durch die beanspruchte Rückgewähr rechtlos bereichert würde, steht dem Anfechtungsschuldner wegen der auf das Anfechtungsobjekt gemachten Verwendungen die Anrechnung oder Zurückbehaltung frei. **c)** HansGZ. **07** Beibl. 28 (Hamburg). Die Rückgewähr geht auf Naturalrestitution oder Werterſatz, nicht aber auf Rückgabe von Anschaffungen, die der Anfechtungsgegner mit dem vom Gemeinschuldner erhaltenen Gelde gemacht hat. **d)** OLG. **15** 235 (Hamburg). Die zurückzugewährende Geldsumme ist mindestens von der Konkurseröffnung an zu verzinsen. **e)** BadRpr. **07** 113, R. **07** 901 Ziff. 2165 (Karlsruhe). Die teilweise begründete Anfechtung hat nicht notwendig zur Folge, daß der ganze Vertrag als unwirksam zu gelten hat. Die Wirkung tritt vielmehr nur bei Unteilbarkeit des Rechtsgeschäfts, nicht aber dann ein, wenn der Wille der Kontrahenten auf den Abschluß zweier selbständiger Geschäfte in demselben Vertrage ging.

§ 40. **RG.** R. **07** 315 Ziff. 640. Der Rechtsnachfolger muß die Zahlungseinstellung und die spätere, dem Rechtsvorgänger eine inkongruente Deckung gewährende Rechtshandlung sowie deren Beschaffenheit zur Zeit seines Erwerbes gekannt haben. Dagegen braucht er im Falle des § 30 Ziff. 2 KO. nichts davon gewußt zu haben, daß dem Rechtsvorgänger die Zahlungseinstellung bekannt war.

§ 41. ThürBl. **54** 175 (Jena). Der Fall des § 41 Abs. 2 KO., wonach dem Konkursverwalter trotz Ablaufs der Ausschlußfrist eine Einrede verbleibt, liegt nicht vor, wenn der Gemeinschuldner in anfechtbarer Weise Forderungen abgetreten hat und der Zessionar Herauszahlung der vom Konkursverwalter eingezogenen Beträge verlangt. Denn durch die Forderungsabtretung wird keine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer Leistung begründet, sondern ein Vermögensstück unmittelbar aus dem Vermögen des Gemeinschuldners in das des Zessionars übergeführt.

§ 42. OLG. **15** 230, HansGZ. **07** Beibl. 283 (Hamburg). Hat der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung die Abtretung einer Hypothek bewilligt und beantragt und ist die Eintragung in das Grundbuch nach Konkurseröffnung erfolgt (vgl. oben zu § 15), so bildet den Gegenstand der Anfechtung nicht der frühere Antrag auf Eintragung, sondern diese selbst.

Vierter Titel. Aussonderung.

Literatur: Hallbauer, Aphorismen aus dem Gebiete der Sicherheitsübereignung, SächsRpflA. **07** 463. — Weidemann, Sicherungen im Lombardverkehr, BankA. **5** 176. — Zöllner, Zum Begriffe der Sammlung in straf- und zivilrechtlicher Hinsicht, Seuff. Bl. **07** 717.

§ 43. I. Fiduziarische Rechtsübertragung. 1. Hallbauer, SächsRpflA. **07** 463. Im Konkurse des Gläubigers, dem der Schuldner als Sicherheit eine Sache fiduziarisch übereignet hat, hat der Schuldner, wenn der Gläubiger die Sache beim Konkursbeginne schon zum Zwecke der Verwertung an sich gezogen hat, zwar kein Aussonderungsrecht in dem Sinne, daß er gegen Schuldtilgung die Herausgabe der Sache beanspruchen könnte; er wird aber auch nicht geschädigt, da er, sobald der Konkursverwalter zur Verwertung der Sache schreitet, von seiner Schuld frei wird und den etwaigen Überschuß als Massegläubiger nach § 59 Ziff. 1 KO. beanspruchen kann. Eine wirkliche Gefahr besteht für den Schuldner nur in dem — seltenen — Falle, daß beim Konkursbeginne die Schuld schon getilgt, eine Rückübergabe jedoch noch nicht erfolgt war, da hier wegen des nur obligatorischen Anspruchs auf Rückübertragung ein Aussonderungsrecht nicht besteht.

2. Weidemann, BankA. **5** 176. Das Aussonderungsrecht setzt nicht die juristische, sondern die wirtschaftliche Zugehörigkeit des Aussonderungsgegenstandes zum Vermögen des Berechtigten voraus. Bei der fiduziarischen Rechtsübertragung hat deshalb der Zedent im Konkurse des Fiduziars ein Aussonderungsrecht, falls die Schuld, zu deren Sicherheit die Rechtsübertragung erfolgte, vor Konkursausbruch getilgt war. Andernfalls ist er befugt, durch Zahlung der Schuldsumme die auflösende Bedingung herbeizuführen, welche das fiduziarische Objekt dem Vermögen des Fiduziars entzieht und dem Vermögen des Zedenten wieder zuführt.

3. Zöllner, SeuffBl. **07** 717. Durch die fiduziarische Übereignung zum Zwecke einer Sammlung im Sinne des § 1914 BGB. wird zwar Dritten gegenüber vollwirksam das Eigentum auf den Treuhänder übertragen; dem Anvertrauenden gegenüber aber kann sich der Treuhänder auf den Rechtserwerb nicht berufen. Auch dem Konkursverwalter des in Konkurs geratenen Treuhänders stehen bei Ausübung der Vermögensverwaltung nicht mehr Rechte zu, als sie der Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung hatte, er kann sich also dem Anvertrauenden gegenüber ebensowenig auf den Eigentumserwerb berufen, wie der Treuhänder selbst. Dem Anvertrauenden steht deshalb ein Anspruch auf Aussonderung des anvertrauten Gegenstandes zu. S. a. o. zu § 1914 BGB. Ziff. 1.

II. Rechtsprechung. a) SächsRpflA. **07** 13 (Dresden). Das Wegnahmerecht des § 951 BGB. gewährt lediglich einen persönlichen Anspruch und deshalb ein Aussonderungsrecht nur dann, wenn der Gemeinschuldner nicht Eigentümer der herausbegehrten Sache geworden ist. **b)** OLG. **15** 235 (Colmar). Zulässig ist das Aussonderungsrecht an verbrauchbaren Sachen, die unter Eigentumsvorbehalt verkauft sind. **c)** SeuffA. **62** 175 (Hamm). Der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs ist kein Aussonderungsanspruch. **d)** SächsRpflA. **07** 388 (Dresden). Für Aussonderungsklagen bleibt der vereinbarte Erfüllungsort nach § 29 ZPO. trotz Konkurseröffnung zuständig.

§ 44. **RG.** LeipzZ. **07** 919. Verneinung des Verfolgungsrechts aus tatsächlichen Gründen.

§ 46. a) **RG.** LeipzZ. **07** 513. Der Verkäufer einer unter Eigentumsvorbehalt veräußerten Sache kann im Konkurse des Käufers die Herausgabe der noch in der Konkursmasse befindlichen Kaufsache oder, falls der Konkursverwalter sie veräußert hat, des Erlöses beanspruchen, auch wenn er den Kaufpreis als Konkursforderung angemeldet und der Konkursverwalter die Forderung anerkannt hat (s. auch **RG.** JW. **07** 315). **b)** **RG.** JW. **06** 760. Der Eigentümer von Maschinen, die er dem nachmals in Konkurs geratenen Mieter neben einer Fabrik unter Einräumung eines Vorkaufsrechts mitvermietet hat, hat, wenn vor Geltendmachung dieses Rechtes der Konkurs ausbricht und der Verwalter die Maschinen veräußert, einen Masseanspruch auf den Erlös.

Fünfter Titel. Absonderung.

§ 47. Weidemann, BankA. 5 176. Der Fiduziar hat beim Konkurse des Zedenten dem Verwalter von den fiduziarisch detinierten Gegenständen Anzeige zu machen und seine Forderung in analoger Anwendung der Sätze über das Absonderungsrecht als Ausfallforderung anzumelden. Sind Schuldner und Zedent verschiedene Personen, so hat der Fiduziar im Konkurse des Zedenten dem Verwalter die Sachlage anzuzeigen und ihm die Möglichkeit der Ausübung des dem Drittverpfänder zustehenden Lösungsrechts zu gewähren. Will der Verwalter das Sicherheitsobjekt durch Zahlung der vollen Schuld für die Masse nicht freimachen, so bleibt es bis zur Tilgung der Schuld in den Händen des Fiduziars; lediglich ist, falls der Fiduziar sich aus ihm befriedigt, ein etwaiger Überschuß des Erlöses zur Masse abzuführen. — Im Konkurse des Schuldners hat der Fiduziar seine Forderung als reine Konkursforderung anzumelden. Der Zedent kann seinen etwaigen Regreßanspruch gegen den Gemeinschuldner anmelden als bedingt durch den Wegfall oder die Nichtberücksichtigung der Forderung des Fiduziars.

§ 48. a) OLG. **15** 222 (Frankfurt). Für die Freigabe eines zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Grundstücks durch den Konkursverwalter bedarf es einer ausdrücklichen Entschließung und Kundgebung. **b)** OLG. **15** 239 (Naumburg). Die Masse ist schadensersatzpflichtig, wenn der Konkursverwalter durch den Verkauf eines Warenlagers Rechte des Pfandgläubigers vereitelt.

§ 49. Ziff. 4. Oertmann, BankA. **6** 137 ff., wünscht eine Ausdehnung des Absonderungsrechts auf das gewöhnliche Zurückbehaltungsrecht, dem nach der herrschenden Lehre (vgl. aber Jäger § 49 Anm. 42) im Konkurs auch als Einreden jeder Schutz versagt sei. S. a. o. zu § 273 BGB. Ziff. 3 a.

§ 51. **RG.** R. **08** 68 Ziff. 393. Verkauft der Konkursverwalter einen Gemeinschaftsanteil des Gemeinschuldners, so hat der in der Gemeinschaft verbleibende Teilhaber wegen seiner Ausgleichsansprüche oder sonstigen Forderungen aus der Gemeinschaft ein Absonderungsrecht an dem in die Masse fallenden Kaufpreise (vgl. auch zu § 16).

Sechster Titel. Aufrechnung.

§ 53. a) **RG.** LeipzZ. **07** 344, SeuffBl. **07** 984, HoldheimsMSchr. **07** 144, JW. **07** 275. Der Grundsatz, daß der Bürge nicht neben dem Gläubiger seine Regreßforderung im Konkurse des Hauptschuldners anmelden kann, steht der Zulässigkeit der Aufrechnung der Regreßforderung gegen einen Anspruch der Konkursmasse nicht entgegen; eine solche Aufrechnung ist zulässig, selbst wenn der Gläubiger seine Forderung angemeldet hat. **b)** OLG. **15** 237 (Marienwerder). § 53 KO. betrifft nicht Aufrechnungen, die gegen eine dem Gemeinschuldner persönlich zustehende, nicht in die Masse fallende Forderung (Lohnforderung) erfolgen.

§ 54. a) **RG.** LeipzZ. **07** 344, SeuffBl. **07** 984, HoldheimsMSchr. **07** 144, R. **07** 457, JW. **07** 275. Die Regreßforderung des Bürgen, der den Gläubiger nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners befriedigt hat, war bereits vor Eröffnung des Konkurses eine durch die Zahlung bedingte Forderung. Sie kann deshalb gegen eine Forderung der Konkursmasse zur Aufrechnung gestellt werden (für Code civil). **b)** R. **07** 1413 Ziff. 3579 (Hamburg). Der vom Konkursverwalter auf Bezahlung einer dem Gemeinschuldner geschuldeten Geldsumme in Anspruch genommene Beklagte kann mit einer ihm vom Gemeinschuldner versprochenen Leibrente aufrechnen, und zwar mit dem gemäß § 69 KO. nach dem Schätzungswerte kapitalisierten Betrage.

§ 55. 1. Ziff. 1. NaumburgAK. **07** 78 (LG. Halle). Beim Sukzessivlieferungskaufe wird der Preis für diejenigen Rechnungsposten, welche nach der Konkurseröffnung des Verkäufers und nach dem Eintritte des Verwalters gemäß § 17 KO.

geliefert sind, zur Masse geschuldet, kann also gegen eine Forderung des Käufers an den Gesamtschuldner nicht aufgerechnet werden.

2. Ziff. 3. *Mez, ABürgR. **30** 47 (102). Im Giroverkehre wäre es an sich zulässig, daß die Banken ihre vor Kenntnis der Zahlungseinstellung eines Kontoinhabers erworbenen Forderungen gegen die nach diesem Zeitpunkte für ihn entgegengenommenen Beträge aufrechnen, auch wenn sie vor Eingang der Beträge das Konto „gesperrt" hatten (vgl. o. zu § 273 BGB. Ziff. 7a bei α). Dies Verfahren führt aber in der Praxis leicht zu Ungerechtigkeiten (vgl. den Tatbestand **RG. 40** 162), und so haben sich in letzter Zeit erfreulicherweise einzelne Banken der Anschauung zugewendet, daß sie Beträge nicht mehr zur aufrechnungsweisen Befriedigung verwenden dürfen, wenn sie dieselben erst nach der „Sperrung" erhalten haben, sondern daß die Beträge der Konkursmasse anheimfallen und den Banken nur eine Dividende verbleibt.

Siebenter Titel. Massegläubiger.

§ 57. LeipzZ. **07** 679 (KG.). Die Feststellung einer Konkursforderung zur Tabelle hindert den Gläubiger nicht an der Geltendmachung eines auf demselben Rechtsgrunde beruhenden Masseanspruchs.

§ 59. 1. Ziff. 1. **a)** **RG.** LeipzZ. **07** 143, GewRschutz **07** 302, JW. **07** 58. Wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung eine geschützte Erfindung wissentlich oder grobfahrlässig in Benutzung genommen und der Konkursverwalter den vorgefundenen Betrieb fortsetzt, so haftet er wegen der Patentverletzung nur, wenn er wußte oder aus grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß durch dieses Handeln das Patent verletzt werde. **b)** **RG.** BayRpflZ. **07** 386. Hat der Gemeinschuldner sich vor Konkurseröffnung verpflichtet, eine Eigentümergrundschuld nicht zuungunsten eines Nachhypothekars auszunutzen, so ist dessen Anspruch ein Masseanspruch, wenn der Konkursverwalter die Eigentümergrundschuld für die Masse geltend macht. **c)** LeipzZ. **07** 446 (Dresden). Widerspricht der Konkursverwalter einer angemeldeten rechtshängigen Forderung, so treffen im Falle der Aufnahme des Prozesses durch den Gläubiger den Konkurs die gesamten Prozeßkosten auch dann als Masseschuld, wenn der Verwalter die Forderung später zur Tabelle anerkennt. (Ebenso HansGZ. **07** Beibl. 215 [Hamburg]; aM. OLG. **11** 362 [Braunschweig]). **d)** Masseanspruch bei Ausübung eines Wiederkaufs- oder Wiederverkaufsrechts durch den Verwalter vgl. zu § 6 Ziff. I 2.

2. Ziff. 2. **RG. 66** 326. Durch ein nach § 17 Abs. 2 KO. vom Konkursverwalter erklärtes Erfüllungsverlangen werden auch solche noch unerfüllte Ansprüche des anderen Teiles Masseforderungen, die zwar nicht unmittelbar den Vertragsgegenstand, auf den sich das Erfüllungsverlangen bezieht, betreffen, jedoch demselben Rechtsverhältnisse wie dieser Vertragsgegenstand angehören.

3. Ziff. 3. **RG. 66** 390. Um die Anwendung des § 59 Ziff. 3 zu rechtfertigen, muß die Bereicherung der Masse unmittelbar zugeflossen sein. Das ist nicht der Fall, wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung Ware in Empfang genommen hat, die dingliche Übereignung also vor der Konkurseröffnung vollendet war.

§ 60. **RG. 66** 326, LeipzZ. **07** 826, JW. **07** 679, DJZ. **07** 1258. Hat (was unentschieden bleibt) im Falle des § 60 KO. die Feststellung der auf die einzelnen Massegläubiger entfallenden Quote durch den Prozeßrichter zu erfolgen, so kann ein solcher Streit jedenfalls nur im Prozesse der einzelnen Massegläubiger untereinander ausgetragen werden. Die zwischen dem einzelnen Massegläubiger und der Konkursmasse ergehende Entscheidung würde gegenüber den übrigen Massegläubigern nicht wirksam sein.

Achter Titel. Konkursgläubiger.

Literatur: Jaeger, Wechselbürgschaft zugunsten einer bevorrechtigten Konkursforderung, LeipzZ. 07 46. — BauersZ. 14 100. Der Tantièmeanspruch von Vorstand und Aufsichtsrat im Konkurse der Aktiengesellschaft.

§ 61. I. Jaeger, LeipzZ. **07** 46. Wird eine bevorrechtigte Forderung durch einen Wechsel oder durch ein sonstiges abstraktes Versprechen gedeckt, so kommt der abstrakten Forderung als solcher das Vorrecht nicht zu. Wer daher als ausgleichungsberechtigter Gesamtschuldner oder Bürge lediglich für Erfüllung der abstrakten Forderung einzustehen versprochen hat, erwirbt das Vorrecht nicht schon kraft Gesetzes (§§ 426, 774 BGB.) mit dieser Erfüllung, sondern nur kraft besonderer und rechtzeitiger Abtretung der bevorrechteten Forderung selbst.

II. Rechtsprechung. 1. Ziff. 1. a) LeipzZ. **07** 680, R. **07** 518 Ziff. 1071 (Cöln). Der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung setzt voraus, daß die Tätigkeit des Dienstverpflichteten während des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung geleistet ist. Es genügt nicht, daß die Provisionsforderung für vorher geleistete Dienste im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung fällig geworden oder daß der Provisionsanspruch erst bei Eingang der Zahlung im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung gemäß § 88 HGB. erworben ist. **b)** OLG. **15** 241, SchlHolstAnz. **07** 73 (Kiel). Das Vorrecht auf Befriedigung gemäß § 61 Ziff. 1 kann nur dann in Anspruch genommen werden, wenn sich jemand unter Aufgabe seiner Selbständigkeit in den Dienst des Gemeinschuldners gestellt hat, nicht aber, wenn er ihm gegenüber eine selbständige Stellung einnimmt (Aufstellung eines Sanierungsplans). **c)** SächsRpflA. **07** 394 (Dresden). Wer auf Grund eines vor Konkurseröffnung erteilten Auftrags die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners nachgetragen und in Ordnung gebracht hat, hat für seine Lohnforderung ein Konkursvorrecht. **d)** SächsRpflA. **07** 395 (Dresden). Bedeutungslos ist, ob die Dienste für das Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners in dessen oder in der eigenen Behausung des Dienstverpflichteten verrichtet sind (gewerbliche Heimarbeit.). **e)** LeipzZ. **07** 667 (LG. Hamburg). Eine von dem Handlungsgehilfen dem Prinzipale gestellte Kaution genießt im Konkurse des letzteren nicht das Vorrecht des § 61 Ziff. 1 KO.

2. Ziff. 2. WürttJ. **18** 276 (Stuttgart). Ortsstatutarische Kanalbaubeiträge und Ansprüche auf Ersatz von Straßenbaukosten sind keine öffentlichen Abgaben im Sinne der Ziff. 2.

§ 63. Ziff. 4. **RG.** R. **08** Beil. **2** 24 Ziff. 142. Eine Freigebigkeit des Gemeinschuldners liegt nicht vor, wenn er nach Scheidung der Ehe dem unterhaltsberechtigten Teile eine bestimmte Monatsrente versprochen hat; seine Absicht geht hier auf Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit.

§ 64. a) **RG. 64** 425, JW. **07** 109. Der ein Absonderungsrecht (Pfandrecht) besitzende Konkursgläubiger, der im Konkursverfahren erklärt hat, für einen Teil seiner Forderung aus dem Absonderungsrecht und für den als Ausfall von ihm bezeichneten Reste aus der Konkursmasse Befriedigung suchen zu wollen, kann sich nach Abschluß des Zwangsvergleichs und Aufhebung des Konkurses, und nachdem er die Vergleichsquote ohne Vorbehalt angenommen hat, aus dem Gegenstande des Absonderungsrechts nicht zu einem höheren als dem ursprünglich angegebenen Betrage befriedigen. **b)** SächsRpflA. **07** 387 (Dresden). Der Fall des § 64 liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger Ansprüche aus fiduziarischer Sicherungsübereignung von Sachen des Gemeinschuldners geltend macht, nicht aber wenn die betreffenden Gegenstände Dritten gehören (vgl. ebenda 388 ff.). **c)** OLG. **15** 242 (Hamburg). Die Anerkennung einer Absonderungsforderung „zur Höhe des Ausfalls“ enthält keine Anerkennung des Absonderungsrechts.

§ 67. SächsRpflA. **07** 390 (Dresden). Der Bürge hat kein Recht auf Berück-

sichtigung seiner Regreßforderung, wenn der Hauptgläubiger seine Forderung im Konkurse voll angemeldet hat.

§ 68. ElsLothJZ. **07** 25 (Colmar). In der widerspruchslosen Annahme von Abschlagsverteilungen in einem Konkursverfahren liegt kein Verzicht auf das Recht aus § 68 KO. — Die Einrede des Konkursverwalters, daß noch andere Gläubiger das Recht aus § 68 KO. haben, ohne daß sie davon Gebrauch machen, ist eine Einrede aus dem Rechte dritter Personen (vgl. auch zu § 212).

§ 69. I. *Rintelen, GoldschmidtsZ. **61** 147 (vgl. auch o. zu § 17 Ziff. I1). Hier handelt es sich lediglich um eine formelle Konkurswirkung, die das Konkursverfahren nicht überdauert, auch dann nicht — im Gegensatze zur herrschenden Lehre —, wenn im Konkurs eine Feststellung der auf den Schätzungswert gerichteten Forderung erfolgt ist (174 ff.); ebenso hindert unter Umständen teilweise Befriedigung des Gläubigers im Konkurse nicht den Rückgriff auf die ursprünglich geschuldete Leistung nach Aufhebung des Konkurses (180 ff.).

II. **RG.** JW. **07** 182. Zwischen dem Wandelungsanspruche des Käufers und der an seine Stelle infolge Konkurses des Verkäufers getretenen Geldforderung besteht Identität im Rechtssinne, die den Konkursverwalter zur Aufnahme des Verfahrens verpflichtet, und auch dadurch nicht beseitigt wird, daß der Käufer den Wert seiner Geldforderung nach dem Schaden bemißt, der ihm daraus erwächst, daß er den Wandelungsanspruch infolge Konkurses nicht durchführen kann.

Zweites Buch. Konkursverfahren.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

Literatur: Gottschalk, Neues aus dem Konkursrechte, DWirtschZ. **07** 247. — Haberstumpf, Die Auskunftspflicht des Konkursverwalters gegenüber den Konkursgläubigern, LeipzZ. **07** 213. — Saeger, Die Vergütung des Konkursverwalters, BraunschwZ. **07** 81. — Wertheimer, Zur Haftung der Gläubigerausschußmitglieder im Konkurse, BankA. 7 23.

§ 71. PosMSchr. **06** 175 (Posen). Für das Konkursverfahren über das Vermögen einer GmbH. mit Haupt- und Zweigniederlassung ist nur das Amtsgericht der Hauptniederlassung zuständig.

§ 72. Laux, BayRpflZ. **07** 344. § 99 ZPO. findet, wie im Gebiete der Beschwerde überhaupt, so auch im Konkursverfahren Anwendung, allein nur mit der Einschränkung auf die in der Sache beteiligten Parteien, also diejenigen, die durch einen Angriff gegen die Sachentscheidung eine Änderung herbeizuführen in der Lage waren.

§ 73. Beschwerde. **a)** R. **07** 641 Ziff. 1342 (Frankfurt). Eine Entscheidung „im Konkursverfahren" liegt nicht vor, wenn nach Aufhebung des Konkursverfahrens infolge Zwangsvergleichs der Antrag auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung aus der Tabelle zurückgewiesen wird. Es handelt sich vielmehr um einen Antrag aus § 724 Abs. 2 ZPO.; gegen seine Ablehnung steht die Berufung des Gerichts nach § 576 Abs. 1 ZPO. und gegen dessen Entscheidung die einfache Beschwerde offen. **b)** BraunschwZ. **07** 31 (Braunschweig). Legitimiert zur Beschwerde sind die in ihrer Rechtsstellung zum Konkursverfahren von der Entscheidung Betroffenen, die am Konkursverfahren beteiligten Personen behufs Abwehr der ihre rechtlich geschützten Interessen bedrohenden Verletzungen (z. B. Massegläubiger). **c)** OLG. **15** 243, BauersZ. **15** 40 (Colmar). Zur Beschwerde gegen die Konkurseröffnung der GmbH. ist jeder Geschäftsführer und Liquidator auch bei Kollektivvertretung befugt. **d)** OLG. **15** 244 (Dresden). Der Gemeinschuldner ist gegenüber Handlungen des Konkursverwalters nicht beschwerdeberechtigt. **e)** Beschwerderecht des Gläubigerausschusses vgl. § 84. **f)** Beschwerde vor Zustellung? vgl. § 85.

§ 78. RheinA. **104** I 161 (Cöln). Eine juristische Person (GmbH.) kann nicht zum Konkursverwalter bestellt werden.

§ 82. a) **RG.** LeipzZ. **07** 431. Bei der Vorschußberechnung gemäß § 106 Abs. 2 GenG. und ihrem Vollzug ist der Verwalter für eine gleichmäßige Heranziehung der Genossen allen Beteiligten verantwortlich. b) OLG. **15** 239 (Naumburg). Ersatzpflicht der Masse infolge der Vereitelung eines Pfandrechts durch den Verwalter bei Verkauf eines Warenlagers (vgl. § 48).

§ 83. I. Haberstumpf, LeipzZ. **07** 213. Dem Antrag eines Konkursgläubigers, den Verwalter im Laufe des Verfahrens zum Bericht aufzufordern, braucht das Konkursgericht nur insoweit entgegenzukommen, als auch ohne solchen Antrag zur Einforderung eines Berichts Anlaß vorliegt. Dem Konkursgläubiger gegenüber ist der Verwalter zu einer solchen Auskunftserteilung nicht verpflichtet.

II. LeipzZ. **07** 297 (KG.). Es enthält keine Pflichtwidrigkeit, wenn der Verwalter eine Auskunft darüber verweigert, wann eine angemeldete Forderung zur Auszahlung gelangen werde.

§ 84. OLG. **15** 246, DJZ. **07** 367 (Hamburg). Gegen den Beschluß, durch den der Antrag des Gläubigerausschusses auf Amtsenthebung abgelehnt wird, hat dieser, nicht der einzelne Konkursgläubiger Beschwerderecht.

§ 85. I. Saeger, BraunschwZ. **07** 81. a) Das Honorar des Konkursverwalters gehört zu den Massekosten. Reicht die Masse zur Bezahlung nicht aus, so bleibt der Anspruch wie jede andere unbefriedigte Masseforderung bestehen. Nur der Gemeinschuldner haftet dafür, nicht der Staat (aM. Eccius, GruchotsBeitr. **33** 744, **34** 152); eine Haftung des Staates für den Ausfall ist aus § 79 Ziff. 69 KO. und einer Eigenschaft des Verwalters als Beamten nicht zu begründen, weil dieser nicht ein staatliches Verwaltungsamt bekleidet und § 799 KO. begründete Ansprüche voraussetzt, nicht schafft. b) Der Vergütungsanspruch greift auch Platz, wenn der Verwalter zugleich Gläubiger ist. c) Wenn ein Tarif besteht, darf er trotzdem nicht ohne weiteres auf die Vergütung solcher Konkursverwalter angewendet werden, die neben anderer Berufstätigkeit zu diesem Amte bestellt werden; vielmehr ist in solchem Falle darauf Bedacht zu nehmen, welcher Berufstätigkeit der Verwalter durch seine Konkursgeschäfte entzogen und in welchem Umfange das geschehen ist. Ist ein Rechtsanwalt mit dem Amte beauftragt, so kann die Angemessenheit der Tarifgebühren und ihre Anwendung kaum beanstandet werden. Dem als Konkursverwalter bestellten Anwalte können für Reisen in seiner Eigenschaft als Verwalter nur Ersatz seiner Auslagen an Transportkosten, kein Diäten zugebilligt werden; ebensowenig können ihm für Erhebung und Ablieferung der zur Masse gehörigen Geldbeträge neben seinem Honorare noch Gebühren nach § 87 RAGebO. zugesprochen werden. — Für die als Vertreter der Masse geführten Prozesse stehen dem Rechtsanwalte noch besonders Gebühren zu.

II. 1. OLG. **15** 245, BraunschwZ. **07** 88, R. **04** 641 Ziff. 1343 (Braunschweig). Die Beschwerde gegen die Festsetzung des Honorars kann schon vor Zustellung des Beschlusses alsbald nach seiner Verkündung eingelegt werden (aM. SeuffA. **51** Ziff. 251 (Jena).

2. R. **08** Beil. **2** 68 Ziff. 395 (Cassel). a) Die Festsetzung der Vergütung und der Auslagen des Konkursverwalters muß ersehen lassen, wieviel als Vergütung und wieviel als Auslagen festgesetzt ist. b) Gegen die Festsetzung steht dem Mitgliede des Gläubigerausschusses als solchem ebensowenig wie dem Gläubigerausschusse selbst die Beschwerde zu, da es als solches von dem Beschlusse nicht betroffen wird.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1026. Durch die ausschließlich dem Konkursgericht obliegende Festsetzung wird eine anderweite Vereinbarung über die Höhe des Honorars mit dem Gemeinschuldner oder den Konkursgläubigern ausgeschlossen.

§ 86. PucheltsZ. **07** 358, LeipzZ. **07** 922 (Colmar). Der Konkursverwalter ist nicht Eigentümer der mit seiner Schlußrechnung dem Konkursgericht überreichten Belege; sie gehören zur Masse.

§ 88. 1. a) Wertheimer, BankA. 7 23, teilt die Entsch. des **RG. 63** 133 (= JDR. **5** § 88) über die Haftung der Gläubigerausschußmitglieder, insbes. wegen vernachlässigter Kassenrevision mit. b) Gottschalk, DWirtschZ. **07** 251, hält diese Entscheidung für praktisch undurchführbar, da sie dem Gläubigerausschuß eine ununterbrochene Überwachung des Verwalters zumutet, und schlägt vor, den Gläubigerausschuß von der Revisionspflicht zu befreien und die Revision dem Konkursgerichte zu übertragen.

2. Haberstumpf, LeipzZ. **07** 213. Dem Konkursgläubiger, der nicht Ausschußmitglied ist, kann der Konkursverwalter die Einsicht in seine Akten verweigern.

Zweiter Titel. Eröffnungsverfahren.

Literatur: Hck., Wem fallen die Kosten der gegen die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft von deren Vorstand namens der Gemeinschuldnerin erfolglos eingelegten, sofortigen Beschwerde zur Last? BlGenWes. **07** 201. — Jaeger, Veröffentlichung der schwarzen Liste, LeipzZ. **07** 494. — Kretzschmar, Die Eintragung des Konkursvermerks bei der Briefhypothek (Briefgrundschuld, Briefrentenschuld), LeipzZ. **07** 118.

§ 102. 1. **RG.** (Straff.) **39** 326. Grundsätzlich ist der Konkurs auch dann zulässig, wenn dem Schuldner nur ein einziger Gläubiger gegenübersteht. Insbesondere für den Gläubiger einer eingetragenen Genossenschaft begegnet die Zulassung einem besonderen Bedürfnisse, da er berechtigt ist, zu verlangen, daß der zahlungsunfähigen Genossenschaft durch die Geltendmachung der gesetzlichen Nachschußpflicht ihrer Genossen neue Befriedigungsmittel zugeführt werden und der Anspruch hierauf sich nur im Rahmen des Konkurses verwirklichen läßt (§ 105 GenG.).

2. Zum Begriffe der Zahlungseinstellung vgl. § 30.

§ 105. I. Laux, BayRpflZ. **07** 344. Dem Gerichte muß im Augenblicke der Konkurseröffnung ein unbedingter und unbefristeter Antrag vorliegen, über welchen, sofern er von einem Gläubiger ausgeht, nach vorausgegangener Anhörung der Schuldners zu entscheiden ist.

II. **RG.** LeipzZ. **07** 298. Es ist nicht Aufgabe des Konkursgerichts, bestrittene Forderungen, die nach Grund und Umfang zweifelhaft erscheinen und von deren Bestehen die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners abhängt, in erschöpfender Weise aufzuklären. Vielmehr liegt dem Gläubiger, der seine Forderung glaubhaft zu machen hat, ob, etwaige Erklärungen des Schuldners und vorgebrachte Gegenbeweismittel durch weiteres Beweismaterial zu entkräften und dem Konkursgerichte die Überzeugung von dem Bestehen der behaupteten Forderungen zu verschaffen.

§ 107. 1. Vorschuß des Gläubigers. Jaeger, LeipzZ. **07** 494. Der Vorschuß im Sinne des § 107 KO. stellt im Unterschiede von den Gebühren- und Auslagevorschüssen der §§ 82, 84 GKG. eine durchaus freiwillige Leistung dar, und zwar ein durch Vorauszahlung zu verwirklichendes Einstehen für fremde Verbindlichkeiten, nämlich für die durch den Vorschuß zu deckenden Masseansprüche (auch der Masseschulden, § 60 KO.). In entsprechender Anwendung des § 774 BGB. rückt deshalb der Vorschußleistende kraft Gesetzes in die Rangstelle des von ihm gedeckten Massegläubigers ein.

2. Jäger, LeipzZ. **07** 494, tritt in Übereinstimmung mit den Bestrebungen des Verbandes der Vereine Kreditreform und zahlreicher Handels- und Gewerbekammern für die oft begehrte Ergänzung des § 107 dahin ein, daß jede wegen

Masseunzulänglichkeit erfolgende Konkursablehnung auf Staatskosten bekannt zu machen sei.

§ 109. Hck., BlGenWes. **07** 201. Haben die Vorstandsmitglieder namens einer eingetragenen Genossenschaft gegen die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Genossenschaft Beschwerde eingelegt, so können die Kosten der erfolglosen Beschwerde nicht den Vorstandsmitgliedern persönlich auferlegt werden, da der Vorstand als solcher kein Subjekt von Rechten sein kann und die Vorstandsmitglieder nicht persönlich, wozu sie nach § 109 KO. nicht einmal legitimirt sind, sondern in ihrer Eigenschaft als gesetzliche Vertreter der Genossenschaft in deren Namen handeln (unter Besprechung einer insoweit zustimmenden Entscheidung des RG. vom 6. Februar 1907). Dahingestellt bleibt, ob die Kosten der erfolglosen Beschwerde nach § 58 Ziff. 1 KO. Massekosten oder gewöhnliche Konkursforderungen sind und ob sie, falls das letztere der Fall, des Vorrechts des § 61 Ziff. 2 KO. teilhaftig sind.

§ 110. Jaeger, DJZ. **07** 118, bespricht die im November 1906 an das preuß. Justizministerium gerichtete Eingabe des Vereins Berliner Kaufleute und Industrieller, in der die häufigere Verbindung des Wahlprüfungs- und Vergleichstermins gewünscht wird, und warnt davor, das freie Ermessen des Konkursgerichts, das durch § 110 Abs. 2 KO. gewährleistet ist, durch Anweisung an die Justizverwaltung zu beeinflussen.

§ 113. Kretzschmar, LeipzZ. **07** 118 (gegen OLG. Hamburg, RJA. **2** 264, Eccius, DJZ. **6** 379, Jaeger § 113 Anm. 5). Dem Ersuchen des Konkursgerichts um Eintragung des Konkursvermerks bei einer Briefhypothek hat das Grundbuchamt nur zu entsprechen, wenn der Hypothekenbrief vorgelegt wird (vgl. GBO. § 42).

§ 114. OLG. **15** 222, FrankfRundsch. **07** 91, R. **07** 1145 Ziff. 2800 (Frankfurt). Zur Freigabe eines zur Konkursmasse gehörigen Grundstücks bedarf es einer ausdrücklichen Entschließung des Konkursverwalters und ihrer Kundgebung an den Gemeinschuldner. Es genügt nicht, daß der Verwalter tatsächlich keine Ansprüche an das Grundstück erhebt, z. B. weil er der Ansicht ist, daß das Grundstück nicht zur Masse gehört.

§ 115. MecklZ. **25** 235 (Rostock). Sind unter Außerachtlassung des § 115 von dem Konkursgericht aus der Konkursmasse Gebühren an das Grundbuchamt (Stadtbuchbehörde) gezahlt worden, so ist das Grundbuchamt nicht befugt, die Zurückzahlung der zu Unrecht gezahlten Beträge von dem Nachweis abhängig zu machen, daß das Amtsgericht zur Vertretung der Konkursgläubiger befugt sei.

§ 116. 1. *Hellwig, Grenzen der Rückwirkung 41 f. Der § 116 schränkt die prinzipiell eintretende Rückwirkung der Vernichtung des Eröffnungsbeschlusses ein gemäß dem o. zu § 322 ZPO. Ziff. 2 bezeichneten Grundsatze (= § 32 FGG.).

2. Wirkung der Einstellung auf den Fortbestand der Masse (vgl. § 202).

Dritter Titel. Teilungsmasse.

§ 117. Voß, LeipzZ. **07** 270 ff. Hat der Konkursverwalter bei Widerspruch oder Widerstand des Gemeinschuldners mit Hilfe eines Gerichtsvollziehers Besitz ergriffen, so ist das Vollstreckungsgericht (§ 766 Abs. 1 ZPO.) zur Entscheidung berufen (vgl. zu § 6 Ziff. I 1).

§ 118. Literatur: Hck., Umfang der durch den offenen Arrest der Reichskonkursordnung begründeten Anzeigepflicht, BlGenossWes. **07** 46.

1. Hck., BlGenossWes. **07** 46. Die Genossenschaften sind zwar gesetzlich nicht verpflichtet, von dem Geschäftsguthaben eines in Konkurs geratenen Genossen dem Konkursverwalter Anzeige zu machen, und nicht berechtigt, nach Beendigung des

Konkursverfahrens, wenn die Einziehung des Guthabens versehentlich unterblieben ist, die Auszahlung an das Mitglied oder einen pfändenden Konkursgläubiger zu verweigern. Es muß aber als ihre moralische Pflicht bezeichnet werden, dem Konkursverwalter von dem Geschäftsguthaben des Gemeinschuldners Mitteilung zu machen, falls ihm dessen Bestehen sonst unbekannt bleibt.

2. Simonson, GruchotsBeitr. **50** 43. Für die Anwendung des § 118 KO. ist im Konkurse des Scheckausstellers weder Raum, wenn der Bezogene sich dahin gesichert hat, daß er das Guthaben des Ausstellers auf Scheckkonto (Girokonto) verrechnen kann, noch auch wenn er dem Aussteller einen durch Scheckziehung ausnutzbaren Kredit eröffnet hat (wegen der Vorschläge de lege ferenda s. § 8).

§ 125. a) BayRpflZ. **07** 283 (LG. München I). Die Eidespflicht des gesetzlichen Vertreters des Gemeinschuldners nach § 125 KO. endigt mit seiner Vertretungsmacht. **b)** OLG. **15** 248 (Colmar). Nach rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsvergleichs kann der nichtbevorrechtigte Konkursgläubiger zur Eidesleistung nicht mehr laden.

§ 126. Literatur: Jeppe, Die Eigentümerhypothek des Gemeinschuldners, LeipzZ. **07** 898.

Jeppe, LeipzZ. **07** 898. Betreibt der Konkursverwalter die Zwangsversteigerung eines Grundstücks, an welchem dem Gemeinschuldner eine in die Konkursmasse fallende Eigentümerhypothek zusteht, so wird die Eigentümerhypothek ihrem Range entsprechend vor den nachstehenden Gläubigern im geringsten Gebote berücksichtigt und vom Konkursverwalter bei der Verteilung liquidiert. Ob der Eigentümerhypothek in solchem Falle auch eine weitergehende (positive) Funktion zukommt und der Konkursverwalter, wenn er das Verfahren betreibt oder sich einem von anderer Seite betriebenen Verfahren anschließt, die Eigentümerhypothek in derselben Weise wie der Gläubigerhypothekar der Berechnung des geringsten Gebots zugrunde legen kann, daß nur die ihr vorgehenden Hypotheken in dasselbe eingestellt werden, wird von der herrschenden Meinung (Jaeger Anm. 9 zu § 126 KO.) mit der Begründung verneint, daß für die Eigentümerhypothek auch für den Konkursfall keine Besonderheit gelte. Die wenig befriedigenden (an Zahlenbeispielen dargestellten) praktischen Ergebnisse dieser Auffassung, die den betreibenden Konkursverwalter beim Vorhandensein einer Eigentümerhypothek sogar schlechter stellen, als wenn sie gelöscht wäre, lassen das Ziel erstrebenswert erscheinen, die Eigentümerhypothek im Konkurse nach Art der Gläubigerhypothek zu behandeln und ihr auch die positive Funktion bei Feststellung des geringsten Gebots zu gewähren.

§ 127. a) LeipzZ. **07** 295 (KG.). Der Pfändungspfandgläubiger, der nach der Konkurseröffnung und ohne Zustimmung des Konkursverwalters Pfandstücke aus dem verschlossenen Laden des Gemeinschuldners wegholen und versteigern läßt, begeht keine verbotene Selbsthilfe, wenn der Konkursverwalter sein Recht zur Selbstverwertung ihm gegenüber bis dahin nicht in Anspruch genommen hat. Er ist infolgedessen nicht schadensersatzpflichtig. **b)** LeipzZ. **07** 764 (LG. Leipzig). Ein Gläubiger, dem bei Eröffnung des Konkurses seines Schuldners ein Zurückbehaltungsrecht aus § 369 HGB. zustand, kann sich aus den zurückbehaltenen Gegenständen befriedigen, und zwar auch dann, wenn der nach § 371 Abs. 3 HGB. erforderliche vollstreckbare Titel zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht vorhanden war. **c)** Einziehung von Versicherungsgeldern für verbrannte Maschinen fällt nicht unter § 127: JDR. **5** § 127 Ziff. 2 = **RG. 64** 28.

§ 134. HessRspr. 8 20 (LG. Darmstadt). Ist ein Gläubigerausschuß bestellt, so ist er allein für die Genehmigung zuständig; der Verwalter ist nicht in der Lage, durch Anrufung der Gläubigerversammlung die Verantwortung eigener Entschließung von sich und dem Gläubigerausschuß abzuwenden.

Vierter Titel. Schuldenmasse.

§ 138. OLG. **15** 235 (Dresden). Bei Abwehr eines Absonderungsrechts ist eine Anmeldung nicht möglich.

§ 144. **RG.** LeipzZ. **07** 514, R. **07** 642 Ziff. 1344. Die Anmeldung der Kaufpreisforderung im Konkurse des Käufers und ihre Anerkennung durch den Konkursverwalter steht der Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts durch den Verkäufer nicht entgegen.

§ 145. Literatur: Lippmann, Die Gefahr einer mehrfachen Dividendenzahlung auf ein und dieselbe Konkursforderung, ThürBl. **53** 253.

I. Lippmann. Wie jeder Schuldner Gefahr laufen kann, u. U. dieselbe Forderung zweimal zahlen zu müssen, so wird auch für den Konkursfall durch die KO. die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß eine identische Forderung mehrfach oder einander widersprechende Ansprüche mehrerer Gläubiger zur Feststellung und damit zur Zahlung gelangen. Melden zwei Prätendenten dieselbe Forderung an, so müssen beide Ansprüche, selbst wenn der Konkursverwalter sie anerkennt, als gegenseitig von den Gläubigern bestritten angesehen werden. Der Konkursverwalter kann den Betrag nach § 372 BGB. unter Vorbehalt der Rücknahmebefugnis, soweit er durch die zu erwartende Dividende nicht gedeckt werden wird, hinterlegen und die Feststellung des Gläubigerrechts einem Rechtsstreite zwischen den Prätentenden überlassen. Dagegen schließt die judikatsmäßige Feststellung als solche zugunsten des einen Prätendenten den andern nicht aus, versagt ihm insbesondere nicht die Teilnahme am Konkurs oder beschränkt ihn auf die Möglichkeit, gegen den ihm zuvorkommenden Anmelder auf Abtretung des Judikatsanspruchs zu klagen (gegen **RG. 37** 1).

II. Rechtsprechung. a) LeipzZ. **07** 835, R. **07** 1146 Ziff. 2801. Die Aufrechnung gegen eine Konkursforderung ist nach deren Feststellung zur Tabelle nur mit den Beschränkungen des § 767 ZPO. zulässig, da die Eintragung in die Tabelle wie ein rechtskräftiges Urteil wirkt und § 767 ZPO. auf die Feststellung zur Tabelle gemäß § 72 KO. entsprechend anzuwenden ist (ebenso SächsRpflA. **06** 537 [Dresden]). b) KGBl. **07** 36 (LG. Berlin III). Die Eintragung des Zessionars in die Konkurstabelle ist nicht davon abhängig zu machen, daß die Rechtsnachfolge durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist. c) LeipZ. **07** 679, DJZ. **08** 485 (KG.). Der Massegläubiger wird an der nachträglichen Geltendmachung der Masseschuld nicht dadurch gehindert, daß seine Forderung vorher als Konkursforderung angemeldet und zur Tabelle festgestellt war (vgl. auch JDR. **5** § 145).

§ 146. I. Allgemeines. a) BraunschwZ. **07** 29 (Braunschweig). Die mittels Klage zu betreibende Feststellung setzt voraus, daß die Forderung als Konkursforderung angemeldet, in dem allgemeinen oder in einem besonderen Prüfungstermin erörtert und von dem Verwalter oder einem Konkursgläubiger bestritten ist. Dies hat der mit der Feststellungsklage befaßte Richter von Amts wegen zu prüfen. Doch genügt hierzu das aus der Tabelle allein ersichtliche Ergebnis der Prüfungsverhandlung so lange, bis behauptet oder ersichtlich wird, daß sie nicht vorschriftsmäßig eingeleitet oder verlaufen ist. b) HansGZ. **07** Beibl. 25 (Hamburg). Ist nach Konkurseröffnung im Urkundenprozesse Versäumnisurteil ergangen, so kann wegen der Ungültigkeit des Urteils der Anspruch auf den ursprünglichen Rechtsgrund gestützt werden. Die Fortsetzung des Urkundenprozesses mit dem Ziele auf Feststellung der Konkursforderung ist zulässig. c) OLG. **15** 248 (Dresden). Veränderte Fassung der Eidesfolge bei Aufnahme des Prozesses im Läuterungsverfahren.

II. Identität des angemeldeten und des festzustellenden Anspruchs. a) **RG. 64** 204. Die Forderung auf Zahlung des Kaufpreises beruht auf einem anderen rechtlichen Tatbestand als die Schadensersatzforderung

wegen Weigerung des Konkursverwalters, den Kaufvertrag zu erfüllen, und hat ein anderes Objekt als diese. Der Verkäufer, der seine Forderung als Kaufpreisforderung angemeldet hatte, kann daher die Feststellungsklage des § 146 KO. nicht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung stützen (vgl. **RG.** GruchotsBeitr. **33** 1164, **41** 1126, **42** 1015, JW. **97** 53). S. auch § 17. **b)** **RG. 65** 132, JW. **07** 182. Zwischen dem Wandelungsanspruch und der nach Konkurseröffnung gemäß § 69 KO. geltend gemachten Ersatzforderung besteht Identität im Rechtssinne. **c)** R. **07** 66 Ziff. 86 (Breslau). Abs. 3 trifft auch dann zu, wenn infolge der Weigerung des Konkursverwalters gemäß § 26 KO., § 268 Ziff. 3 ZPO. statt der ursprünglich eingeklagten Forderung das Interesse gefordert wird (vgl. aber unter a).

III. Änderung der Zuständigkeit. **a)** Jaeger, LeipzZ. **07** 210. Da nach § 1 KfmGG. die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichte nicht von einer persönlichen Eigenschaft oder von einer persönlichen Beziehung der Prozeßparteien, sondern davon abhängt, daß die Streitigkeit aus dem „Dienstverhältnisse zwischen Kaufleuten und ihren Handlungsgehilfen" herrührt, da ferner die inneren Gründe für die Zuständigkeit — Sachkunde, Beschleunigung, Verbilligung — für die Feststellung im Konkurse die gleichen sind wie sonst, ist das Kaufmannsgericht auch für den Feststellungsprozeß zuständig, gleichgültig, ob er gegenüber dem Verwalter oder einem konkurrierenden Gläubiger auszutragen, ob er durch Aufnahme oder durch Erhebung der Klage in die Wege zu leiten ist. Das gleiche gilt trotz der engeren Fassung des § 1 Abs. 1 GewGG. auch für Gewerbegerichte. **b)** Stern, LeipzZ. **07** 280, teilt eine Entscheidung des Kaufmannsgerichts Würzburg mit, die in dem vom klagenden Handlungsgehilfen gegen den Konkursverwalter des Prinzipals aufgenommenen Rechtsstreit über eine Gehaltsforderung die Einrede des Verwalters, daß das Kaufmannsgericht nicht zuständig sei, im Anschluß an Jäger, KO. § 146 Anm. 15 ff., 19 verwirft. **c)** LeipzZ. **07** 924, R. **07** 1214 Ziff. 3034 (Hamburg). Die Voraussetzung des § 1 KfmGG., daß der Rechtsstreit zwischen dem Kaufmann einerseits und dem Handlungsgehilfen andererseits geführt wird, ist nicht erfüllt, wenn die eine Partei der Konkursverwalter ist. Die Zuständigkeit des Kaufmannsgerichts ist deshalb in solchem Falle nicht begründet. AM. Jäger, LeipzZ. **07** 924, u. oben. — Dagegen auch Ritter, R. **07** 1306. Es kommt nicht auf die Eigenschaft der Prozeßparteien, sondern darauf an, ob die Streitigkeit aus einem Dienstverhältnisse herrührt, das zwischen Kaufleuten einerseits und ihren Handlungsgehilfen oder Handlungslehrlingen andererseits begründet ist. Die Zuständigkeit der Kaufmannsgerichts wird deshalb durch den Konkurs einer Partei nicht beseitigt. **d)** OLG. **15** 43 (Dresden). Für die Klage eines Ziegelmeisters auf Anerkennung des Vorrechts seiner (sonst anerkannten) Forderung aus dem mit dem Gemeinschuldner geschlossenen Arbeitsvertrag ist nicht das Gewerbegericht, sondern das ordentliche Gericht zuständig.

IV. Kosten. **a)** OLG. **15** 249 (KG.). Steht bei Konkurseröffnung nur noch die Kostenentscheidung aus, so muß der Gläubiger, falls sie im Konkurse bestritten wird, ihretwegen den Prozeß aufnehmen. **b)** HansGZ. **07** Beibl. 215 (Hamburg). Wenn der Konkursverwalter des Beklagten und Widerklägers die Forderung im Prüfungstermine bestreitet, dann zur Aufnahme des Prozesses geladen wird und nunmehr seinen Widerspruch zurücknimmt, so müssen die Kosten der Klage als Masseschuld auferlegt werden. Dagegen fallen die Kosten der vom Verwalter nicht aufgenommenen Widerklage der Konkursmasse nicht zur Last (vgl. zu § 91 ZPO.). **c)** OLG. **15** 250 (Dresden). Sofortiges Anerkenntnis im Prozesse steht der Verurteilung des Verwalters in die Kosten nicht entgegen, wenn er den Gläubiger durch sein Bestreiten zur Aufnahme des Prozesses veranlaßt hat. **d)** **RG.** LeipzZ. **07** 298. Das Bestreiten der Konkursforderung im Prüfungstermine gibt stets Veranlassung zur Klagerhebung.

Fünfter Titel. Verteilung.

Literatur: Voß, Über Fortbestand der Masse nach Aufhebung des Konkursverfahrens, BuschsZ. **36** 401.

§ 149. Sayl, LeipzZ. **07** 903, berechnet die im Konkurse des stillen Gesellschafters zu verteilende Quote für den Fall, daß dieser die versprochene Einlage nicht eingezahlt hat und überdies dem Geschäftsinhaber aus einem anderweiten Rechtsgrunde Geld schuldet. Einerseits richtet sich die Höhe der Einlageschuld danach, wie viel auf die anderweite Verbindlichkeit des Gemeinschuldners aus dessen Masse entfällt, indem hiervon die Höhe des von dem Geschäftsinhaber erlittenen und von dem stillen Gesellschafter mitzutragenden Verlustes abhängt; andererseits ist der Betrag, der auf die anderweite Schuld des stillen Gesellschafters aus dessen Konkursmasse bezahlt werden kann, davon abhängig, wieviel von dieser Masse auf seine Einlageschuld bezahlt werden muß.

§ 153. a) SächsRpflA. **07** 387 (Dresden). Das einem Dritten gehörige Vermögensstück kann nicht Gegenstand der Absonderung sein. Wenn daher dem Gläubiger fremde, dem Gemeinschuldner nicht gehörige Sachen zum Pfande gegeben oder zur Sicherung übereignet sind, kann der Gläubiger für den vollen Betrag seiner Forderung verhältnismäßige Befriedigung aus der Masse verlangen und sich daneben für den Ausfall an das Pfand halten. **b)** Berücksichtigung bei der Schlußverteilung vgl. § 168.

§ 162. SächsOLG. **28** 286 (Dresden). Nimmt der Verwalter in das Schlußverzeichnis eine Ausfallsforderung nicht oder nicht unbedingt auf, weil der nach § 153 Abs. 1 erforderliche Nachweis nicht geführt sei, so kann der Gläubiger hiergegen nach Maßgabe des § 162 eine Einwendung wegen Nichtberücksichtigung seiner Forderung mit der Behauptung erheben, daß er den erforderlichen Nachweis geführt habe. Zuständig zur Entscheidung ist das Konkursgericht.

§ 163. SchlHolstAnz. **07** 332 (Kiel). Der Grundsatz, daß der Konkursverwalter nach der Beendigung des Konkursverfahrens nicht mehr berechtigt ist, die für die Konkursmasse anhängigen Prozesse weiterzuführen, findet keine Anwendung, wenn ein Konkursverfahren über das Vermögen einer GmbH. stattgefunden hat; denn da nach § 60 GmbHG. die Gesellschaft mit der Eröffnung des Konkurses aufgelöst wird, würde es sonst an einer Person fehlen, welche an Stelle des Konkursverwalters in den Prozeß eintreten könnte, und würde der Rechtsstreit in Ermangelung einer Prozeßpartei sein Ende erreichen.

§ 164. I. 1. Rintelen, GoldschmidtsZ. **61** 147. Die Bestimmung des § 164, wonach die Feststellung bei unterlassenen Bestreiten des Gemeinschuldners auch gegen diesen wirkt, hat nur den Zweck, eine ohnehin im Konkurse notwendige Feststellung aus Gründen der Prozeßökonomie auch später verwerten zu lassen; sie schafft aber dieser Feststellung nicht materiell rechtsändernde Bedeutung.

2. Rintelen, GoldschmidtsZ. **61** 147. Selbst die Zuweisung einer bestimmten Quote auf den im Konkurse geltend gemachten Geldbetrag einer Forderung steht der nachträglichen Geltendmachung des Anspruchs auf Naturalleistung nicht entgegen, wenn der Gläubiger bereit ist, die erhaltenen Prozente zurückzuerstatten.

II. a) BadRpr. **07** 198, R. **07** 1210 Ziff. 3005 (Karlsruhe). Die ohne Widerspruch des Gemeinschuldners erfolgte Eintragung in die Tabelle gewährt, wenn sie auch nur für den Ausfall erfolgt ist, einen vollstreckbaren Titel, den der Absonderungsberechtigte auch während des Konkurses geltend machen kann. **b)** R. **07** 642 Ziff. 1345 (Frankfurt). Die vollstreckbare Ausfertigung aus der Tabelle kann bei Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich auch einem solchen Konkursgläubiger nicht versagt werden, der auf Befriedigung aus der Konkursmasse verzichtet hat.

§ 166. Wirkung der Aufhebung auf bei der Schlußver-

teilung nicht berücksichtigte Massegegenstände. Voß, BuschsZ. **36** 401 vgl. § 206.

§ 168. SächsRpflA. **07** 392 (Dresden). Auf die Schlußverteilung zielt § 168 Ziff. 3 KO. nicht ab. Für sie kommt nicht § 153 Abs. 2, sondern § 153 Abs. 1 in Betracht: wer innerhalb der Ausschlußfrist den Nachweis des Ausfalls dem Verwalter nicht geführt hat, wird bei der Schlußverteilung nicht berücksichtigt. Das gilt sogar für den Fall, wo bei einer vorausgegangenen Abschlagsverteilung der Ausfall schon glaubhaft gemacht, deshalb die Ausfallforderung berücksichtigt und die darauf entfallende Dividende gemäß § 168 Ziff. 3 zurückbehalten war. Denn § 156 bestimmt ausdrücklich, daß ein solcher Anteil für die Schlußverteilung frei werden soll, wenn bei dieser der Nachweis des Ausfalls nicht erbracht ist (bestätigt vom RG. das. 394 Anm.).

Sechster Titel. Zwangsvergleich.

Literatur: Freund, Der Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses im Rechte des Auslandes, GoldschmidtsZ. **60** 67 ff., 305 ff. — Gottschalk, Neues aus dem Konkursrechte, DWirtschZ. **07** 247. — Hellwig, Das gerichtliche Zwangsvergleichsverfahren außerhalb des Konkurses, DJZ. **07** 799. — Jaeger, Die Denkschrift über das gerichtliche Zwangsvergleichsverfahren außerhalb des Konkurses, LeipzZ. **07** 132. — Ders., Zwangsvergleich zur Abwendung des Konkurses, LeipzZ. **07** 584. — Pollak, Der Vergleich zur Konkursabwendung in Österreich, LeipzZ. **07** 107. — Voß, Hat der ehemalige Gemeinschuldner ein Rückforderungsrecht wegen einer Zahlung, die aus der Masse unter Überschreitung der Zwangsvergleichsdividende bewirkt worden ist? LeipzZ. **07** 552.

I. Zwangsvergleich außerhalb des Konkurses. 1. Jaeger, LeipzZ. **07** 132, bespricht die Denkschrift des RJA. über das gerichtliche Zwangsvergleichsverfahren außerhalb des Konkurses und LeipzZ. **07** 584 die am 23. April 1907 im Reichstag erfolgte Ablehnung des Antrags Osanes, Heinze, Bassermann, die Regierungen um Vorlage eines solchen Gesetzentwurfs zu ersuchen.

2. Freund, GoldschmidtsZ. **60** 67 ff., 305 ff., schildert in Ergänzung der Denkschrift des RJA. die wichtigsten Grundsätze der Vergleichsgesetze des Auslandes nach Entstehung, Entwickelung und Erfolg.

3. Hellwig, DJZ. **04** 799, verwirft auf Grund der in der Denkschrift des RJA. veröffentlichten Ermittelungen des gerichtlichen Zwangsvergleichsverfahrens außerhalb des Konkurses für Deutschland.

4. Pollak, LeipzZ. **07** 107, bespricht den österreichischen Entwurf eines Gesetzes über die Einberufung der Gläubiger und hält ihn bei aller Anerkennung nicht für geeignet, Privatausgleiche überflüssig zu machen.

5. Gottschalk, DWirtschZ. **07** 247, tritt unter Besprechung der Denkschrift des RJA. für den Zwangsvergleich außerhalb des Konkurses ein.

II. Einfluß auf die Konkurswirkungen. a) Rintelen, GoldschmidtsZ. **61** 147 ff. Soweit es sich um materielle Konkurswirkungen handelt, die das Rechtsverhältnis als solches dauernd ergreifen (vgl. §§ 17 ff.), trifft das Zwangsvergleichsverfahren das Rechtsverhältnis bereits als definitiv umgestaltetes an und ist das Rechtsverhältnis in dieser seiner neuen Form dem Zwangsvergleiche zugrunde zu legen. Dagegen steht es bei den formellen Konkurswirkungen (vgl. § 69), die nur eine Beschränkung des Teilnahmeanspruchs darstellen, mit der Natur des Zwangsvergleichs nicht im Widerspruche, daß solche Rechte bei demselben in ihrer ursprünglichen Form berücksichtigt werden. Maßgebend ist für die Frage, ob in diesen Fällen die Gläubiger im Zwangsvergleich in natura oder in Geld befriedigt werden, die in dieser Beziehung dem Zwangsvergleiche zugrunde liegende Tendenz.

§ 179. **RG. 64** 82. Im Vergleichstermine kann die Übernahme der Akkordbürgschaft mündlich zu Protokoll erklärt werden, da der Satz, daß die prozes-

sualische Form den Mangel der nach bürgerlichem Rechte erforderlichen Form heilt (**RG. 48** 183, vgl. auch JDR. **5** FGG. vor § 167 Ziff. II 3), gemäß § 72 KO. auch für den Zwangsvergleich mit den als integrierende Bestandteile desselben zu betrachtenden Rechtsgeschäften gilt.

§ 181. a) **RG.** LeipzZ. **07** 283. Ein Zwangsvergleich, nach dem die Konkursgläubiger „festgestellter" Forderungen einen Prozentsatz unter Bürgschaft erhalten sollen, ist dahin auszulegen, daß er seine Rechte allen Konkursgläubigern gewähren will, deren Forderungen entweder schon festgestellt sind oder später festgestellt werden. **b)** LeipzZ. **07** 151 (Dresden). Der außergerichtliche Akkord ist im Gegensatze zum gerichtlichen Zwangsvergleiche kein einheitlicher Vertrag, sondern eine Summe von meist gleichartigen Einzelverträgen, die der Schuldner mit jedem einzelnen seiner Gläubiger abschließt. Die in ihnen enthaltene Vereinbarung, daß kein Gläubiger vor dem anderen bevorzugt werden solle, ist im Zweifel dahin auszulegen, daß der einzelne Gläubiger zum Rücktritte vom Akkord berechtigt ist, wenn ein anderer Gläubiger bevorzugt wird. **c)** Bevorzugung. **RG.** BayRpflZ. **07** 236, PuchelstZ. **07** 580. Für das Merkmal der Bevorzugung ist entscheidend, ob der Einzelgläubiger für seine Konkursforderung eine Deckung oder Befriedigung erlangt, die den übrigen Gläubigern nicht zuteil wird, während nichts darauf ankommt, ob der Einzelgläubiger für das Mehr an Deckung oder Befriedigung dem, der es ihm gewährt oder zusagt, auch seiner Leistungen verspricht. Das gilt insbesondere, wenn die Gegenleistung nur in einer Kreditzusage besteht (s. auch LeipzZ. **07** 344).

§ 192. 1. OLG. **15** 251, PucheltsZ. **07** 33 (Colmar). Die Beschränkung der Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners endet nicht schon mit der Rechtskraft des Zwangsvergleichs, sondern erst mit der Aufhebung des Konkursverfahrens.

2. Wirkung der Aufhebung vgl. § 202.

§ 193. I. *Voß, LeipzZ. **07** 552. Der Entscheidung des OLG. Colmar (OLG. **8** 89, DJZ. **04** 952), nach welcher dem ehemaligen Gemeinschuldner ein Rückforderungsrecht nicht zusteht, wenn eine Zahlung an einen Konkursgläubiger aus der Masse unter Überschreitung der Zwangsvergleichsdividende geleistet ist, ist nicht beizutreten. Der Konkursverwalter zahlt nicht als Vertreter des Gemeinschuldners, sondern als amtlich bestellter Vertrauensmann der verteilungsberechtigten Gläubiger. Bei unrichtiger Verteilung stehen den etwa verkürzten Gläubigern Bereicherungsansprüche gegen Zuvielempfänger zu. Der Gemeinschuldner hat sich aber immer um das zufolge richtiger Verteilung Empfangene anzurechnen. — Ein Zwangsvergleich kann nicht geschlossen werden, ohne die vorhergegangenen Leistungen aus der Masse zu bestätigen oder zu verwerfen. Der Zuvielempfänger hat demnach sowohl dasjenige zurückzuerstatten, was seinem eigenen Anteil am Zuvielempfang, als auch dasjenige, was den Bereicherungsansprüchen seiner Mitgläubiger entspricht.

II. a) Regreß- und Schadensforderung des Bürgen: JDR. **5** § 193 a = GruchotsBeitr. **50** 1117. **b)** Wirkung auf Absonderungsrechte vgl. § 64.

Siebenter Titel. Einstellung des Verfahrens.

Literatur: Voß, BuschsZ. **36** 401 f. bei Titel 5.

§ 204. BraunschwZ. **07** 31 (Braunschweig). Die Fortsetzung eines nach § 204 KO. eingestellten Konkursverfahrens ist angesichts der rechtskräftigen Einstellung rechtlich unstatthaft.

§ 206. *Voß, BuschsZ. **36** 401. Wird das Konkursverfahren eingestellt, nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleich aufgehoben oder erlangt eine den Eröffnungsbeschluß aufhebende Entscheidung die Rechtskraft, so erhält der Gemeinschuldner das Recht zurück, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen frei

zu verfügen. Unwirksame Veräußerungen (§ 7 KO.), insbesondere Schuldzahlungen an den Gemeinschuldner, können als solche nicht mehr von einzelnen Gläubigern im Zuge der Sondervollstreckung angegriffen werden. — Hingegen treten die Wirkungen des Konkursbeschlags hinsichtlich solcher Massegegenstände, die bei der Schlußverteilung nicht berücksichtigt worden sind, durch die Aufhebung des Verfahrens nicht von Rechts wegen außer Kraft. Der Konkursbeschlag wird vielmehr nur für den Rechtsverkehr einstweilen unwirksam. Er wird jedoch wieder wirksam (unbeschadet des dem guten Glauben zukommenden Schutzes) sobald die Nachtragsverteilung angeordnet ist. Der Kenntnis von der Anordnung der Nachlaßverteilung steht die Kenntnis von der erfolgten Stellung des Antrags auf Nachtragsverteilung gleich.

Achter Titel. Besondere Bestimmungen.

Literatur: Emminghaus, Die Ansprüche der Ehefrau an der Lebensversicherungssumme des Ehemanns im Todesfall und im Nachlaßkonkurse. Gibt es ein Eintrittsrecht der Frau in letzterem Falle? LeipzZ. **07** 29. — Kurlbaum, Nachlaßkonkurs bei Unbekanntsein des Erben, LeipzZ. **07** 638.

§ 209. OLG. **15** 228 (Hamburg). Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung der Kommanditgesellschaft ist zu scheiden von Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung des persönlich haftenden Gesellschafters.

§ 212. ElsLothJZ. **07** 25 (Colmar). § 212 KO. findet nur Anwendung, wenn ein Konkursverfahren über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters mit einem solchen über das Gesellschaftsvermögen zusammentrifft. Nur in diesem Falle beschränkt sich die Haftung der Privatkonkursmasse für Gesellschaftsschulden auf den Ausfallsbetrag. Wenn aber nur über das Gesellschaftsvermögen oder nur über das Privatvermögen eines Gesellschafters das Konkursverfahren eröffnet ist, kommt diese Bestimmung nicht zur Anwendung. Dasselbe ist auch der Fall, wenn nur über das eine Vermögen das Konkursverfahren, über das andere nach Übereinkunft der Gläubiger aber ein „Liquidationsverfahren nach konkursrechtlichen Formen" eingeleitet wird, da das letztere Verfahren dem eigentlichen Konkursverfahren nicht gleichsteht. Für diesen Fall ist § 68 KO. maßgebend, wonach jeder Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen kann, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte.

§ 213. *Wiedemann, Ideale Vereine 659. Diese Vorschrift findet nur auf die nichtrechtsfähigen Vereine, nicht aber auf diejenigen Gesellschaften Anwendung, welche nicht die Spezialgesellschaftsform solcher Vereine (§ 54 HGB.) angenommen haben. Über die gewöhnliche Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (§§ 705 bis 740 BGB.) ist der Konkurs nicht zulässig. AM. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht (1899) 72.

§ 214. Kurlbaum, LeipzZ. **07** 638. Durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wird die Einleitung einer Nachlaßpflegschaft für die unbekannten Erben weder unzulässig noch überflüssig. Der Nachlaßpfleger hat trotz Konkurseröffnung als Vertreter des Erben in gewissem Umfange noch dessen Interessen wahrzunehmen, soweit sie z. B. sich auf das nicht zur Konkursmasse gehörige unpfändbare Nachlaßvermögen beziehen. Er muß, wenn er schon vor der Konkurseröffnung bestellt war, nach § 105 KO. vor der Eröffnung gehört werden, und hat nach § 100 über den Nachlaß Auskunft zu erteilen, kann auch bei der Prüfung der angemeldeten Forderungen als Vertreter des Erben Funktionen ausüben. — Andererseits ist die Pflegerbestellung aber auch keine Voraussetzung der Eröffnung des Nachlaßkonkurses, wie § 216 KO. ergibt.

§ 217. BreslauAK. **07** 8 (LG. Breslau). Das uneheliche Kind, demgegenüber der Erbe des Vaters bei überschuldetem Nachlasse von dem Abfindungsrecht aus § 1712 Abs. 2 BGB. Gebrauch gemacht hat, ist zu dem Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht befugt.

§ 221. a) **RG.** GruchotsBeitr. **52** 147, SeuffBl. **07** 934, SchlHolstAnz. **07** 273, JW. **07** 207, R. **07** Ziff. 927. Im Nachlaßkonkurse kann auf Grund einer nach dem Eintritte des Erbfalls gegen den Nachlaß erfolgten Zwangsvollstreckungsmaßregel ein Absonderungsrecht nicht in Anspruch genommen werden. Ein Absonderungsrecht ist deshalb nicht gegeben, wenn die außergerichtliche Vorpfändung gemäß § 845 ZPO. zwar vor, der Pfändungsbeschluß aber erst nach dem Erbfalle zugestellt ist. b) BreslauAK. **06** 57 (Breslau). Die Rechte Dritter aus Zwangsvollstreckung bleiben bestehen, wenn das Verfahren wegen Masseunzulänglichkeit aufgehoben ist.

§ 225. Emminghaus, LeipzZ. **07** 29. Die im Lebensversicherungsvertrag oder aus ihm nicht besonders begünstigte, sondern lediglich als Erbin ihres Mannes, des Versicherungsnehmers, am Nachlasse beteiligte Ehefrau ist als solche Gemeinschuldnerin im Nachlaßkonkurse, haftet somit auch mit der Versicherungssumme, soweit sie ihr lediglich als Erbteil zufiel. Hat sie einen Nachlaßgläubiger befriedigt, so steht ihr das Eintrittsrecht des § 225 Abs. 2 KO. ebenso wie der unwiderruflich begünstigten Ehefrau zu; es hat indes für erstere u. U. geringere Bedeutung, da es ihr den Vorteil aus ihrer Erbbeteiligung an der zum Nachlasse gehörigen Versicherungssumme schmälern oder entziehen kann. S. o. zu §§ 330 ff. BGB. Ziff. 1.

§ 237. HansGZ. **07** Beibl. 136 (Hamburg). Trotz Eröffnung des Konkurses im Auslande kann eine dort angemeldete Forderung vor dem deutschen Gerichte gegen den Schuldner eingeklagt werden. Denn die Anmeldung im Konkurs ist der Klagerhebung in betreff der Rechtshängigkeit nicht gleichgestellt, und die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in inländisches Vermögen ist keine Voraussetzung für die Zuständigkeit des inländischen Gerichts.

Drittes Buch. Strafbestimmungen.

Literatur: Hecke, Entsprechen Dauerkontenbücher den Anforderungen des HGB. und der KO? LeipzZ. **07** 645. — Wernert, Mißbräuche bei Emissionen, HirthsAnn. **40** 401. — Zweigert, Bankrott, Untreue, DJZ. **07** 1112 (zu Bd. 8 d. Vgl. Darst. des deutschen und ausl. Strafrechts).

§ 239. 1. Zum Begriffe der Zahlungseinstellung vgl. § 30.

2. **RG.** (Straff.) **39** 136. Mehr als der auf Herbeiführung des Erfolges einer Begünstigung gerichtete bestimmte Wille des Täters ist in dem Begriffe der Benachteiligungsabsicht nicht hineinzulegen; insbesondere ist Absicht nicht gleichbedeutend mit „Endzweck" oder „Beweggrund". Andererseits genügt nicht zur Anwendung des § 239 KO. die Absicht, nur einen der vorhandenen mehreren Gläubiger in der Art zu benachteiligen, daß die übrigen keinen Nachteil erleiden; vielmehr muß der Wille auf Schmälerung der zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger dienenden Masse gerichtet sein.

§ 240. I. Allgemeines. a) Täter. **RG.** (Straff.) **39** 217. Auch ein früherer Geschäftsführer einer GmbH., der zur Zeit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung nicht mehr Geschäftsführer ist, kann wegen Bankrotts bestraft werden (§ 83 GmbHG.). b) Kausalzusammenhang. **RG.** (Straff.) **39** 165. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen den Bankrotthandlungen (Ziff. 3 und 4) und der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung wird vom Gesetze nicht verlangt; nur muß ein tatsächlicher Zusammenhang insofern vorhanden sein,

als die Bankrotthandlungen sich auf dasjenige kaufmännnische Geschäft zu beziehen haben, über welches das Konkursverfahren eröffnet oder aus dem die Zahlungseinstellung erfolgt ist.

II. Aufwand. a) **RG.** JW. **06** 495. Übermäßiger geschäftlicher Aufwand in einzelnen bestimmten Ausgaben wie Ladenmiete, Kosten der Reklame, rechtfertigen eine Bestrafung aus Ziff. 1 nicht, wenn der Schuldner von seinem Standpunkt aus die einzelnen Aufwendungen für nützlich und notwendig halten konnte und gehalten hat. **b) RG.** R. **07** 72. Es genügt, daß die Übermäßigkeit der durch Aufwand verbrauchten Summe dem Angeklagten zum Verschulden zuzurechnen ist, ein vorsätzliches Handeln ist nicht unbedingt erforderlich.

III. Buchführung. Bilanzziehung. 1. Hecke, LeipzZ. **07** 645. Sog. „Dauerkontenbücher", d. h. nicht fest gebundene, sondern aus einzelnen Blättern bestehende, nach Art der Briefordner durch einen Metallmechanismus zusammengehaltene Bücher sind lediglich in zusammenhängender Reihenfolge geordnet aufbewahrte Buchungsblätter und entsprechen, wenn sie als Kontokorrent Verwendung finden sollen, nicht dem HGB. und der KO.

2. a) **RG.** (Straff.) **39** 165. Die Bilanzziehung ist zwar ein Bestandteil der Buchführung. Daraus folgt aber nicht, daß die Unterlassung der Bilanzziehung nur dann strafbar wäre, wenn die Buchführung zur Zeit der Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung keine Übersicht über den Vermögenszustand gewährt. Die Strafbarkeit aus Ziff. 4, wo im Gegensatze zu Ziff. 3 die Unterlassung der Bilanzziehung bedingungslos für ein selbständiges Tatbestandsmerkmal erklärt wird, tritt vielmehr auch ein, wenn die Buchführung in späteren Jahren ordnungsmäßig erfolgt ist und durch eine Bilanzziehung für jedes folgende Geschäftsjahr ihren vorschriftsmäßigen Abschluß gefunden hat. **b) RG.** (Straff.) **39** 165, **40** 105. Das Vorhandensein der Tatbestandsmerkmale der Ziff. 3 und 4 muß für den Zeitpunkt der Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung nachgewiesen werden. **c) RG.** (Straff.) **39** 222, BauersZ. **14** 186. Eine strafbare, unordentliche Buchführung liegt nicht nur dann vor, wenn die Buchführung formell und technisch mangelhaft ist, sondern auch dann, wenn in den Einträgen in die Handelsbücher Vermögensstücke wissentlich falsch oder willkürlich bewertet worden sind. **d) RG.** (Straff.) **39** 217. Unterlassung der Führung von Handelsbüchern liegt nur vor, wenn jede Buchführung fehlt. **e) RG.** (Straff.) **39** 217. Die Feststellung einer unordentlichen Führung von Handelsbüchern wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß nach Ablauf eines längeren Zeitraums Bücher angelegt sind, welche die zu buchenden Geschäftsvorfälle enthalten. **f) RG.** R. **07** 1084 Ziff. 2658. Der Inhalt eines Geheimbuchs, das nach Absicht des Kaufmanns mit den Geschäftsbüchern keinen Zusammenhang haben, sondern eine private Aufzeichnung sein soll, kann bei der Prüfung, ob die Geschäftsbücher eine Vermögensübersicht gewähren, unberücksichtigt bleiben. **g) RG.** (Straff.) **40** 242. Die Mitglieder des Vorstandes einer eingetragenen Genossenschaft sind verpflichtet, über das Vermögen der Genossenschaft eine Eröffnungsbilanz aufzustellen. **h) RG.** DJZ. **07** 1148. Fahrlässigkeit liegt vor, wenn ein Kaufmann sich über seine handelsrechtlichen Verpflichtungen vor Beginn des Handelsgeschäfts zu unterrichten verabsäumt und deshalb mangels Gesetzeskenntnis nicht erfährt, daß er eine Eröffnungsbilanz zu ziehen hat. **i) RG.** R. **07** 588 Ziff. 1270, DJZ. **07** 968. Die Verjährung des Vergehens beginnt nicht schon mit der Unterlassung der Buchführung oder Bilanzziehung, sondern erst mit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung.

§ 241. 1. Gläubiger. a) **RG.** (Straff.) **40** 105. Unter Gläubiger im Sinne des § 241 ist jeder Gläubiger zu verstehen, dessen Befriedigung oder Sicherung eine inkongruente sein kann. Darunter fallen nicht nur Konkursgläubiger, sondern auch Massegläubiger und solche Gläubiger, von denen im Sinne des § 17 KO.

noch nicht feststeht, ob sie Masse- oder Konkursgläubiger werden oder ob ihre Forderungen von dem Konkursverfahren überhaupt unberührt bleiben. Doch wird, soweit Massegläubiger in Frage kommen, auch bei inkongruenter Deckung eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners regelmäßig nicht festzustellen sein. **b) RG.** (Strafſ.) **40** 171. Ein Ehemann kann sich der Gläubigerbegünstigung schuldig machen, wenn er seiner Ehefrau unter vertragsmäßiger Aufhebung der bestehenden Errungenschaftsgemeinschaft in Anrechnung auf deren Ersatzansprüche Gesamtgut (Forderungen) überweist.

2. Inkongruente Deckung. **RG.** (Strafſ.) **40** 105. Die Frage nach der Kongruenz oder Inkongruenz der gewährten Deckung ist vor der Konkurseröffnung, da der Inhalt des Gläubigerrechts durch die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung des Schuldners allein noch keine Änderung erfährt, lediglich nach bürgerlichem Rechte, nach der Konkurseröffnung aber nach den Grundsätzen des Konkursrechts unter Berücksichtigung der nach Gegenstand, Umfang oder Art der Geltendmachung etwa eingetretenen Änderungen der Forderung zu entscheiden.

3. Anstiftung. Dolus. **RG.** SeuffBl. **07** 657. Der Wille des Gläubigers, der seinen Schuldner zur Begehung des Vergehens gegen § 241 KO. anstiftet, muß dahin gehen, den Schuldner zu bestimmen, ihn absichtlich vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bei der Begünstigungshandlung also nicht nur mit der Möglichkeit eintretender Begünstigung des Anstifters und Benachteiligung der übrigen Gläubiger zu rechnen, sondern solche direkt zu wollen oder doch als notwendige Folge der Begünstigungshandlung vorauszusehen. Der Wille des Anstifters muß aber entgegen sonstigen Fällen der Anstiftung, mit Rücksicht darauf, daß es sich gerade um die eigene Begünstigung des Anstifters selbst handelt, auch weiter darauf gehen, durch die Handlung des Schuldners vor den übrigen Gläubigern begünstigt zu werden. Es genügt deshalb auch bei ihm nicht ein bloßes Rechnen mit der Möglichkeit eintretender Begünstigung.

§ 244. Pflicht des Vorstandes einer eingetragenen Genossenschaft zur Aufstellung einer Eröffnungsbilanz s. § 240 unter III 2 g.

Anfechtungsgesetz.

Vorbemerkung: Ein vollständiges Bild des gegenwärtigen Standes des Anfechtungsrechts in Rechtsprechung und Rechtslehre bietet Falkmanns die Anfechtung außerhalb des Konkurses behandelnder Sonderdruck aus der 2. Auflage seiner Zwangsvollstreckung. Schneider erörtert den Anfechtungsanspruch unter dem neuen Gesichtspunkt der beschränkten Haftung. Besonders eingehend ist im Berichtsjahre die Anfechtung der Eheverträge erörtert; hier ist die grundlegende Abhandlung von Wieruszowski hervorzuheben. Die Arbeiten Baligands, Wieruszowskis und Ullmanns sind, obwohl schon an anderer Stelle berücksichtigt, des wichtigen Zusammenhanges wegen in folgendem noch einmal wiedergegeben.

Literatur: Falkmann, Die Anfechtung von Rechtshandlungen durch die Gläubiger außerhalb des Konkurses. Berlin 1908. — Ortlieb, Das Anfechtungsgesetz und § 826 BGB., ABürgR. **30** 32. — Reineke, In welchem Verhältnisse stehen die beiden Klagefundamente „Scheingeschäft" und „anfechtbares Rechtsgeschäft" zueinander? DJZ. **08** 478. — Stiebeling, Das Recht der Anfechtung nach dem RGes. vom 21. Juli 1879. Berlin 1907. — Ullmann, Ehevertrag und Gläubigeranfechtung, LeipzZ. **07** 201. — Wieruszowski, Die Anfechtung der Eheverträge (Allgemeiner Teil), RheinA. **103** 323—389.

§ 1. Literatur: v. Baligand, Anfechtung von Eheverträgen wegen prozessualer Benachteiligung der Gläubiger, LeipzZ. **07** 335. — Hagen, Einwand des Anfechtungsbeklagten, daß die von ihm gekauften Gegenstände für den Verkäufer „unentbehrlich" seien und deshalb die Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage unbegründet sei, DJZ. **07** 876. — Voß, Über den Begriff „Unwirksamkeit" im § 29 KO. und § 1 AnfG., JheringsJ. **51** 413, vgl. bei § 29 KO.

I. Anfechtung und Scheingeschäft. Reineke, DJZ. **08** 478. Bei Geltendmachung eines Scheingeschäfts kommt die gleichzeitig geltend gemachte Anfechtung erst eventuell in Betracht. Beim Scheingeschäft ist der Gläubiger nicht schon beim Besitz eines vollstreckbaren Schuldtitels, sondern erst nach Zession oder Überweisung des Anspruchs des Schuldners auf Rückleistung aktiv legitimiert (so Eccius, GruchotsBeitr. **34** 151; aM. **RG.** das. **48** 705, **49** 349, Jäger, KO. § 29 Anm. 48, Falkmann 5 mit Zitaten). Der Klagantrag muß auf Verurteilung des Beklagten gerichtet sein, „sich die Zwangsvollstreckung in die erworbenen Gegenstände als dem Schuldner gehörig gefallen zu lassen".

II. Anfechtung und Schadensersatz. *Ortlieb, ABürgR. **30** 32 ff., tritt für die Verbindung einer Schadensersatzklage aus § 826 BGB. mit der Anfechtungsklage, im Anschluß an eine Entscheidung des **RG.** (JW. **04** 50, DJZ. **04** 1040) ein. Er will den Schadensersatzanspruch in allen Fällen des § 3 Ziff. 1 AnfG. zulassen, sofern der Anfechtungsgegner bei der anfechtbaren Rechtshandlung des Schuldners irgendwie tätig mitgewirkt habe (36). Der ursprüngliche Anspruch gegen den Schuldner und der Schadensersatzanspruch gegen den Anfechtungsgegner bilden ein „unechtes Gesamtschuldverhältnis" (40). Erfüllung des Schadensersatzanspruchs zieht notwendig Untergang des Anfechtungsanspruchs nach, aber nicht auch umgekehrt (41).

III. Voraussetzungen der Anfechtung. 1. Rechtshandlung. a) Wieruszowski, RheinA. **103** 339. Der Ehevertrag ist als Rechtsgeschäft des Personengüterrechts Rechtshandlung im Sinne der Anfechtungsgesetze. Im Gegensatze zu den gewöhnlichen Verkehrsgeschäften unter Ehegatten treten seine Wirkungen unmittelbar mit dem Vertragsschluß ein, so daß es einer besonderen Feststellung, ob die Veräußerung von Vermögensstücken durch Übergabe, Auflassung usw. verwirklicht ist, nicht bedarf. Von dem den Güterstand aufhebenden Ehevertrage sind die Rechtshandlungen der Befriedigung und Auseinandersetzung nach der Güterstandsaufhebung zu scheiden. b) **RG.** LeipzZ. **07** 665. Bei einer Erbteilung ist nicht die Auseinandersetzung als die naturgemäße Beendigung der Erbengemeinschaft, sondern nur die vom Gesetz abweichende und darum möglicherweise auf Benachteiligung der Gläubiger abzielende Art der Teilung anfechtbar. S. auch den Selbstbericht zu § 1432 BGB. Ziff. 3 A.

2. Benachteiligung. A. Unpfändbare Sachen. a) Hagen, DJZ. **07** 876. Eine Benachteiligung liegt nicht vor, wenn der Schuldner Sachen veräußert, die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses für die Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit unentbehrlich und deshalb unpfändbar sind. Dies trifft aber nur zu, wenn der Schuldner die Sachen zur weiteren Benutzung behält. Behändigt er sie dagegen dem Erwerber beim Verkaufe, so entfällt in diesem Momente für die Sachen der Schutz des § 811 Ziff. 5 ZPO., weil die Sachen zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit nicht mehr unentbehrlich sind; sie bilden dann beschlagsfähiges Vermögen, durch dessen Veräußerung die Gläubiger benachteiligt werden können (vgl. dazu aber Falkmann 9 Anm. 26). b) R. **07** 1271 Ziff. 3193 (Frankfurt). Eine Veräußerung unpfändbarer Sachen enthält keine Benachteiligung der Gläubiger. Ebenso Falkmann 9 mit dem Zusatze, daß die Unentbehrlichkeit zur Zeit der Veräußerung maßgebend ist. c) BadRpr. **07** 75 (LG. Mosbach). Ein Anfechtungsanspruch besteht nur insoweit, als Vermögen, das der Zwangsvollstreckung

unterliegt, dem Zugriffe der Gläubiger entzogen wurde. Die Pfändbarkeit ist nach dem Zeitpunkte zu beurteilen, in dem die Sachen aus dem Vermögen des Schuldners weggegeben sind.

B. Unterlassener Erwerb. Vereitelung künftiger Befriedigungsmöglichkeit. a) **RG. 64** 339, SeuffBl. **07** 478. Bei der Prüfung, ob eine Veräußerung den anfechtenden Gläubiger benachteiligt, darf nur auf den unmittelbaren Gegenstand des angefochtenen Geschäfts gesehen werden, und muß die Möglichkeit für den Gläubiger, sich aus den künftigen Erträgnissen des Gegenstandes zu befriedigen, außer Betracht bleiben. Die Vereitelung dieser Möglichkeit ist keine Benachteiligung im Sinne des Anfechtungsgesetzes. **b**) R. **07** 316 Ziff. 641 (Stuttgart). Benachteiligung der Gläubiger liegt nur vor, wenn das gegenwärtige Vermögen dem Zugriffe der Gläubiger entzogen wird. Hierzu gehören künftige Mietzinsforderungen nicht. **c**) R. **07** 902 Ziff. 2177 (Colmar). Durch den Abschluß eines Dienstvertrags, in dem der Schuldner sich verpflichtet, gegen eine hinter dem Werte seiner Leistungen zurückbleibende Vergütung zu arbeiten, wird den Gläubigern kein Vermögensgegenstand des Schuldners entzogen, sondern für ihn nur die Möglichkeit einer Vermehrung seines Vermögens geschmälert. **d**) BraunschwZ. **07** 104 (Braunschweig). Die Abtretung einer nur als möglich vorausgesetzten künftigen Forderung (wie z. B. eines bedingten Vermächtnisses nach gemeinem Rechte) stellt sich zwar formell als Veräußerung dar, steht aber materiell, d. h. in bezug auf die Frage der Vermögensminderung, der Ablehnung eines Erwerbes gleich, enthält somit keine Benachteiligung der Gläubiger.

C. Benachteiligung durch Eheverträge. **a**) Wieruszowski, RheinA. **103** 323—389. Das Problem des Gläubigerschutzes gegen den Ehegatten des Schuldners tritt einerseits in der Bekämpfung der durch die tatsächliche Vermögensverschiebung bedingten Gefahren (praesumtio Muciana), andererseits in der Bekämpfung benachteiligender Rechtshandlungen in Erscheinung. Das Güterrecht des BGB. läßt, wie sich aus dem Rechte der Frau auf Güterstandsaufhebung, das ihr bei Vermögensverfall des Mannes gegeben ist (§§ 1418, 1391, 1468, 1469, 1542, 1549), und aus dem Grundsatze der Ehevertragsfreiheit ergibt, gegenüber den Vermögensinteressen des Ehegatten des Schuldners die Befriedigungsinteressen der Gläubiger zurücktreten. Da kein Gläubiger das Recht auf Verbesserung der Befriedigungslage durch den Schuldner hat, kann er durch einen bei Eingehung der Ehe geschlossenen Ehevertrag, der Gütertrennung einführt, nicht benachteiligt werden, obwohl dadurch den Gläubigern des Mannes die Nutzungen des Frauenguts entgehen. Bei Änderungen des bestehenden Güterstandes ist zu unterscheiden: α. Die durch den Ehevertrag bewirkte Verschiebung der Vermögenszuständigkeit (Vergemeinschaftung bisherigen Alleineigentums, Überweisung von Nutzungen) kann eine Benachteiligung der Gläubiger nach sich ziehen, β. Dagegen nicht die Veränderung der Haftungsverhältnisse derart, daß unter der Einwirkung eines bestimmten Güterstandes der eine Ehegatte für die Schulden des anderen einzustehen hatte und diese Mithaft nun durch Aufhebung des Güterstandes wegfällt. Denn durch den Ehevertrag wird nicht eine Schmälerung des Schuldnervermögens, sondern nur die Wirkung hervorgerufen, daß der Gläubiger einen anderen Schuldner verliert, der ihm bisher für dieselbe Schuld gesamtschuldnerisch haftete. γ. Keine Benachteiligung liegt ferner darin, daß nach der durch Ehevertrag bewirkten Beendigung der Verwaltung und Nutznießung oder der Gütergemeinschaft die Möglichkeit „gerichtlicher Geltendmachung" (§ 1394) oder die Fälligkeit gewisser Ansprüche der Frau (§§ 1377 Abs. 3, 1467, 1541) und dadurch eine Konkurrenz der Frau mit den übrigen Gläubigern des Mannes herbeigeführt wird. Es muß die Sicherung oder Befriedigung dieser Ansprüche der Frau hinzukommen, um die Vollstreckungslage zuungunsten der übrigen Gläubiger zu be-

einflussen (so auch Ullmann unten Ziff. c; aM. Henle unten Ziff. b). δ. Ebensowenig liegt eine Benachteiligung darin, daß durch eine Güterstandswandelung anderen Gläubigern des Ehegatten, die kraft des bisherigen Güterrechtsverhältnisses nur aus einem Sondergut ihres Schuldners Befriedigung suchen konnten, der Zugriff in anderes Vermögen des Schuldners und dadurch die Konkurrenz mit solchen Gläubigern desselben Ehegatten eröffnet wird, denen der ungehinderte Zugriff in das gesamte Vermögen ihres Schuldners offensteht. Dagegen ist eine Benachteiligung gegeben, wenn infolge Änderung des Güterstandes den bisherigen Gläubigern des einen Ehegatten die Konkurrenz mit Gläubigern des anderen Ehegatten erwächst und diese letzteren freiwillig oder durch Vollstreckung aus dem ihrem Zugriffe bislang nicht unterworfenen Vermögen Befriedigung erlangen. ε. Die prozessuale Benachteiligung, die als Folge eines Ehevertrags darin liegen kann, daß der Gläubiger, der gegen den ihm verpflichteten Ehegatten bereits ein vollstreckbares Urteil erwirkt hatte, zufolge der Änderung des Güterstandes sich für die Zwangsvollstreckung noch einen vollstreckbaren Titel gegen den anderen Ehegatten beschaffen muß (§§ 739, 740, 743 ZPO.), berechtigt zur Anfechtung wegen der subsidiären Natur des Rechtsbehelfs dann nicht, wenn der zur Durchführung des Vollstreckungsanspruchs erforderliche Titel im Wege der §§ 727, 730—732 ZPO. erlangbar ist. Dagegen kann ein Anfechtungsinteresse gegeben sein, wenn der Gläubiger den neuen Titel im gewöhnlichen Prozeßweg erstreiten muß. Hier kann er insofern ungünstiger als bei der Anfechtung gestellt sein, als der beklagte Ehegatte, der dem Anfechtungsanspruche nur in den Schranken des § 767 Abs. 2 ZPO. begegnen könnte, jetzt nicht nur seine Pflicht, zur Duldung der Zwangsvollstreckung, sondern auch die Leistungsverbindlichkeit des Schuldners bestreiten kann. Die Rechtsbehelfe der §§ 1459 und 1480 BGB. schließen deshalb die Möglichkeit einer Anfechtung nicht aus (vgl. aber unten Ziff. d und f; s. auch den Selbstbericht zu § 1432 BGB. Ziff. 3 A).

b) Henle, JW. **06** 700. α. Durch die Umwandlung des gesetzlichen Güterstandes in Gütertrennung tritt für den Gläubiger des Mannes insofern eine Benachteiligung ein, als nunmehr die aktuelle Konkurrenz der Frau als Mitgläubigerin bezüglich ihrer nach §§ 1377 Abs. 3, 1344 BGB. fällig werdenden Ersatzansprüche herbeigeführt wird. Die Gläubiger des Mannes können deshalb anfechten, ohne daß die wirkliche Leistung an die Frau hinzuzukommen braucht. Ferner verlieren die Gläubiger des Mannes den Zugriff auf die Ehegutsnutzungen. Auch dies benachteiligt diejenigen Gläubiger, denen der Mann auf Grund seiner ehelichen (nicht nur persönlichen) Wirtschaftsbasis haftet, z. B. bei Eheschulden, Verbindlichkeiten aus der gesetzlichen Unterhaltspflicht. — Die Gläubiger der Frau werden dagegen durch die Umwandlung nicht benachteiligt. β. Bei Umwandlung allgemeiner Gütergemeinschaft in Gütertrennung können die Gläubiger des Mannes dadurch benachteiligt werden, daß a) Ansprüche der Frau, die ihr in Ansehung ihres Sonderguts gegen das Gesamtgut zustehen, gemäß §§ 1525 Abs. 2, 1394, 1377 Abs. 3 BGB. fällig werden und sonach mit den Gesamtgutsgläubigern aktuell konkurrieren, b) die Nutzungen des Sonderguts ihrem Zugriff entzogen werden. — Gesamtsgutsgläubiger aus bei der Frau entstandenen Verbindlichkeiten können dadurch benachteiligt werden, daß c) eine dem Manne gegen das Gesamtgut zustehende Forderung nach § 1467 Abs. 2 BGB. fällig wird und mit ihm konkurriert, d) die Haftung der seit Beendigung der Gütergemeinschaft anfallenden Nutzungen des Sonderguts des Mannes wegfällt. γ. Wird Gütertrennung in gesetzlichen Güterstand verwandelt, so erhalten die Gläubiger des Mannes nur Vorteile, dagegen können die Gläubiger der Frau durch die eintretende Konkurrenz der Gläubiger des Mannes bei Inanspruchnahme der Ehegutsnutzungen benachteiligt werden. — Wird aus Gütertrennung allgemeine Gütergemeinschaft, so ist eine Benachteiligung der Gläubiger jedes Ehegatten inso=

fern möglich, als ihm eigene Befriedigung durch die Konkurrenz der Gläubiger des anderen Gatten verhindert oder die Befriedigung dieser letzteren ermöglicht wird; auch hier ist schon der Ehevertrag, nicht erst die Verbringung von Vermögen des Schuldners an die Gläubiger des anderen Ehegatten anfechtbar.

c) Ullmann, LeipzZ. 07 201. α. Wird der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung aufgehoben und Gütertrennung vereinbart, so tritt ein Wechsel im Eigentume des eingebrachten Gutes nicht ein. Das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes wird aber beseitigt, alle der Frau gegen den Mann zustehenden Ersatzansprüche können geltend gemacht werden, das Recht des Mannes zum Besitze des eingebrachten Gutes hört auf, und die Herausgabepflicht des Mannes in Ansehung des Frauenguts wird begründet. Weder durch die Begründung noch durch die Erfüllung der Herausgabepflicht wird eine Benachteiligung der Gläubiger des Mannes und namentlich nicht der Frau bewirkt, der Gläubiger des Mannes nicht, weil sein dem Zugriffe seiner Gläubiger unterliegendes Vermögen nicht verringert wird und weil sie ein Recht, Befriedigung aus unterlassenem Erwerbe künftiger Nutzungen zu fordern, nicht haben (so auch Jäger, AnfG. 186, v. Baligand, Ehevertrag 131 ff.). Auch hinsichtlich der durch den Ehevertrag ermöglichten Geltendmachung von Ersatzansprüchen ist nur die wirkliche Erfüllung anfechtbar, nicht auch der Ehevertrag, der die Klagbarkeit und Fälligkeit dieser Ansprüche aus § 1377 Abs. 2 BGB. herbeiführt. Daß durch den Ehevertrag die aktuelle Konkurrenz der Frau als Mitgläubigerin herbeigeführt wird und der Mann die aufschiebenden Einreden aus §§ 1394, 1377 Abs. 3 BGB. aufgibt, enthält keine Benachteiligung der Gläubiger des Mannes, da bei bloßer Schaffung einer Konkurrenz von wirklicher Weggabe eines Gegenstandes eine tatsächliche oder vermutliche Fruchtlosigkeit der Zwangsvollstreckung nicht vorliegen kann und durch den Verzicht auf die Einreden weder das Aktiv- noch das Passivvermögen des Mannes seinem Umfange nach in Mitleidenschaft gezogen wird (gegen Henle, s. oben b). β. Wird durch Ehevertrag an die Stelle des gesetzlichen Güterstandes Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft vereinbart, so werden die bisherigen Gläubiger der Frau nicht schon mit dem Abschlusse des Ehevertrags, sondern erst dann benachteiligt, wenn das bisherige Frauengut von Gläubigern des Mannes in Beschlag genommen wird. Anfechtungsgegner ist deshalb nicht der andere Ehegatte, sondern seine begünstigten Gläubiger, weil ihnen ein Vermögenswert aus dem Vermögen der Frau zugewendet wird. Dagegen werden zukünftige Gläubiger der Frau unmittelbar durch den Abschluß des Ehevertrags benachteiligt, weil sie in das frühere Frauengut, welches Teil des Gesamtguts geworden ist, nicht mehr vollstrecken können (über die Möglichkeit, daß sich benachteiligende Handlungen auch gegen zukünftige Gläubiger richten (s. Jäger, AnfG. § 3 Anm. 15; s. auch § 1432 BGB. Ziff. 3 B).

d) *v. Baligand, LeipzZ. 07 335 ff. Bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft fehlt den bisherigen Gläubigern der Frau, bei Auflösung derselben denen des Mannes das Anfechtungsinteresse wegen der durch §§ 740 bzw. 743 ZPO., 1480 BGB. bewirkten prozessualen Benachteiligung, ausgenommen bei einredeweiser Geltendmachung der Anfechtung (s. OLG. 13 186 [Colmar]); doch ist auch ersterenfalls die Klage nicht abzuweisen, sondern derselben nur mit anderer rechtlicher Begründung stattzugeben, da die „Rückgewähr" nach § 7 AnfG. nichts anderes ist als „Duldung der Zwangsvollstreckung", auf die zu klagen der Gläubiger berechtigt ist (so auch **RG.** GruchotsBeitr. **48** 958 gegen Wieruszowski, RheinA. **103** 362 ff.; s. auch § 1432 BGB. Ziff. 1 und 3 C).

e) Änderung des gesetzlichen Güterstandes in Gütertrennung: Bendix, LeipzZ. **07** 726 und 816, vgl. § 3 Ziff. 4 I zu b.

f) Rechtsprechung. α. LeipzZ. **07** 238 (LG. Cöln). Vereinbaren Ehegatten an Stelle der Fahrnisgemeinschaft die Gütertrennung und erfolgt hierauf

eine Auseinandersetzung, so ist diese nicht auf Grund des § 3 Ziff. 1 AnfG. anfechtbar, da hierdurch die Gläubiger des Ehemanns mit Rücksicht auf §§ 1549, 1480 BGB. nicht benachteiligt sind. β. FrankfRundsch. **41** 174 (LG. Limburg). Durch Auflösung der Gütergemeinschaft werden die Gläubiger einer Gesamtgutsverbindlichkeit nicht benachteiligt, da nach § 1480 BGB. auch der Ehegatte persönlich als Gesamtschuldner für den zur Zeit der Teilung eine solche Haftung nicht besteht. Der Zugriff, den die Anfechtung ermöglichen soll, steht dem Gläubiger mithin ohne weiteres zu. S. auch § 1480 BGB. Ziff. 5.

D. Einzelfälle. **a)** **RG.** BadRpr. **07** 93, R. **07** 902 Ziff. 2178. Wenn der Grundstückseigentümer mit einem Hypothekengläubiger vereinbart, daß die Hypothek beim Verkaufe des Grundstücks aus dem Kaufpreise bezahlt und dann gelöscht werden soll, so werden hierdurch, wenn auch im strengen Sinne der Hypothekengläubiger nur Befriedigung „aus dem Grundstücke", d. h. im Wege der Zwangsvollstreckung verlangen kann, die persönlichen Gläubiger des Eigentümers regelmäßig nicht benachteiligt. **b)** PosMSchr. **07** 73 (Marienwerder). Eine Benachteiligung liegt schon vor, wenn ein Grundstück verkauft und der, wenn auch vollwertige Kaufpreis nicht mehr im Vermögen des Schuldners vorhanden war, als der anfechtende Gläubiger seine Befriedigung suchte. Die Benachteiligung nach Ziff. 2 ist dagegen eine unmittelbare und liegt dementsprechend dann nicht vor, wenn der Kaufpreis den Wert des Grundstücks erreicht, mag er auch zur Zeit, als der Gläubiger seine Befriedigung suchte, im Vermögen des Schuldners nicht mehr vorhanden sein. Eine solche Benachteiligung liegt aber vor, wenn ein Teil des Kaufpreises ein Leibgedinge für den Verkäufer bildet, weil dies, selbst wenn es für den Verkäufer dem Werte des Kaufpreisteils entspricht, für den Gläubiger entweder gar nicht oder nur unter erschwerenden Umständen pfändbar ist. **c)** **RG. 64** 339, SeuffBl. **07** 478, JW. **07** 770. Durch die Veräußerung eines über seinen Wert belasteten Grundstücks sind die Gläubiger des Veräußerers nicht benachteiligt. **d)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 1107. Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Hausgrundstück enthält eine Benachteiligung der persönlichen Gläubiger des Eigentümers nur dann, wenn die Einkünfte des Grundstücks aus den Mieten für den Zugriff des Gläubigers auch dann ausreichen, nachdem aus ihnen vorher die auf dem Grundstücke ruhenden öffentlichen und privatrechtlichen Lasten gedeckt worden sind. Da den Hypothekengläubigern das Vorrecht vor den persönlichen Gläubigern des Grundeigentümers zusteht, soweit es sich um Befriedigung der Hypothekenzinsforderungen aus den Einkünften des Grundstücks handelt, so zielt die Nießbrauchsbestellung nur darauf ab, die gesetzlich vorgeschriebene Reihenfolge der Befriedigung einzuhalten, und es macht sachlich keinen Unterschied, ob die Einziehung und Verteilung der Einkünfte durch einen gerichtlichen bestellten Zwangsverwalter oder im Wege einer ordnungsmäßigen Verwaltung durch den Nießbraucher nach § 1047 BGB. erfolgt. **e)** R. **08** 69 Ziff. 398 (Stuttgart). Ist die Veräußerung eines Grundstücks angefochten, so hat der Erwerber zu beweisen, daß durch die Versteigerung des Grundstücks ein zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreichender Erlös erzielt worden wäre. **f)** R. **07** 580 Ziff. 1208 (KG.). Auch die Benutzung des Erlöses von Nachlaßsachen zur Bestreitung von Beerdigungskosten des Erblassers kann eine Benachteiligung der Gläubiger des Erben enthalten. **g)** **RG.** LeipzZ. **07** 839, R. **07** 1413 Ziff. 3581. Der Antrag eines Erben auf Anordnung der Nachlaßverwaltung kann von den Gläubigern des Erben nicht wegen Benachteiligung angefochten werden.

IV. Wirkung der Anfechtung. 1. Über den Begriff „Unwirksamkeit": Voß, JheringsJ. **51** 413 f. bei § 29 KO.

2. **RG.** SeuffBl. **07** 383. Die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung ist nur eine relative zugunsten des anfechtenden Gläubigers. Nur er darf sich auf die Ungültigkeit des Geschäfts berufen, nicht auch der Anfechtungsgegner oder

ein Dritter (vgl. **RG. 47** 219 und Jäger, Gläubigeranfechtung Anm. 26 zu § 1, auch unten zu § 7).

§ 2. a) **RG.** LeipzZ. **07** 515, R. **07** 579 Ziff. 1205. Verfolgen mehrere Gläubiger ihre Anfechtungsansprüche in demselben Prozesse, so ist bezüglich jedes Gläubigers gesondert zu prüfen, ob ihm gegenüber die allgemeinen Voraussetzungen für die Anfechtung vorliegen (ebenso Falkmann 52). b) SchlHolstAnz. **07** 90 (Kiel). Einstweilige Verfügungen, durch die die Unterhaltspflicht des einen Ehegatten gegenüber dem anderen für die Dauer des Ehescheidungsprozesses geregelt wird, sind vollstreckbare Titel im Sinne des § 2 AnfG. c) **RG.** LeipzZ. **07** 602, R. **07** 775 Ziff. 1725. Zur Anfechtung einer von gütergemeinschaftlichen Eheleuten erfolgten Hypothekenbestellung genügt ein Schuldtitel gegen den Mann, da nach der Beseitigung der Rechtshandlung des Ehemanns im Verhältnisse zum Gläubiger nur eine von der Ehefrau allein bestellte und deshalb nach §§ 1443 ff. BGB. unwirksame Hypothek übrig bleibt. d) RheinA. **104** 116 (Düsseldorf). Daß die Forderung, wegen deren angefochten wird, erst nach Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung entstanden ist, kann zwar bei der Feststellung, ob eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners vorgelegen hat, u. U. erheblich sein, ist aber auf dem Gebiete der Schenkungsanfechtung (§ 3 Ziff. 4), wo solche Absicht nicht erfordert wird, belanglos. e) **RG.** R. **07** 1146 Ziff. 2803. Gegenüber einer gegen den Schuldner bewirkten fruchtlosen Pfändung hat der Anfechtungsgegner den Beweis zu führen, daß noch andere realisierbare Exekutionsobjekte vorhanden seien (so auch Falkmann 18, Jaeger, AnfG. § 2 Anm. 23). Auf „nach und nach eingehende" Außenstände des Schuldners braucht sich der Gläubiger aber nicht verweisen zu lassen.

§ 3. Literatur: Bendix, Ist die durch Ehevertrag erfolgte Abänderung des gesetzlichen Güterrechts der Verwaltung und Nutznießung in den Güterstand der Gütertrennung, soweit infolge derselben für die Zukunft die Nutzungen des eingebrachten Gutes der Frau dem Zugriffe der Gläubiger des Mannes nicht mehr unterliegen, der Anfechtung aus § 3 Ziff. 4 AnfG. vom 20. Mai 1898 entzogen? LeipzZ. **07** 726 u. 816. — Zelter, Anfechtung der Erfüllungsgeschäfte, LeipzZ. **07** 783.

Ziff. 1. a) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 890. Ein Vertrag verstößt lediglich deshalb, weil er den Tatbestand des § 3 Ziff. 1 AnfG. erfüllt, noch nicht gegen die guten Sitten. Die besonderen Bestimmungen des AnfG., die nur die Anfechtbarkeit zugunsten der beteiligten Gläubiger festsetzen, schließen die Annahme aus, daß der Gesetzgeber eine Zuwiderhandlung gegen das AnfG. als einen Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 BGB. angesehen wissen wolle. b) R. **07** 579 Ziff. 1207 (Stettin). Die Anfechtungsklage aus § 3 Ziff. 1 erfordert nicht die Behauptung einer bestimmten Rechtshandlung mit genauer Zeitangabe. Es genügt das Vorbringen, daß der Schuldner Eigentümer der angeblich verschobenen Sachen vor Entstehung des vollstreckbaren Titels gewesen sei, nunmehr aber das Eigentum beim Versuche der Vollstreckung, deren Bevorstehen Beklagter kannte, von diesem im Einverständnisse mit dem Schuldner in Anspruch genommen wird, während der Beklagte und der Schuldner ihrerseits nur behaupten, der Beklagte habe das Eigentum lange vor der kritischen Zeit von dritter Seite erworben. c) **RG. 64** 339, SeuffBl. **07** 478. Bei der Veräußerung eines über den Wert belasteten Grundstücks ist die Absicht des Schuldners, die Pfändung der Mietzinsen durch Kurrentgläubiger zu vereiteln, der Absicht der Gläubigerbenachteiligung nicht gleichzustellen. d) **RG.** R. **07** 259 Ziff. 519. Wenn nach der besonderen Sachlage selbst das Bewußtsein, daß die angefochtene Rechtshandlung gegenwärtige Gläubiger benachteiligen kann, nicht den Schluß auf die Absicht solcher Benachteiligung rechtfertigt, so kann dieser Schluß noch weniger in bezug auf künftige Warengläubiger gerechtfertigt sein. Denn diese Gläubiger können sich vor Nachteil schützen, indem sie nicht auf Kredit verkaufen. e) **RG.** DJZ. **07** 1085, R. **07** 985 Ziff. 2387. Beim reinen Erfüllungsgeschäft ist der an

sich zulässige Schluß von dem Bewußtsein auf die Benachteiligungs absicht nur mit Vorsicht zu ziehen. f) Über Anfechtung der Erfüllungsgeschäfte Zelter, LeipzZ. 07 783, s. KO. § 31 Ziff. I 1.

Ziff. 2. I. a) Wieruszowski, RheinA. 10 3371. Die Absichtsanfechtung von Eheverträgen greift nur unter den Voraussetzungen der Anfechtung der Erfüllungsgeschäfte durch, wenn ein den Güterstand aufhebender Ehevertrag unter Umständen abgeschlossen wird, die den einen Teil zur Aufhebungsklage berechtigt haben würden. Sie greift überhaupt nicht durch, soweit die Benachteiligungsabsicht nur darin besteht, den Vollstreckungszugriff der Gläubiger des Mannes auf solche Gegenstände des späteren Erwerbes der aufhebungsberechtigten Frau abzuwehren, die bei Fortdauer des Güterstandes den Gläubigern mitgehaftet haben würden. Denn dieses Recht der Abwehr ist der aufhebungsberechtigten Frau durch die das AnfG. und KO. insoweit einschränkenden §§ 1468 Ziff. 5, 1469, 1542 BGB. besonders gewährleistet. b) Zelter, LeipzZ. 07 783. Aus § 3 Ziff. 2 ist das erzwingbare Erfüllungsgeschäft nicht anfechtbar (s. KO. § 31 Ziff. I 1). c) Über die Anfechtung der für das eingebrachte Gut der Ehefrau bestellten Hypothek s. *Huth, ZBlFG. 8 135 ff.

II. Rechtsprechung. a) KGBl. 07 6 (KG.). Durch das Nichtvorhandensein von Gläubigern zur Zeit der Vornahme einer angefochtenen Rechtshandlung wird eine Benachteiligungsabsicht nicht ausgeschlossen. Es genügt vielmehr die Absicht des Schuldners, bestimmte oder unbestimmte, gegenwärtige oder zukünftige Gläubiger in ihrem Befriedigungsrechte zu verkürzen. b) **RG.** R. 07 1079 Ziff. 2625. Verträge, die nach der Scheidung mit dem früheren Ehegatten oder seinen Verwandten abgeschlossen sind, fallen nicht unter Ziff. 2 (so auch Falkmann 31). c) **RG.** GruchotsBeitr. 51 1111, LeipzZ. 07 516, DJZ. 07 825, R. 07 Ziff. 1538. Die Benachteiligungsabsicht des die angefochtene Rechtshandlung beurkundenden Notars kann dem Anfechtungsgegner nicht zugerechnet werden. d) **RG.** LeipzZ. 07 665, R. 07 580 Ziff. 1209. Die Vermutung des Abs. 2 greift an sich auch bei reinen Erfüllungsgeschäften Platz; doch wird die Vermutung bei solchen Geschäften durch die Sachlage regelmäßig für widerlegt zu erachten sein. Ebenso Falkmann 22. e) **RG.** JW. 06 391. Wenn schon bei Erfüllungsgeschäften eine Umkehrung der Beweislast nicht stattfindet, so wird doch der Richter in der Regel hier zunächst die Überzeugung gewinnen, daß dem Schuldner, der nur gewährt, was der andere Teil zu fordern hat, die Benachteiligungsabsicht gefehlt, und daß, wenn sei dennoch bestanden hat, der Anfechtungsgegner sie nicht gekannt hat, das Gegenteil deshalb regelmäßig wohl aus besonderen Umständen nachzuweisen ist. f) R. 07 259 Ziff. 521 (Frankfurt). Beim Deckungsgeschäfte genügt für die fraudulose Absicht nicht das Bewußtsein der Benachteiligung, sondern ist das Vorliegen besonderer Umstände erforderlich, aus denen hervorgeht, daß der Schuldner von der Absicht geleitet war, seine Gläubiger zu benachteiligen. g) R. 07 67 Ziff. 83 (Cöln). Durch rechtzeitige Erhebung einer auf § 3 Ziff. 2 gestützten Anfechtungsklage wird die einjährige Anfechtungsfrist auch für eine später in einem anderen Prozeß einredeweise geltend gemachte Anfechtung gewahrt, soweit die Anfechtung mittels Klage und diejenige mittels Einrede hinsichtlich ihres Gegenstandes und hinsichtlich der Forderung des Gläubigers sich decken.

Ziff. 4. I. a) Wieruszowski, RheinA. 103 379. Güterstandsaufhebungen, die unter den Voraussetzungen der Klage auf Güterstandsaufhebung vereinbart werden, sind wegen des vollwertigen Entgelts der Befreiung von der Verpflichtung stets entgeltliche Verfügungen. Auch die eine Gütergemeinschaftsform einführenden oder aufhebenden Eheverträge sind für beide Ehegatten gewagte Geschäfte, mithin keine unentgeltlichen Verträge. Nur die Wiedereinführung der Verwaltung und Nutznießung stellt sich, soweit sie dem

Manne überhaupt Vorteile zuwendet, als unentgeltliche Verfügung der Frau an den Mann, die Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung als unentgeltliche Zuwendung des Mannes an die Frau dar. b) Bendix, LeipzZ. **07** 726 und 816. Die durch Ehevertrag erfolgende Abänderung des gesetzlichen Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung in den Güterstand der Gütertrennung ist, soweit infolge derselben für die Zukunft die Nutzungen des eingebrachten Gutes der Frau dem Zugriffe der Gläubiger des Mannes nicht mehr unterliegen, der Anfechtung aus Ziff. 4 entzogen, weil vor und nach der Abänderung des gesetzlichen Güterrechts die Nutzungen des eingebrachten Gutes der Frau dem Zugriffe der Gläubiger des Mannes überhaupt nicht, oder doch nur unter der ganz in den Willen der Eheleute gestellten Bedingung der Fortdauer des gesetzlichen Güterstandes unterliegen.

II. Rechtsprechung. a) **RG.** JW. **07** 542, DJZ. **07** 1085, R. **07** 985 Ziff. 2387. Ist eingebrachtes Gut der Ehefrau zum Ankauf eines Grundstücks verwendet, so entspricht es bei einem Weiterverkaufe der Sachlage, daß der Frau ein entsprechender Teil des Kaufpreises überwiesen wird; denn der Mann ist gesetzlich verpflichtet, den auf die Frau entfallenden Teil des Kaufpreises für diese auf ihren Namen anzulegen. Die Erfüllung dieser Pflicht ist als eine der ordnungsmäßigen Verwaltung des Frauenguts dienenden Maßregel der Anfechtung aus Ziff. 4 entzogen. b) RheinA. **104** 116 (Düsseldorf). Ist durch Ehevertrag die Gütergemeinschaft aufgehoben und darauf der Anteil des einen Ehegatten an gemeinschaftlichen Vermögensstücken dem anderen Ehegatten geschenkt, so gelten für die Anfechtung aus § 3 Ziff. 4 Ehevertrag und Schenkung einheitlich als unentgeltliche Verfügung.

§ 4. a) R. **07** 67 Ziff. 83 (Cöln). § 4 findet auch Anwendung, wenn der Gläubiger nach Abgabe der Erklärung über die bevorstehende Anfechtung noch während der Frist des § 3 Ziff. 2, § 4 in den Besitz eines vollstreckbaren Titels über seine Forderung gelangt. b) **RG.** DJZ. **08** 538. Die Anfechtungsankündigung wird unwirksam, wenn nicht binnen zwei Jahren der vollstreckbare Titel erlangt ist; es genügt nicht, wenn nur die Anfechtungsklage binnen dieser Frist erhoben und erst nach Ablauf der Frist durch Beibringung des vollstreckbaren Titels ergänzt wird.

§ 5. Literatur: Voß, Über Aufrechterhaltung der Vollstreckungspfändung und des Absonderungsrechts durch Anfechtungseinrede oder Replik, GoldschmidtsZ. **60** 386.

*Voß: Gegen die Widerspruchsklage des Anfechtungsgegners wird die Pfändung aufrechterhalten, ohne daß der Gegner in die prozeßrechtliche Stellung eines Vollstreckungsschuldners gebracht wird. Bei Sachpfändungen kann die rückwärtige Wirkung der Einrede nur eintreten, wenn sie durch den Pfändungsakt vorbereitet ist. Schon der ihm entgegenstehende mittelbare Besitz des Widerspruchsklägers muß fehlerhaft erscheinen. — Für die Aufrechterhaltung einer Forderungspfändung durch Einrede oder Replik kommt es darauf an, daß der Gegenstand der Vollstreckung durch den Pfändungsbefehl in einer Form ergriffen wird, die den Drittschuldner dem Vollstreckungsgläubiger auch für den nicht zunächst vorausgesetzten Fall der Anfechtung bindet. Dies ist immer der Fall, wenn der Drittschuldner zugleich Anfechtungsgegner ist; nicht aber auch dann, wenn die Anfechtung sich gegen einen Drittgläubiger richtet, oder, wenn der Schuldner, der seine eigene Schuld zum Zwecke der Aufrechnung gepfändet hat, gegen die schon zur Zeit der Pfändung anfechtbarerweise an einen Dritten abgetretene Forderung des Pfändungsschuldners dem Dritten gegenüber aufrechnen will.

§ 6. a) R. **07** 386 Ziff. 806 (Colmar). Beruht ein Anerkenntnisurteil auf einer Abmachung der Parteien, daß der Kläger eine erdichtete Forderung aufstellen, der Beklagte sie gerichtlich anerkennen solle, so kann diese Abmachung, wenn sie in der Absicht der Benachteiligung der Gläubiger des Anerkennenden getroffen ist, von

diesen mit der Wirkung angefochten werden, daß das auf Grund des Anerkenntnisurteils Beigetriebene an den Anfechtenden zurückzuerstatten ist. b) **RG.** LeipzZ. **07** 602, R. **07** 775 Ziff. 1726. Eine gegen den Schuldner vorgenommene Vollstreckungspfändung kann bei Kollusion des Schuldners mit dem Anfechtungsgegner als Rechtshandlung des Schuldners angefochten werden. Ebenso Falkmann 86 c.

§ 7. Literatur: Fromherz, Dingliche Sicherung des Anfechtungsanspruchs? R. **07** 875. — Schneider, Erfüllung oder Erschöpfung des Anfechtungsanspruchs, LeipzZ. **07** 626 und 715.

I. Inhalt des Rückgewährsanspruchs. 1. Schneider, LeipzZ. **07** 626 ff., 715 ff. Der Anspruch des Anfechtungsberechtigten und die Verpflichtung des Anfechtungsschuldners trägt das Wesen der beschränkten Haftung in sich. Daraus erklärt sich, daß der Anfechtungsbeklagte mit der Ausantwortung des Gegenstandes der Haftung oder seines Ersatzwerts auch an einen anderen Anfechtungsberechtigten (mit der sog. „Erfüllung" an diesen) seine Verbindlichkeit erschöpft. Der Anfechtungsgegner haftet zunächst „cum viribus" des anfechtbar Erworbenen, hilfsweise „pro viribus" mit seinem sonstigen Vermögen, aber auch nur zur Befriedigung der Geldforderung des ihm an sich fremden Gläubigers in Höhe des Wertbetrags des erworbenen Vermögensgegenstandes. Seine Verbindlichkeit erlischt, wenn er einem Anfechtungsgläubiger den Gegenstand zur Zwangsvollstreckung preisgibt oder ihn, was zulässig erscheint, mit dem Werte des Gegenstandes abfindet. Geschieht dies gegenüber einem anderen Anfechtungsberechtigten als dem Anfechtungskläger, so kann der Anspruch des Klägers durch diese Leistung an den Mitgläubiger nicht als erfüllt, wohl aber kann der Fonds, aus dem seine Befriedigung zu entnehmen ist, als erschöpft bezeichnet werden. Der Anfechtungsgegner kann sich in solchem Falle durch das alsbaldige Anerkenntnis, daß sein Anspruch in Wegfall gekommen oder erledigt sei, von den Prozeßkosten befreien.

2. Rechtsprechung. a) **RG.** SeuffBl. **07** 383. Der Rückgewährsanspruch geht nicht auf Zurückführung des anfechtbar veräußerten Gegenstandes in das Vermögen des Schuldners; der Anfechtungsgegner soll sich nur gefallen lassen, daß jener Gegenstand zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers so behandelt werde, als gehöre er noch zum Vermögen des Schuldners. Daraus folgt, daß der Drittschuldner einer Forderung, deren Veräußerung angefochten und die dem Anfechtungsgläubiger demnächst im Vollstreckungsweg übereignet ist, nicht mit einer Gegenforderung aufrechnen kann, die er gegen den Erwerber (den Anfechtungsbeklagten) nicht geltend zu machen in der Lage war. Durch die erfolgreich durchgeführte Anfechtung wird ihm die Anfechtungsbefugnis nicht erworben; sie nützt nur dem Gläubiger, nicht ihm. b) HansGZ. **07** Beibl. 251, R. **07** 775 Ziff. 1727 (Hamburg). Die Rückgewähr hat nicht in das Vermögen des Schuldners, sondern „als noch zu demselben gehörig" an den klagenden Anfechtungsberechtigten zu erfolgen, damit dieser sich aus dem Zurückgegebenen befriedige. Dieser Zweck der Rückgewähr kann auch zu einer unmittelbaren Zahlung an den Anfechtungsberechtigten führen. c) **RG. 64** 3397, SeuffBl. **07** 478, JW. **06** 770. Der Anfechtungsgegner hat das angeführte veräußerte Grundstück nicht derart zurückzugeben, daß es nunmehr der freien Verfügung des Anfechtenden unterläge, sondern nur — sei es mit, sei es ohne die Früchte — zum Zwecke der Immobiliarzwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen, denn nur diese gewährt dem Gläubiger Befriedigung aus dem anfechtbar veräußerten Gegenstande. Die Pfändung der Mietzinsen ist keine Vollstreckung in das Grundstück. Die Rückgewähr des Grundstücks kann deshalb nicht zu dem Zwecke verlangt werden, damit der Anfechtende die Mietzinsen pfänden könne, während das Grundstück selbst mit der — wegen Überschuldung aussichtslosen — Vollstreckung verschont bleiben, in Wahrheit also nicht zurückgewährt werden soll. d) ElsLothJZ. **07** 9 (Colmar). Die wirtschaftliche Identität des vom

Schuldner aufgegebenen Gegenstandes mit einem Vermögensbestandteile des Anfechtungsbeklagten rechtfertigt die Anfechtung auch dann, wenn für die Überleitung aus einem Vermögen in das andere eine Rechtshandlung sich nicht nachweisen läßt. **e)** **RG.** R. **07** 386 Ziff. 805. Regelmäßig ist die Anfechtung nur gegen den Empfänger des anfechtenden Erwerbers oder gegen seinen Rechtsnachfolger, nicht aber gegen den Schuldner zu richten. Nur das Vorliegen besonderer Verhältnisse kann es im Interesse des Anfechtenden erfordern, die Anfechtungsklage auch gegen den Schuldner zu richten (Beispiele bei Falkmann 62 Anm. 49, der die Passivlegitimation des Schuldners stets insoweit bejaht, als die Klage darauf gestützt ist, daß ein Scheingeschäft vorliege). **f)** **RG.** LeipzZ. **07** 667. Zur Erhebung der Widerspruchsklage im Verteilungsverfahren berechtigt ein Anfechtungsanspruch nur dann, wenn der Anfechtende als Gläubiger zu den nach § 9 ZVG. am Zwangsversteigerungsverfahren Beteiligten gehört. **g)** SächsRpflA. **06** 540 (Dresden). Bei dem Vorgehen mehrerer Anfechtungsgläubiger gegen den Beklagten, entscheidet das Zuvorkommen. Maßgebend ist weder der Zeitpunkt der Erhebung der Anfechtungsklage, noch derjenige des Erlasses oder der Rechtskraft des Anfechtungsurteils, sondern der seiner Vollziehung. **h)** R. **07** 1271 Ziff. 3192 (Frankfurt). Der Anfechtungsanspruch erlischt, sobald der Gläubiger durch den Schuldner Befriedigung erlangt hat.

II. Sicherung des Anfechtungsanspruchs. 1. Frommherz, R. **07** 875. Die einstweilige Verfügung, die hinsichtlich eines anfechtbar veräußerten oder belasteten Grundstücks zur Sicherung des Anfechtungsanspruchs ergeht, kann nicht die Eintragung einer Vormerkung (so BadRpr. **03** 86, Karlsruhe]) anordnen, da der Anfechtungsanspruch nicht auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder einem dinglichen Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder Ranges eines solchen Rechtes gerichtet ist; sie hat vielmehr ein Veräußerungsverbot oder eine Verfügungsbeschränkung (§§ 135, 136, 892 BGB.) zum Gegenstande und kann dem Anspruche des Anfechtenden entsprechend dahin begrenzt werden, daß dem Gegner verboten wird, ein Grundstück anders als unbeschadet des Rechtes des Antragstellers, die Zwangsvollstreckung wegen seines Anspruchs in das Grundstück zu betreiben, zu veräußern oder zu belasten. Die Gefährdung des Anfechtungsanspruchs ist durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gegeben. — Gegen die Zulässigkeit der Vormerkung auch **RG. 60** 423, JW. **07** 833 und Falkmann 50, der jedoch 80 bei anfechtbarer Löschung eines Nießbrauchs oder Erbbaurechts die Eintragung einer Vormerkung zuläßt, weil hier ausnahmsweise das Weggegebene in das Vermögen des Schuldners zurückzubringen ist, um den Zweck der Anfechtung zu erreichen, und folgeweise ein Anspruch auf Einräumung eines Rechtes an einem anderen Grundstücke (§ 883 BGB.), zwar nicht auf den Namen, aber im Interesse des Anfechtenden, besteht.

2. Schneider, LeipzZ. **07** 715. Eine einstweilige Verfügung als Veräußerungs- oder Belastungsverbot gewährt dem anfechtenden Gläubiger zwar dagegen einen Schutz, daß der seiner Zwangsvollstreckung demnächst bereitzustellende Gegenstand ihm nicht nochmals entschlüpft und auch durch gutgläubigen Erwerb in dritter Hand übertragen wird. Sie versagt aber als Schutzmittel gegenüber einem anderen, rascher vorgehenden und nicht als „Dritter" anzusehenden Anfechtungsberechtigten (aM. **RG. 29** 182), da der Beklagte den Anfechtungsanspruch auch durch Abfindungsleistung an diesen zum Erschöpfen bringen kann. Ein solches Schutzmittel gegenüber anderen Anfechtungsberechtigten gewährt auch der Arrest nicht, weil der Anfechtungsanspruch kein Geldanspruch ist und auch eine Arresthypothek dem Anfechtungsgegner nicht die Einrede der Erschöpfung des Anfechtungsanspruchs (s. oben Ziff. I 1) entziehen würde. Das Ergebnis, daß jeder Anfechtende einer Erschöpfung seines Anspruchs dadurch ausgesetzt ist, daß der Anfechtungsgegner an einen anderen gleichberechtigten Gläubiger leistet, ist deshab unvermeidlich.

3. **RG.** JW. **07** 833, DJZ. **08** 138. Das Sicherungsmittel, welches dem Anfechtungskläger bezüglich der Schenkung eines Grundstücks seitens seines Schuldners an einen Dritten zusteht, bildet weder eine Vormerkung noch einen Widerspruch, sondern nur die einstweilige Verfügung, durch die dem Anfechtungsgegner die Veräußerung und Belastung des Grundstücks untersagt wird.

§ 9. a) SächsRpflA. **07** 209 (Dresden). Die Verfolgung des Anfechtungsanspruchs im Wege der bloßen Feststellungsklage ist grundsätzlich ausgeschlossen; vielmehr ist der Anspruch der Regel nach durch Leistungsklage geltend zu machen, deren Antrag mit Bestimmtheit bezeichnet, in welchem Umfang und in welcher Weise die Rückgewähr des dem Vermögen des Schuldners infolge der anfechtbaren Handlung Entzogenen durch den Empfänger bewirkt werden soll. Diesem Erfordernisse kann aber unter Umständen auch schon dann genügt sein, wenn das mit der Klage verbundene Gesuch an sich zwar eine Fassung aufweist, die in ihrer Allgemeinheit die Vorstellung einer reinen Feststellungsklage erweckt, tatsächlich aber die Leistung, welche der Kläger kraft seiner Anfechtung vom Beklagten fordert, in einer das wirkliche Ziel der Klage klarstellenden Weise erkennen läßt. **b) RG.** R. **07** 586 Ziff. 1209. Bei der Anfechtung eines Erbauseinandersetzungsvertrags bildet den Gegenstand der Anfechtung nicht die Auseinandersetzung selbst als die naturgemäße Beendigung der Erbengemeinschaft, sondern nur die vom Gesetz abweichende und darum möglicherweise auf die Benachteiligung der Gläubiger abzielende Art der Teilung. Der Anfechtungsantrag ist dahin zu richten, daß die Miterben des Schuldners die Zwangsvollstreckung in den Anteil des Schuldners am Nachlasse zu dulden und den Anteil zu diesem Zwecke zurückzugewähren haben.

Grundbuchordnung.

V o r b e m e r k u n g: Rechtsprechung und Rechtslehre haben im Berichtsjahr einen ziemlich ausgiebigen Stoff zur Förderung der richtigen Anwendung des formellen Grundbuchrechts geliefert. Es handelt sich aber dabei im großen ganzen weniger um Hervorkehrung neuer allgemeiner Gesichtspunkte als um eine mehr ins Einzelne gehende Feststellung der Tragweite der Vorschriften. In dieser Beziehung ist besonders auf die Bemerkungen zu den §§ 12 u. 47 aufmerksam zu machen. Der § 12 ist vom RG. in einer Reihe von Entscheidungen (s. Ziff. 1—3 zu § 12) so ausgelegt worden, daß die Gefahr, einem Schadensersatzanspruch ausgesetzt zu sein, für den Grundbuchrichter eine wesentlich geringere geworden ist. Durch die in Ziff. 1 bei § 47 wiedergegebene Entscheidung des BayObLG. ist die zwar nicht neue, aber für die Praxis sehr bedeutsame Streitfrage, ob es zu der hypothekenfreien Abschreibung von Trennstücken der Zustimmung des Eigentümers des Stammgrundstücks bedarf, wieder in Fluß gekommen. Diejenige Frage endlich, die im Aufwirbeln juristischen Staubes und in der Betätigung juristischer Streitlust einen neuen Rekord geschaffen hat — die Frage der Passivbeteiligung des Nacherben bei Verfügungen des Vorerben —, hat dadurch eine nicht unbeträchtliche Förderung und Vertiefung erfahren, daß sowohl das RG. (s. zu § 41 Ziff. I 2 a) wie auch das KG. (s. zu §§ 13 ff. Ziff. III 3 a) ausgesprochen haben, der Testamentsvollstrecker sowie der Vater, der Vormund und der gütergemeinschaftliche Ehemann seien dem befreiten Vorerben hinsichtlich des Nachweises der Verfügungsbefugnis n i c h t gleichzustellen. Diese Ansicht ist die notwendige Voraussetzung für eine Aufrechterhaltung der bisherigen reichsgerichtlichen und kammergerichtlichen Rechtsprechung in der Nacherbenfrage. Denn wenn man diese Rechtsprechung auf die vier genannten Fälle überträgt, so kommt man, wie das KG. in der bezeichneten Entscheidung für den Testamentsvollstrecker mit überzeugenden Gründen dargetan hat, auf einen toten Strang, d. h. zu der Unmöglichkeit, Verfügungen des Testamentsvollstreckers usw. grundbuchrechtlich zu verwerten. Ob freilich die

Gründe, die von den beiden höchsten Gerichtshöfen für eine verschiedene Behandlung der genannten Fälle angeführt sind, als stichhaltig anerkannt werden können, ist eine andere Frage.

Literatur: Fuchs-Arnheim, II. Formelles Grundbuchrecht, 7. u. 8. Heft (bis § 69 GBO. reichend). Berlin 1907, (9. Schluß-)Heft, Berlin 1908. — Meikel, Grundbuchordnung, 4. Lieferung, München 1907, 5. (Schluß-)Lieferung, München 1908. — Pauwels, Grundbuchordnung. Leipzig 1907. — S. auch die Besprechungen zu dem im vorigen Jahrgang angezeigten Predari-schen Grundbuchkommentar von Fuchs, GruchotsBeitr. **52** 171 ff. und von Oberneck, GoldschmidtsZ. **60** 546 ff. und DNotV. **07** 110, sowie die Literaturnachweise vor § 873 BGB. — Ferner sind hier zu nennen: Faber, Notar und Amtsgericht im Gebiete des elsaß-lothringischen Grundbuchzwischenrechts, Els. LothJZ. **32** 54 ff. — von Fisenne, Vorschläge zur Grundbuchanlegung in Elsaß-Lothringen, ebenda 608 ff. — Meyer, Das erste Jahr Grundbuchrecht im rechtsrheinischen Bayern, BayRpflZ. **07** 35. — Pritzl, Das frühere bayerische Hypothekenbuch und das nunmehrige Grundbuch in rechtshistorischer Beleuchtung, JustdBl. 2 39 ff., 60 ff. — Soiderer, Das Grundbuch (Bayern) und Streifzüge durch das Grundstücksrecht, JustdBl. **1** 212 ff. und 225 ff.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. S. die in der Vorbemerkung angeführte Literatur.

§ 3. 1. Sindlinger, Die gemeinschaftlichen Einfahrten in der württembergischen Grundbuchpraxis, WürttZ. **07** 129. S. dazu Letzgus ebenda 226 ff. und Eberhardt ebenda 360 ff. Vgl. auch o. § 921 BGB. Ziff. 1.

2. **RG.** R. **07** 1220, JW. **07** 291 Ziff. 53. Für die Rechtswirksamkeit der Eintragung einer Eigentumsbeschränkung ist es unerheblich, daß der Vermerk über die Eigentumsbeschränkung statt in der II. Abt. sich bei der Eigentumseintragung in Abt. I befindet, sofern nur nicht durch die angewiesene Stelle Inhalt und Zweck des Vermerkes in Frage gestellt wird.

3. BayObLG. **7** 448. Ist das Grundbuch für angelegt anzusehen, so kann nicht nachträglich gegen eine bei der Anlegung des Blattes erfolgte Ablehnung einer beantragten Eintragung Beschwerde nach den für das Anlegungsverfahren geltenden Vorschriften erhoben und die Wiederaufnahme des Anlegungsverfahrens herbeigeführt werden.

§ 4. R. **08** Beibl. 24 Ziff. 145 (BayObLG.). Die Selbständigkeit einzelner Grundstücke wird dadurch nicht berührt, daß für sie ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt wird. Es besteht kein rechtliches Hindernis, ein einzelnes Grundstück von der bisherigen Grundstückseinheit abzuschreiben, es auf dem Blatte, auf dem es seither eingetragen war, zu belassen und ihm die Grundstücke, die ihm als Bestandteile zugefügt werden sollen, auf diesem Blatte zuzuschreiben.

§ 5. Literatur: Zeitler, Zusammenlegung von Grundstücken oder Grundstücksteilen, BayRpflZ. **07** 237.

§ 7. Wittmaack, Das Erbbaurecht des BGB. (s. zu § 1012 BGB. Ziff. I) 171 ff. Über den Umfang, in dem das Grundstück durch das Erbbaurecht belastet wird, und über das Rangverhältnis des Erbbaurechts zu anderen dasselbe Grundstück belastenden dinglichen Rechten können nur die Eintragungen auf dem Grundstücksblatt entscheiden. Das gleiche gilt von der Löschung und der Inhaltsänderung, dagegen von der Vormerkung und dem Widerspruche nur dann, wenn diese sich auf eine der vorgenannten Eintragungen beziehen. Dagegen gehören der Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsvermerk, wie auch sonstige Verfügungsbeschränkungen auf das Blatt des Erbbaurechts (s. JDR. **4** zu § 7). — Den Antrag auf Anlegung eines besonderen Blattes kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht stellen.

§ 8. 1. KGJ. **34** A 218 (KG.). a) Für eine Fischereigerechtigkeit kann in Preußen, sofern sie eine selbständige Gerechtigkeit ist, ein besonderes Grundbuchblatt auf An-

trag des Berechtigten angelegt werden. b) Selbständige Gerechtigkeiten sind in Preußen nur solche, die subjektiv persönlich, nicht solche, die subjektiv dinglich sind. c) Ist die Fischereigerechtigkeit subjektiv dinglich, so kann sie dem herrschenden Grundstück als Bestandteil zugeschrieben werden. Diese Zuschreibung setzt aber die vorgängige Eintragung der Gerechtigkeit als Belastung auf dem dienenden Grundstück und den Nachweis der Berechtigung voraus. Die Vorschriften der Artt. 15 ff. PrVO. vom 13. November 1899 finden zum Zwecke der Eintragung von Rechten als Bestandteile eines Grundstücks keine Anwendung (s. JDR. **2** zu § 8 Ziff. c, **3** zu § 8 Ziff. 2).

2. SchlHolstAnz. **06** 80 (Kiel). Ein älteres schleswig-holsteinisches Apothekenprivilegium kann kein besonderes Grundbuchblatt erhalten.

§ 11. 1. Berechtigtes Interesse. a) du Chesne, Gruchots Beitr. **51** 511 ff. Ein berechtigtes Interesse kann auch ein wissenschaftliches oder künstlerisches sein (513 unten, 514). Berechtigtes Interesse und rechtliches Interesse ist nicht ein und dasselbe. Das rechtliche Interesse bezieht sich auf ein rechtlich anerkanntes und geschütztes Privatinteresse, also auf ein Privatrecht. Das berechtigte Interesse ist ein nicht auf einem Privatrechte beruhendes, aber trotzdem der behördlichen Förderung würdiges Interesse. Es wird durch gesetzliche Anerkennung zum Interesseförderungsanspruche (parallel dem Rechtsschutzanspruche) (511, 513, 514). Ein rechtliches Interesse ist nicht immer ein berechtigtes, z. B. dann nicht, wenn die Rechtsausübung eine schikanöse ist (515). **b)** *Königsberger, Die berufliche Auskunfterteilung (Stuttgart 1907) 47. Ein berechtigtes Interesse an der Einsicht des Grundbuchs besteht auch bei Einräumung von Personalkredit, gleichviel ob ein Schuldverhältnis schon besteht oder erst entstehen soll. Die Auskunftsanstalten können in Vertretung der Anfragenden das Grundbuch einsehen, wenn und soweit in der Person ihrer Auftraggeber ein berechtigtes Interesse vorliegt (s. JDR. **2** zu § 11 Ziff. 2, 3, 4, **5** zu § 11 Ziff. 2). **c)** ZBlFG. **8** 146, R. **07** 1272 Ziff. 3196 (Jena). Die Ehefrau und der Schwiegersohn haben unter Umständen ein berechtigtes Interesse daran, die Verfügungen des Ehemanns bzw. Schwiegervaters über seinen Grundbesitz kennen zu lernen, und deshalb den Anspruch auf Einsichtnahme des Grundbuchs (s. JDR. **4** zu § 11 Ziff. 11).

2. Hümmer, Grundbucheinsicht durch den Staatsanwalt, BayRpflZ. **07** 432.

§ 12. Literatur: Zu vgl. Weyl in der Kieler Festgabe für Hänel 115 f., der Bedenken gegen die Formulierung des AusfG. GBO. für Bremen § 12 („leichtes Verschulden") geltend macht.

1. **RG.** 1. 5. 07, **66** 107, JW. **07** 395 Ziff. 17, ZBlFG. **8** 162 Ziff. 216, R. **07** 1329 Ziff. 3357. Den Vorzug verdient die Ansicht, die das unterscheidende Merkmal in den Rechtskreis verlegt, der verletzt wird, d. h. unter den Beteiligten diejenigen Personen versteht, in deren Rechtskreis durch die Pflichtverletzung des Grundbuchbeamten unmittelbar eingegriffen wird. Es brauchen dies nicht immer solche Personen zu sein, die auch ein Recht zur Beschwerde gegen die pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung gehabt haben würden. Denn abgesehen von der Beschränkung, der die Beschwerde in Grundbuchsachen unterworfen ist (§ 71 Abs. 2), können die Fälle auch so liegen, daß jemand erst durch die eintretende Verletzung seiner Rechte zum Beteiligten wird und daß eine eingetretene Verletzung durch Beschwerde überhaupt nicht mehr beseitigt werden könnte. — Ebenso Güthe I 179; aM. das durch das RGUrteil aufgehobene OLG. Rostock, MecklZ. **26** 39, Willenbücher 301 f., Brachvogel-Frydrychowicz 192 f., auch JDR. **2** zu § 12 Ziff. 2.

2. **RG.** R. **07** 717. Wenn der Richter die Wiedervorlegung eines noch nicht vollständig erledigten Eintragungsantrags zwecks weiterer Erledigung anordnet, so stellt es nicht ein Verschulden (oder wenigstens nicht ein grobes Verschulden im Sinne des Art. 8 AGBGB.) dar, wenn er es unterläßt, sich Notizen zu machen, um die

Sache im Gedächtnisse zu behalten, oder in sonst geeigneter Weise die Ausführung seiner Anordnung besonders zu überwachen. Er darf vielmehr bei der eigenen Verantwortlichkeit des Grundbuchführers und dem Umfange der selbständigen Tätigkeit, die das Gesetz diesem zuweist, sich darauf verlassen, daß der Grundbuchführer die Anordnung der Wiedervorlegung des Antrags ordnungsmäßig vornehmen wird, namentlich wenn besondere Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Grundbuchführers nicht vorliegen (s. auch JDR. **5** zu § 12 Ziff. 2).

3. Haftung des Grundbuchrichters (altes Recht). **RG.** R. **07** 846. Eine in rechtlicher Beziehung unrichtige Beurteilung der Zulässigkeit eines Eintragungsantrags, welche nicht auf Unkenntnis oder Nichtbeachtung zweifelsfreier Gesetzesbestimmungen beruht, ist jedenfalls dann nicht als eine fahrlässige Verletzung der Amtspflicht zu erachten, wenn die betreffende Auffassung in der Literatur von namhaften Schriftstellern und in der Rechtsprechung von dem höchsten Beschwerdegericht in Grundbuchsachen (KG.) vertreten wird; wollte man dem Grundbuchrichter in einem solchen Falle eine weitergehende Verantwortlichkeit auferlegen, so würde man ihn tatsächlich nicht für eine Verschuldung, sondern für objektives Unrecht haften lassen (vgl. **RG. 40** 204, **59** 388, JW. **88** 36 u. **06** 132; ferner JDR. **5** zu § 12 Ziff. 3).

4. du Chesne, RheinARB. **07** 114. Es liegt in der aus seiner Bestimmung folgenden Eigenart des Grundbuchverfahrens, daß die darauf bezüglichen auch innerdienstlichen Vorschriften in der Hauptsache Förderung der Interessen des Publikums bezwecken, so daß ihre Verletzung auch dem Publikum schädlich werden kann. Um dieser Eigentümlichkeit des Grundbuchverfahrens Ausdruck zu verleihen, ist die vom § 839 BGB. abweichende Fassung des § 12 GBO. gewählt, nicht um mittels ausdrücklicher Gesetzesvorschrift auch solche innerdienstliche Vorschriften in der Art von Schutzgesetzen in den Kreis der Schadensersatzansprüche begründenden Rechtsvorschriften hereinzuziehen, die ihrem Inhalte nach zur Förderung des Grundbuchverkehrs weder bestimmt noch geeignet sind.

5. S. auch HessRspr. 7 155 u. 165 (HessVGH. 17. November 1906) über einen nach früherem hessischen Rechte entschiedenen Fall.

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

Zu §§ 13 ff. Literatur: Joetten, Inwieweit ist der Grundbuchrichter bei Kenntnis von dem Fehlen materieller Voraussetzungen zur Verweigerung der Eintragung berechtigt bzw. verpflichtet? (Rostocker InaugDiss.)

I. Zulässige und unzulässige Eintragungen. 1. ZBlFG. **7** 839 Ziff. 774 RheinARB. **24** 171 (LG. Cleve). Eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung zugunsten eines Dritten in Höhe einer bestimmten Summe an einer Hypothek kann nicht getroffen werden (§ 137 BGB.) und ist daher auch nicht eintragungsfähig (§ 892 BGB.).

2. FrankfRundsch. **07** 22, ZBlFG. **8** 266, 315, R. **07** 884 Ziff. 2004 (Frankfurt). Die Eintragung von Miet- und Pachtrechten ist sowohl nach nassauischem Stockbuchrecht, als auch nach dem Grundbuchrechte des BGB. unzulässig. Auch die Sicherung eines Miet- oder Pachtrechts durch Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Sinne des § 1090 BGB. ist ausgeschlossen (s. JDR. **2** zu §§ 13 ff Ziff. 4 C a).

3. ZBlFG. **7** 539 Ziff. 465, R. **06** 1194 Ziff. 2823 (BayObLG.). Das BGB. läßt die Begründung eines dinglichen Wiederkaufsrechts nicht mehr zu. War aber ein solches nach altem Rechte dinglich begründet, so steht der Eintragung in das Hypothekenbuch nichts im Wege (§ 497 BGB., Artt. 189, 184 EGBGB.).

4. KGJ. **33** A 274 (KG.). Die Buchung der Überweisung einer gepfändeten Hypothek zur Einziehung ist unzulässig, weil durch eine solche Überweisung eine Rechtsänderung, insbes. hinsichtlich des Gläubigerrechts nicht eintritt (s. JDR. **2** zu §§ 13 ff. Ziff. 4 A h).

5. KGJ. **33** A 226, ZBlFG. **7** 839 Ziff. 775, RheinNotZ. **07** 154 (KG.). Das Anteilsrecht des Miterben ist kein verfügbares Miteigentumsrecht an den einzelnen Nachlaßgegenständen, auch kein Forderungsrecht, sondern ein idealer Bruchteil des der Gesamtheit der Miterben zustehenden Eigentums an einem Inbegriffe von Rechten und Pflichten. Bei der Verpfändung eines Erbanteils ist eine Anzeige der Verpfändung an die Miterben gemäß § 1280 BGB. nicht erforderlich. Die Eintragung der Verpfändung auf das Nachlaßgrundstück ist zulässig; sie geschieht in Abt. II des Grundbuchs. Zustimmung der übrigen Miterben ist hierzu nicht erforderlich, weil die Verpfändung nicht eine rechtsgeschäftliche Beschränkung der Verfügungsbefugnis im Sinne des § 137 BGB. ist, sondern ein dingliches Recht begründet.

6. ZBlFG. **8** 334 (Dresden). Eine von der Bestimmung des § 416 Abs. 1 Satz 2 BGB. abweichende Vereinbarung hat keine dingliche Wirkung und ist daher nicht eintragbar.

7. R. **07** 1413 Ziff. 3582, DJZ. **07** 1089 (KG.). In Fällen, in denen die Berechtigten zur Zeit unbekannt sind, kann für sie ein Recht in das Grundbuch eingetragen werden, wenn ihr Kreis genügend bestimmt und ein zur Verfügung über das Recht befugtes Organ vorhanden ist (s. aber zu § 1115 BGB. Ziff. 1).

8. **a**) R. **07** 903 Ziff. 2183 (BayObLG.). Das Grundbuchamt hat, wenn die Eintragung einer Belastung in das Grundbuch beantragt ist, vor allem zu prüfen, ob die Belastung sich zur Eintragung in das Grundbuch eignet oder von der Eintragung ausgeschlossen ist, weil sie (wie z. B. Kirchentrachten) auf einem öffentlich-rechtlichen Verhältnisse beruht (s. JDR. **2** zu §§ 13 ff. Ziff. 4 D b). **b**) KGJ. **34** A 271 (KG.). Die Verpflichtungen, die ein Grundstückseigentümer durch Vertrag mit einer Stadtgemeinde als Gegenleistung dafür übernimmt, daß die Stadtgemeinde ihm die Errichtung eines Wohngebäudes an einer noch nicht für den öffentlichen Verkehr fertig hergestellten Straße gestattet, sind keine gemeinen Lasten. Zu ihrer Sicherung kann ein Pfandrecht an einer Eigentümergrundschuld in das Grundbuch eingetragen werden. **c**) KGJ. **34** A 259 (KG.). Die Eintragung einer Grunddienstbarkeit des Inhalts, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks verpflichtet sei, die Jagd darauf ruhen zu lassen, ist ihrem Inhalte nach unzulässig und von Amts wegen zu löschen.

9. *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 66 ff. Den Antrag des Eigentümers auf Eintragung einer Dienstbarkeit zu seinen eigenen Gunsten bzw. zugunsten eines anderen ebenfalls ihm selbst gehörigen Grundstücks hat das Grundbuchamt zurückzuweisen (vgl. Ziff. 5 zu § 54 u. Ziff. 3 zu BGB. § 1018).

10. Fuchs-Arnheim 603. Das KG. nimmt an (OLG. **12** 130, 131), daß der Gläubiger das Zinsgenußrecht an der Kapitalsforderung nur in der Weise gewähren kann, daß er einen Nießbrauch an der Hypothek bestellt, hält dagegen eine Verfügung über Hauptforderung und Zinsen derart, daß der Gläubiger die Hauptforderung abtritt, sich zunächst den Zinsgenuß vorbehält und alsdann über ihn als Rest seiner Forderung verfügt, für unzulässig, weil das Zinsgenußrecht als Nebenrecht der Hauptforderung von dieser untrennbar sei. Das KG. läßt deshalb dementsprechend die Eintragung des Zinsgenußrechts als eines von dem Rechte an der Forderung getrennten Rechtes und die Eintragung einer Verfügung über dieses Recht nicht zu. Es erscheint jedoch mit dem Charakter des Zinsgenußrechts als eines Nebenrechts nicht unvereinbar, daß es während des Bestehens der Hauptforderung einem anderen als dem

Gläubiger zusteht, zumal die Bestellung des Nießbrauchs als eines unvererblichen und nicht übertragbaren Rechtes dem Verkehre nicht genügt (so Predari 668); es dürfte daher die vom KG. für unzulässig erachtete Eintragung einer Verfügung über das Zinsgenußrecht zuzulassen sein.

11. Holzapfel, Grundbuchrecht 140. Eintragungsfähig sind auch die nicht organisierten Interessenverbände des G. vom 2. April 1887. Ebenso Turnau-Förster II 620, Güthe II 1187, Spieß, ZBlFG. **3** 611; zweifelnd Predari, GruchotsBeitr. **51** 687, unter Hinweis auf § 4 Abs. 3 AllgVf. vom 20. November 1899; aM. OLG. **10** 76 (KG.), Kluckhuhn 154 f.

II. Ermittelungspflicht des Grundbuchrichters. Oberneck, SeuffBl. **07** 409 ff., 459 ff. Der Grundbuchrichter ist an das Grundbuch und das ihm von den Beteiligten beigebrachte Urkundenmaterial nicht gebunden; er ist auch berechtigt, ihm anderweit bekannt gewordenes Material bei der Prüfung über die Eintragung zu berücksichtigen. — Die Prüfungspflicht des Grundbuchrichters innerhalb des Antragsverfahrens läßt sich dahin feststellen: Er hat keine Ermittelungspflicht, entscheidend bleibt für ihn in erster Linie die Vermutung aus § 891 BGB. in Ansehung der Verfügungsbefugnis des eingetragenen Passivbeteiligten, der die Eintragungsbewilligung erklärt. Die bloße Möglichkeit, daß diese Vermutung widerlegt werden könnte, oder die bloße Vermutung des Grundbuchrichters über die Unrichtigkeit des Grundbuchs darf ihn nicht beirren. Die Sachlage wird aber eine andere, wenn sich aus den eigenen Erklärungen der Beteiligten, den vorgelegten Urkunden, den Grundakten oder sonstigen glaubhaften zur Kenntnis des Grundbuchrichters gekommenen Tatsachen sachliche Bedenken gegen die Richtigkeit des Grundbuchs oder gegen die Verfügungsbefugnis des Bewilligenden ergeben. Zu unterscheiden von der Prüfungspflicht des Grundbuchrichters hinsichtlich des ihm dienstlich zur Verfügung stehenden Aktenmaterials ist diejenige bezüglich des Grundbuchblatts selbst. Dieses muß er in allen seinen Teilen durchsehen, um zu prüfen, ob sich keine Verfügungsbeschränkungen daraus ergeben. — Die Prüfungspflicht in Ansehung der Verfügungsbefugnis des Bewilligenden findet jedoch nur da Anwendung, wo die Eintragung im Grundbuch erst die dingliche Wirkung der Verfügung herbeiführen soll. Ist ein dinglicher Erwerb bereits außerhalb des Grundbuchs eingetreten, so darf der Grundbuchrichter die Eintragung nicht um deswillen versagen, weil ihm eine Verfügungsbeschränkung des Veräußerers bekannt geworden ist (s. JDR. **2** zu §§ 13 ff. Ziff. 2, 6, **3** zu §§ 13 ff. Ziff. 3 a).

III. Prüfung der Verfügungsbefugnis. 1. **a**) OLG. **15** 408, ElsLothNotZ. **07** 374 (Colmar). Der Mann verfügt durch Bestellung einer Hypothek für den Kaufpreis eines zu erwerbenden Grundstücks, wenn dieses auch mit dem vollendeten Erwerb in das Gesamtgut fällt, nicht über ein Gesamtgutsgrundstück. Er verfügt über ein fremdes Grundstück, und die Verfügung wird wirksam mit dem Erwerbe (§ 185). Das Grundstück fällt also gleichzeitig mit dem Wirksamwerden der Verfügung in die Gütergemeinschaft. Es liegt nicht anders, als wenn der Mann ein bereits mit einer Hypothek belastetes Grundstück für die Gütergemeinschaft erwirbt. Daß das Grundstück zunächst auf den Namen der Eheleute zu schreiben ist und dann erst die Hypothek eingetragen werden kann, ist nicht entscheidend. **b**) ZBlFG. **7** 738 Ziff. 626 b, R. **07** 260 Ziff. 525 (BayObLG.). Dem in einem Güterstande der Gütergemeinschaft lebenden Ehemann ist bei Verfügungen über eine zu dem Gesamtgute gehörende Hypothekenforderung nicht unter allen Umständen der Nachweis aufzuerlegen, daß es sich nicht um eine unentgeltliche Verfügung handelt; vielmehr genügt es, Offenlegung des der Verfügung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts zu verlangen, um zu prüfen, ob eine Schenkung zu vermuten ist. Ergibt sich bei der Prüfung dieser Frage kein Bedenken, so ist die Beibringung einer Zustimmungserklärung der Frau nicht erforderlich (s. JDR. **2** zu §§ 13 ff. Ziff. 5 b,

4 zu §§ 13 ff. Ziff. 3 b). **c)** OLG. **15** 400 (KG.). Bei der Prüfung, ob auf Grund der vom Ehegatten erklärten Eintragungsbewilligung dem Antrag auf Eintragung stattzugeben ist, hat der Grundbuchrichter davon auszugehen, daß die Eheleute unter dem gesetzlichen Güterrechte stehen, es sei denn, daß aus der Eintragungsbewilligung selbst oder aus sonstigen Tatsachen begründete Anhaltspunkte für das Bestehen eines anderen Güterstandes sich ergeben. **d)** Huth, ZBlFG. 8 138. Wird dem Grundbuchrichter eine Eintragungsbewilligung vorgelegt, nach welcher der Mann wegen eines ihm gewährten Darlehens der Frau Hypothek bestellt, so ist dem Eintragungsantrag ohne weiteres stattzugeben, wenn die Eintragung eines unverzinslichen Darlehens begehrt wird. Andernfalls ist die Eintragung abzulehnen. Denn die Verpflichtung des Mannes zur Zinszahlung enthält einen Verzicht auf seine Nutznießung und damit einen Ehevertrag. Daraus folgt, daß der allgemeine Nachweis nach § 34 zu erbringen ist, oder doch der Abschluß eines besonderen Ehevertrags nachgewiesen werden muß, zur Hypothekbestellung also die Mitwirkung der Frau in der Form des § 1434 BGB. vorliegen muß.

2. **a)** ElsLothNotZ. **07** 206 (LG. Mülhausen). Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung muß dem Grundbuchamte mit dem Eintragungsantrag in Ausfertigung vorgelegt werden. Der Hinweis, daß die Genehmigung offenkundig ist, genügt nicht, weil auch die Mitteilung an die andere Vertragspartei nachzuweisen ist. **b)** **RG.** ZBlFG. 8 358 Ziff. 412, DJZ. **07** 1146. Die Prüfungspflicht liegt dem Grundbuchrichter gleichmäßig allen Beteiligten gegenüber ob, ob sie Antragsteller sind oder nicht. Ausgesprochen für eine Eintragung ohne die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung.

3. **a)** RJA. 8 143, ZBlFG. 7 937, R. **07** 1009, KGJ. **33** A 164 (KG.). Der Testamentsvollstrecker ist zu unentgeltlichen Verfügungen nur unter den Voraussetzungen des § 2205 Satz 3 BGB. befugt. Im Grundbuchverkehr ist daher der Nachweis der Nichtunentgeltlichkeit nötig. Hierauf können nicht die Grundsätze übertragen werden, die für das Verfügungsrecht des Vorerben aufgestellt sind. Denn diese beruhen auf der Eigentümlichkeit des Rechtsinstituts der Nacherbschaft. Unzulässig ist, daß der Erbe die dem Testamentsvollstrecker fehlende Macht zu unentgeltlichen Verfügungen gemäß § 185 Abs. 1 BGB. durch seine Zustimmung ergänzt. Denn ein Zusammenwirken von Erbe und Vollstrecker ist unmöglich, weil das Recht des Vollstreckers das des Erben zeitlich vollständig ausschließt. Überdies müßten auch die Nachlaßgläubiger und Vermächtnisnehmer zustimmen; auch müßte ein Nachweis erbracht werden, daß weitere Nachlaßgläubiger nicht vorhanden sind. Da ein solcher Nachweis in den Formen des § 29 GBO. unmöglich ist, so hätte die Anwendung des § 29 das Ergebnis, daß auf Grund der Verfügung eines Testamentsvollstreckers eine Eintragung in das Grundbuch überhaupt nicht erfolgen könnte. Dies will das Gesetz offenbar nicht. Es bleibt daher nur der Ausweg, daß der § 29 auf den Nachweis solcher für die Eintragung unerläßlicher Voraussetzungen, die ihrer Natur nach durch die in ihm bezeichneten Mittel nicht nachweisbar sind, keine Anwendung findet, sofern nicht die Eintragung auch ohne einen solchen Nachweis möglich ist, wie dies beim Vorerben durch dessen Eintragung oder die Zustimmung des Nacherben möglich, dagegen, wie bemerkt, beim Testamentsvollstrecker unmöglich ist. Der Grundbuchrichter darf daher bei der Prüfung, ob die Bewilligung des Testamentsvollstreckers nicht unentgeltlich ist, auch auf andere Beweismittel als die im § 29 zugelassenen eingehen. Er kann sich insbesondere nicht enthalten, die ihm in beglaubigter Form vorgelegten Erklärungen auf ihre inhaltliche Glaubwürdigkeit zu prüfen. Bieten sie zu Zweifeln keinen Anlaß, so ist ihm unbenommen, sie als wahr anzunehmen, sofern ihm sonstige Bedenken nicht erkennbar sind. Bestehen Bedenken, so kann er zwar eigene Ermittelungen nicht veranstalten, wohl aber die Eintragung von der Beibringung weiterer Indizienbeweise abhängig machen.

Immer aber muß er sich gegenwärtig halten, daß die Überspannung der Beweisforderungen dem Zwecke der Grundbucheinrichtung, dem Verkehre zu dienen, zuwiderläuft. Daß hierbei einmal ein tatsächlicher Irrtum vorkommen kann, ist nicht ausgeschlossen. Dies liegt aber im Wesen der Sache. **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **51** 612. Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers richtet sich, wenn der Erblasser vor dem 1. Januar 1900 verstorben ist, nach bisherigem Rechte.

4. BayObLG. **7** 484. Nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des als Eigentümer eingetragenen Käufers des Grundstücks kann die von ihm im Kaufvertrage bestellte Hypothek nicht mehr mit Wirkung gegenüber den Konkursgläubigern eingetragen werden (s. auch zu § 878 BGB. Ziff. 1).

5. KGJ. **34** A 282 (KG.). Der Grundstückseigentümer ist trotz Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerkes befugt, die Eintragung von Rechten in das Grundbuch zu bewilligen.

IV. Rechtshilfe. 1. Stumpf, Rechtshilfe in Grundbuchsachen, Hess. Rspr. **8** 78. Eine Rechtshilfeverpflichtung der Amtsgerichte in Grundbuchsachen kann weder aus den §§ 160 ff. GVG., weil diese sich nur auf Rechtshilfe in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen beziehen, noch aus den §§ 2, 194 FGG., weil die Grundbuchsachen nicht zu den den Gerichten durch Reichsgesetz zugewiesenen Angelegenheiten gehören, hergeleitet werden. Es entscheiden daher zwischen den Bundesstaaten untereinander lediglich etwaige Staatsverträge. Das Herkommen ist kein die Rechtshilfepflicht begründender Titel (aM. Wellstein, FGG. zu § 2 Anm. 4). S. JDR. **3** zu §§ 13 ff. Ziff. 4, **4** zu §§ 13 ff Ziff. 4, **5** zu §§ 13 ff. Ziff. 6.

2. **a)** ZBlFG. **7** 736 Ziff. 615, RheinA. **103** I 130 (Düsseldorf). Rechtshilfe setzt voraus, daß das Gericht zur Vornahme der Handlung, um die es ersucht, selbst verpflichtet ist. Ein Amtsgericht ist, selbst wenn es auf Grund von § 87 PrAGGVG. oder von Staatsverträgen in Grundbuchsachen zur Rechtshilfe verpflichtet wäre — nach § 2 FGG. ist es dies nicht, weil die Grundbuchsachen den Gerichten nicht durch Reichsgesetz übertragen sind —, doch zur Einholung einer fehlenden Zustimmung zu einer Hypothekenbestellung nicht verpflichtet, weil das ersuchende Grundbuchamt eine solche Zustimmung nicht von Amts wegen zu beschaffen hat. **b)** ZBlFG. **7** 736 Ziff. 616, R. **07** 258 Ziff. 512 (Cassel). Auch dann, wenn ein Staatsvertrag vorliegt, ist das OLG. zur Entscheidung über die Verpflichtung zur Gewährung von Rechtshilfe nicht zuständig.

§ 13. 1. PosMSchr. **07** 123 (KG.). Ein undatierter Antrag entspricht zwar nicht der im Verkehr üblichen Form, ist aber gültig, weil im § 126 BGB. das Datum nicht vorgeschrieben ist.

2. ElsLotNotZ. **07** 167, ZBlFG. **8** 162 Ziff. 217, ElsLothJZ. **07** 317 (Colmar). Es ist zwar allgemein anerkannt, daß Bewilligung und Antrag sich decken müssen und daß eine Abweichung des Antrags von der Bewilligung nicht um deswillen zulässig ist, weil sie in einer Minderung der bewilligten Belastung besteht. Aber es ist andererseits eine Frage der Auslegung, ob eine Bewilligung wirklich nur auf die ganze darin bezeichnete Belastung gerichtet oder im Sinne des Erklärenden auch auf einen Teil davon zu beziehen ist.

3. Oberneck, SeuffBl. **07** 409 ff. Wenn in einer dem § 29 GBO. entsprechenden Urkunde die Eintragungsanträge neben der Bewilligung enthalten sind, so bedarf es zu deren grundbuchmäßigen Verwirklichung bei Überreichung der Urkunde nicht noch der Stellung eines besonderen Antrags. Das Grundbuchamt darf jedoch erst dann die Anträge erledigen, wenn ihm die Urkunde zwecks Eintragung übermittelt ist. Falls nicht besondere Umstände dagegen sprechen, wird der Grundbuchrichter annehmen können, daß die Urkunden mit dem Willen der Beteiligten zwecks Herbeiführung der Eintragung eingereicht sind. Wird

hierbei erklärt, daß von den mehreren darin enthaltenen Anträgen der eine oder der andere zurzeit als noch nicht gestellt angesehen werden soll, so ist dies zu beachten. Soll später dem Antrage stattgegeben werden, so genügt eine darauf gerichtete unbeglaubigte Erklärung an das Grundbuchamt. Handelt es sich um mehrere Interessenten, so bedarf es zur Eintragung nur des Antrags eines einzelnen (s. JDR. **3** zu § 13 Ziff. 1).

4. a) BayObLG. **8** 103, SeuffBl. **07** 494, LeipzZ. **07** 441, ZBlFG. **8** 52, Bay. RpflZ. **07** 196, R. **07** 579 Ziff. 1203 (BayObLG.). Der Konkursverwalter ist berechtigt, die Löschung des Konkursvermerkes im Grundbuche zu beantragen. **b)** BauersZ. **14** 133. Zur Umschreibung einer durch Fusion in das Vermögen einer Aktiengesellschaft übergegangenen Hypothek auf die Firma einer Zweigniederlassung genügt der Antrag des Prokuristen dieser Zweigniederlassung nicht.

5. KGJ. **34** A 289 (KG.). Soll eine Gesamthypothek auf Grundstücke eingetragen werden, in Ansehung deren die Führung des Grundbuchs verschiedenen Grundbuchämtern obliegt, so ist für die Entgegennahme des Eintragungsantrags jedes Grundbuchamt nur bezüglich derjenigen Grundstücke zuständig, über welche das Grundbuch von ihm zu führen ist.

§ 14. Die Entsch. des BayObLG. JDR. **5** Ziff. 2 zu § 14 auch SeuffBl. **07** 71.

§ 15. 1. a) ElsLothJZ. **07** 154 (LG. Straßburg). Der Notar ist nicht ermächtigt, in Widerspruch mit den Erklärungen der Beteiligten eine Eintragung zu beantragen; er darf diese Erklärungen weder ändern noch ergänzen (s. JDR. **2** zu § 15 Ziff. B 2, **3** zu § 15 Ziff. 3, 4, 5, **4** zu § 15 Ziff. 2, 3). **b)** ElsLothNotZ. **07** 372 (Colmar). Der Notar ist nicht ermächtigt, die Parteierklärungen durch eigene Angaben zu ergänzen.

2. ElsLothJZ. **07** 150, ZBlFG. **7** 838 Ziff. 763 (LG. Straßburg). Der Notar ist unter der Voraussetzung des § 15 zur Zurücknahme eines namens der Beteiligten gestellten, gesetzlich begründeten Antrags befugt (s. JDR. **2** zu § 15 Ziff. C 2, **3** zu § 15 Ziff. 2 Abs. 2).

3. SchlHolstAnz. **07** 253 (KG.). Der Notar, der den von ihm beurkundeten Kaufvertrag mit dem Antrag auf Entgegennahme der Auflassung und auf Eintragung der vereinbarten Belastungen einreicht, ist auch zur Erhebung der Beschwerde berechtigt (s. JDR. **2** zu § 15 Ziff. B 5, **4** zu § 15 Ziff. 4, **5** zu § 15 Ziff. 1, 3). — In der Ermächtigung, Eintragungsanträge zu stellen, liegt auch die Ermächtigung, daß Beanstandungen der Anträge dem Notar für die Beteiligten zugestellt werden. Eine solche Zustellung ist im Interesse der schnellen und sachgemäßen Abwickelung des Grundbuchgeschäfts dringend zu empfehlen.

4. Geh. JR. J., HessRspr. **8** 102. § 15 findet auch dann Anwendung, wenn der Notar einen Eintragungsantrag von den Beteiligten aufnimmt und diesen mit einem nochmaligen eigenen Antrag an das Gericht weitergibt. ➻ Dies setzt natürlich voraus, daß der von den Beteiligten aufgenommene Antrag eine zu der Eintragung erforderliche Eintragung ersetzt (§ 30) oder in der vom Notar aufgenommenen Urkunde außer dem Antrag auch eine zur Eintragung erforderliche Erklärung enthalten ist. Red. ⟵

§ 16. 1. a) ZBlFG. **8** 357 Ziff. 409, RheinNotZ. **07** 214, HessRspr. **8** 135 (KG.). Es bedarf nicht einer ausdrücklichen Bestimmung des Antragstellers, wenn von mehreren Eintragungen im Grundbuche die eine nicht ohne die andere erfolgen soll; es genügt vielmehr, wenn der Wille des Antragstellers erkennbar auf die einheitliche Erledigung der Anträge gerichtet ist. Ein solcher Wille kann jedoch aus der bloßen äußerlichen Vereinigung der den Anträgen zugrunde liegenden Bewilligungen in derselben Urkunde, oder aus der gleichzeitigen Stellung der Anträge nicht gefolgert werden; es bedarf auch eines inneren Zusammenhanges rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur, und der Zusammenhang muß so beschaffen

sein, daß er die Einheitlichkeit der Erledigung als gewollt vermuten läßt. Es ist auch denkbar, daß nach dem Willen des Antragstellers zwar die eine von zwei Eintragungen nicht ohne die andere, wohl aber die andere ohne die eine erfolgen soll (s. JDR. **2** zu § 16 Ziff. 6, **4** zu § 16 Ziff. 4). **b)** ElsLothNotZ. **07** 371 (Colmar). Wenn mit der Übertragung des Eigentums die Eintragung eines Nießbrauchs zugunsten des Veräußerers beantragt wird, so kann darin eine stillschweigende Bestimmung gemäß § 16 Abs. 2 GBO. gefunden werden. Zur Wirksamkeit einer solchen Bestimmung ist nicht erforderlich, daß die mehreren Eintragungen von derselben Person beantragt sind.

2. ZBlFG. **8** 64 Ziff. 94, SeuffBl. **07** 452 (KG.). Wenn ein Eintragungsantrag mit der Maßgabe gestellt ist, daß über ihn erst nach Ablauf einer gewissen Frist entschieden werden soll, so kann das Grundbuchamt die Entscheidung bis zum Ablaufe der Frist aussetzen, sofern dadurch nicht die Interessen Dritter gefährdet werden. Mit dem Ablaufe der Frist gilt dann der Antrag, wie wenn er jetzt neu gestellt wäre (s. JDR. **4** zu § 16 Ziff. 5).

3. Dapper, HessRspr. **7** 142. Handelt es sich um mehrere in einem Antrag oder einer Bewilligung zusammengefaßte Eintragungen oder um eine Eintragung mit verschiedenen Nebenbestimmungen, so hat der Grundbuchrichter die Eintragung ohne Zwischenverfügung insoweit vorzunehmen, als sie ihm gesetzlich zulässig erscheint, und nur dann im ganzen abzulehnen, wenn der ausdrücklich erklärte oder stillschweigend anzunehmende Wille des Antragstellers die Eintragung im ganzen fordert (bestritten). S. JDR. **2** zu § 16 Ziff. 2, **5** zu § 16 Ziff. 4.

§ 17. 1. HessRspr. **8** 125 (LG. Darmstadt). Die Vorschrift des § 17 ist eine ausnahmslose. Der Antrag, der sich auf einen vollstreckbaren Schuldtitel stützt, hat keinen Vorzug vor einem sich auf ein Rechtsgeschäft stützenden Antrag. Auch Veräußerungsverbote und Verfügungsbeschränkungen können nicht eingetragen werden, bevor die bereits vorliegenden Eintragungsanträge erledigt sind.

2. ElsLothNotZ. **07** 205 (LG. Straßburg). Die von dem Eigentümer eines Grundstücks vor seiner Eintragung erklärte Hypothekenbestellung und Eintragungsbewilligung wird mit der Eintragung wirksam (§ 185 Abs. 2 BGB.). Darum kann das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung der Hypothek nicht ablehnen, wenn zur Zeit der Entscheidung über diesen Antrag der Bewilligende als Eigentümer eingetragen ist, mag auch der Antrag auf Eigentumseintragung erst nach dem Antrag auf Hypotheneneintragung eingegangen sein.

§ 18. I. Wahl zwischen Zurückweisung und Zwischenverfügung. 1. SeuffBl. **07** 258, R. **07** 386 Ziff. 809, BayRpflZ. **07** 150, Bay. ObLG. **8** 52 (BayObLG.). Eine Zwischenverfügung ist zu erlassen, wenn der Mangel den Umständen nach von den Beteiligten leicht und ohne besonderen Zeitverlust zu beseitigen ist, z. B. wenn nur ein offenbarer Schreibfehler in der Bezeichnung der Plannummer vorliegt (s. JDR. **2** zu § 18 Ziff. 1).

2. ElsLothNotZ. **07** 205, ElsLothJZ. **07** 109, ZBlFG. **8** 64 Ziff. 95 (Colmar). Der Antrag auf Eigentumseintragung ist, falls diese bereits früher erfolgt ist, zurückzuweisen. Eine Zwischenverfügung ist nicht am Platze, weil das Hindernis überhaupt nicht behoben werden kann. Die Annahme, der Antrag sei als nicht gestellt anzusehen, weil er unter der selbstverständlichen Bedingung der noch nicht erfolgten Eintragung des Antragstellers gestellt sei, ist irrig. Ebensowenig hat Antragsteller ein Recht darauf, daß ihm zunächst die Zurücknahme des Antrags anheimgestellt werde.

3. ElsLothNotZ. **27** 47 (LG. Colmar). Die Abweisung eines Eintragungsantrags ohne Zwischenverfügung ist begründet, wenn die Beteiligten eine neue Er-

klärung — in der Eintragungsbewilligung war das Grundstück falsch bezeichnet — abgeben müssen.

4. S. auch du Chesne, Richterliches Ermessen und Willkür, BadRpr. **07** 174.

II. Wirkung der Zurückweisung. 1. R. **07** 709 Ziff. 1532, DJZ. **07** 429, ZBlFG. **7** 838 Ziff. 764 (KG.). Infolge Aufhebung einer zurückweisenden Verfügung des Grundbuchrichters seitens des Beschwerdegerichts hat einerseits der beanstandete Eintragungsantrag als von Anfang an rechtswirksam in der Weise zu gelten, daß er hinsichtlich des Ranges allen in der Zwischenzeit eingegangenen, aber noch nicht erledigten Eintragungsanträgen vorgeht, andererseits hat jedoch die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung, insbesondere nach der Richtung, daß etwa das Grundbuch gegen weitere Eintragungen gesperrt würde. Die während des Bestehens der Zurückweisung erfolgten Eintragungen sind auch nach Aufhebung der zurückweisenden Verfügung gegenüber dem durch die Zurückweisung zunächst erledigt gewesenen Eintragungsantrage rechtswirksam und auf Grund dieses Antrags kann nach erfolgter Aufhebung der Zurückweisung nunmehr die Eintragung nur dann bewirkt werden, wenn sie sich auch nach dem gegenwärtigen Inhalte des Grundbuchs als zulässig erweist.

2. OLG. **13** 196 (Colmar). Der Erneuerung eines zurückgewiesenen Eintragungsantrags steht keine gesetzliche Bestimmung entgegen.

III. Fristlose Zwischenverfügungen. 1. *Herold, Sächs. RpflA. **07** 145 ff. Der Grundbuchrichter ist berechtigt, den Antragstellern die Beseitigung von Eintragungshindernissen aufzugeben, ohne zur Fristsetzung nach § 18 Abs. 1 GBO. zu verschreiten. Dann aber handelt es sich nicht um verfahrensgemäße, mit der Zustellung an die Beteiligten in Wirksamkeit tretende Entscheidungen, sondern lediglich um die an keine Form gebundene Mitteilung sachleitender Anordnungen des Richters, die durch Bezeichnung der noch erforderlichen Eintragungsunterlagen im Interesse der gestellten Anträge die eigentliche Entscheidung auf sie vorbereiten sollen. Solche, ihrem Wesen nach interne Verfügungen sind nicht mit der Beschwerde der §§ 71 ff. GBO. anfechtbar; sie können vielmehr lediglich, wenn sie die verfahrensgemäße Entscheidung ungebührlich verzögern, mit der Aufsichtsbeschwerde angegriffen werden. Sie sind dann angebracht, wenn es sich um schnell und leicht zu beseitigende Hindernisse handelt oder wenn sonst bei sofortiger Entscheidung nach § 18 Abs. 1 GBO. Verzögerungen oder andere Schwierigkeiten, namentlich Mißverständnisse erwartet werden müßten. Es ist auch zu bedenken, daß die Fristsetzung und namentlich die Eintragung von Vormerkungen und Widersprüchen nach § 18 Abs. 1 GBO. zu verschiedenen zweifelhaften, noch unentschiedenen Rechtsfragen führen kann, daß es aber den Pflichten des Grundbuchrichters, wie den Interessen der Rechtsuchenden nicht entsprechen könnte, wenn diese Schwierigkeiten auch bei leicht zu hebenden Eintragungshindernissen zu sofortiger Antragszurückweisung führten. Dagegen:

2. *du Chesne, SächsRpflA. **07** 409 ff. Die befristete Zwischenverfügung des § 18 GBO. muß überall da zur Anwendung kommen, wo es sich um wirkliche, vom Antragsteller zu beseitigende Eintragungshindernisse handelt.

3. *Herold, SächsRpflA. **07** 539 ff., hält seine Ausführungen im SächsRpflA. **07** 145 ff. — s. oben Ziff. III 1 — gegenüber du Chesne das. 409 ff. aufrecht.

IV. ZBlFG. **7** 736 Ziff. 612 b, RheinARB. **06** 128 (KG.). Auch einer Behörde kann das Grundbuchamt eine Frist zur Beibringung von erforderlichen Nachweisungen setzen.

V. Abs. 2. 1. Predari 293. Im Falle des § 18 Abs. 2 kann nach Beseitigung des dem früheren Antrag anhaftenden Mangels die endgültige Eintragung an Stelle

der vorläufigen nur insoweit gesetzt werden, als dies ohne Verdrängung des später Eingetragenen aus dem Grundbuche tunlich ist. Im übrigen hat dieser der Erledigung des früheren Antrags zuzustimmen. Von der Zustimmung des Nacheingetragenen zur Beseitigung seines buchmäßigen Rechtes könnte nur abgesehen werden, wenn das Gesetz ausdrücklich diesen Bruch mit dem Satze des Grundbuchrechts, daß niemand ohne seine Genehmigung die durch die Eintragung erlangte Rechtsstellung solle verlieren dürfen, billigte. Dies ist nicht geschehen.

2. a) KGJ. **31** A 331, OLG. **13** 231, RJA. **7** 69 (KG). Ist zugunsten einer Sicherungshypothek eine Vormerkung nach Abs. 2 eingetragen, weil vor Erledigung des Eintragungsantrags ein neuer Eigentümer einzutragen ist, so darf die Eintragung der Hypothek nur mit Bewilligung des neuen Eigentümers oder auf Grund seiner Verurteilung erfolgen. **b**) BadNotZ. **07** 47 (GBA. Heinsheim). Der Antrag, eine Arresthypothek auf „sämtlichen" Grundstücken des Schuldners einzutragen, ist als dem § 28 GBO. widersprechend zurückzuweisen. Eine Zwischenverfügung kann nicht erlassen werden. Denn die nach § 18 Abs. 2 gegebenenfalls notwendige Vormerkung könnte, wenn man eine solche bei einer Arresthypothek überhaupt für zulässig hält (s. darüber JDR. **2** zu § 18 Ziff. 2), nicht eingetragen werden, weil der Grundbuchrichter nicht wüßte, auf welchen Blättern er sie eintragen sollte.

§ 19. I. Rechtliche Natur der Eintragungsbewilligung. 1. RJA. **8** 41, ZBlFG. **7** 782, KGJ. **33** A 331 (Jena). Die Eintragungsbewilligung ist keine materiell-rechtliche Erklärung, sie gehört vielmehr dem formellen Rechte an (vgl. Fuchs II 217, Güthe zu § 19 Anm. 12).

2. **a**) Oberneck, SeuffBl. **07** 459 ff. Wenn die dingliche Einigung der Parteien über den Eintritt der Rechtsänderung dem Grundbuchrichter in urkundlicher Form vorgelegt wird, bedarf es nicht noch einer besonderen Eintragungsbewilligung. **b**) HessRspr. **8** 92 (LG. Mainz). Die Einigung enthält begrifflich die Eintragungsbewilligung in sich; für diese genügt es, wenn im Wege der Auslegung festgestellt werden kann, daß die Willenserklärung ihrem Sinne nach auf die Vornahme der Eintragung gerichtet ist. **c**) ElsLothJZ. **07** 530 (Colmar). Eine besondere Bewilligung und Beantragung der Eintragung ist neben der Einigung über die Rechtsänderung und die Eintragung nicht erforderlich (s. zu a bis c, JDR. **2** zu § 19 Ziff. 3).

3. OLG. **15** 343 (Braunschweig). Für die Eintragungsbewilligung gilt der § 181 BGB. nicht.

II. Inhalt der Eintragungsbewilligung. 1. Oberneck, SeuffBl. **07** 459 ff. Im Prinzip ist daran festzuhalten, daß für den Grundbuchverkehr ausdrückliche Willenserklärungen erforderlich sind; stillschweigende genügen nicht. Dem Grundbuchrichter kann auch nicht zugemutet werden, die im § 19 GBO. vorgesehene Bewilligung oder die eine solche enthaltenden Einigungserklärungen der Beteiligten (§§ 873, 925 BGB.) aus dem Zusammenhange der Erklärungen zu folgern. Die Auslegungsregeln des BGB. können für die Prüfung des Grundbuchrichters, ob er eine Eintragung vornehmen soll, nicht entscheidend sein. Zu den notwendigen Erklärungen bedarf es jedoch nicht notwendigerweise des Gebrauchs der Gesetzesworte; es genügt, wenn der in zweifelsfreier Weise auf Eintragung gerichtete Wille zum Ausdrucke gebracht ist (s. JDR. **2** zu § 19 Ziff. 4, 6).

2. ZBlFG. **7** 536 Ziff. 442, PosMSchr. **06** 140 (LG. Danzig). In der Ermächtigung, Anträge aller Art gegenüber dem Grundbuchamte zu stellen, liegt auch die Ermächtigung, Löschungen zu bewilligen; der Antrag ist die stärkste Form der Bewilligung.

3. OLG. **14** 190, ZBlFG. **7** 839 Ziff. 768 (Dresden). Die Eintragungsbewilligung oder das sie ersetzende Urteil genügen ihrem Zwecke als Unterlage des Eintrags, wenn sie trotz stilistischer Fehler in der Sache so deutlich sind, daß sie

die Beschaffenheit des einzutragenden Rechtes ergeben (§ 874 BGB.). Bezugnahme auf sie ist zulässig.

4. ElsLothNotZ. **07** 372 (Colmar). In der Bewilligung der Eintragung einer Hypothek muß die Angabe des Grundes der Forderung enthalten sein. Als solche genügt die Angabe eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses, ohne daß die Bezeichnung des Verpflichtungsgrundes, auf dem das Schuldversprechen oder -anerkenntnis beruht, erforderlich wäre (vgl. KG., KGJ. **21** A 139, OLG. **3** 359, **5** 189).

III. Der Betroffene. 1. OLG. **15** 378 (KG.). Derjenige, dessen Recht durch eine Eintragung betroffen wird und dessen Bewilligung deshalb nach § 19 GBO. zu der Eintragung erforderlich ist, ist nicht der im Grundbuch eingetragene, sondern der wirklich berechtigte (vgl. JDR. **2** zu § 19 Ziff. 9, ferner KGJ. **28** A 94, OLG. **8** 189, Güthe Note 33 zu § 19 GBO.).

2. HansGZ. **07** Beibl. 167 (Hamburg). Eine Beeinträchtigung des Rechtes im Sinne des § 19 liegt nur dann vor, wenn das Recht selbst, also sein Inhalt oder sein Rang, durch die Eintragung betroffen wird; eine Beeinträchtigung der Güte des Rechtes genügt nicht.

3. ElsLothJZ. **07** 206, R. **07** 387 Ziff. 812 (Colmar). Wenn gleichzeitig mit der Hypothek ein Nießbrauch an dieser bestellt wird, so bedarf es nur der Bewilligung des Eigentümers, nicht auch der des Hypothekengläubigers. Ebenso Fuchs-Arnheim 220 Anm. 8, Wunderlich, Eintragungsbewilligung 46. Vgl. JDR. **5** Ziff. 3a zu § 19; das dort angeführte OLG. Hamburg u. LG. Dessau auch abgedruckt ZBlFG. **7** 539 Ziff. 466 u. 540 Ziff. 467.

4. *du Chesne, BayNotZ. **07** 100 ff. Beim Vorbehalt eines Nießbrauchs oder einer Kaufgelderhypothek handelt es sich nicht bloß um Erwerbsmodalitäten, sondern um wirkliche erstmalige Belastung des Grundstücks.

IV. Bedeutung der Eintragungsbewilligung als nur **eines** Eintragungserfordernisses. 1. OLG. **14** 76, R. **07** 387 Ziff. 811 (Stuttgart). Darüber, unter welchen Umständen einem Antrag auf Eintragung stattzugeben sei, bestimmt § 19 nicht erschöpfend, sondern so, daß die genauere Begrenzung der Voraussetzungen nach Inhalt und Form den übrigen gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen ist. Aus § 19 kann daher nicht der Rechtssatz entnommen werden, daß bei Bewilligung des Passivbeteiligten einem Eintragungsantrag ohne weiteres stattzugeben sei.

2. Seeger, WürttZ. **07** 137 ff. Der Grundbuchbeamte darf nicht ohne Grund, sondern nur, wenn er nach Lage der Sache bestimmten tatsächlichen Anlaß zu Zweifeln über die Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen hat, den Nachweis der Rechtsfähigkeit einer als Eigentümerin, Gläubigerin usw. bezeichneten juristischen Person fordern; es genügt für die Regel, wenn als Berechtigte eine mögliche juristische Person bezeichnet ist.

§ 20. S. zu § 925 BGB. und zu § 19 Ziff. 2 GBO.

§ 22. I. Nachweis der Unrichtigkeit. 1. Seeger, WürttZ. **07** 137. Ist ein einer juristischen Person zustehendes Recht statt für diese für eine ihrer Verwaltungsstellen eingetragen, so ist Berichtigung von Amts wegen zulässig, wenn der Sachverhalt zweifellos ist. Eine Berichtigung ist nicht erforderlich, wenn trotz ungenauer Bezeichnung der Berechtigte ohne weiteres deutlich erkennbar ist, z. B. wenn statt der „katholischen Pfarrgemeinde" die „katholische Kirchengemeinde" eingetragen ist. Ist infolge falscher Bezeichnung gar nicht diejenige juristische Person, die es anging, als Berechtigte eingetragen, so ist § 54 Abs. 1 Satz 1 anzuwenden.

2. KGJ. **34** A 245, RJA. **9** 59, OLG. **15** 344 (KG.). Um die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Eigentümers herbeizuführen, können die Beteiligten sich auch des Formalakts der Auflassung bedienen. Machen

sie von dieser Befugnis Gebrauch, so genügt es, wenn das Grundbuchamt in Spalte 3 der ersten Abteilung des Grundbuchs den Tag der Auflassung und den Tag der Eintragung vermerkt. Die Angabe, daß eine Grundbuchberichtigung vorliege, kann in diesem Falle nicht verlangt werden.

3. R. **07** 776 Ziff. 1729 (KG.). Maßgebend bei der Frage der von Amts wegen oder auf Anregung jederzeit zulässigen (**RG. 53** 415, Güthe Anm. 7 zu § 22 GBO.) Beseitigung von Undeutlichkeiten in der Fassung von Eintragungsvermerken im Grundbuch ist lediglich, wie der damalige Grundbuchrichter den dem Eintragungsvermerke zugrunde liegenden Antrag aufgefaßt hat, was er infolgedessen hat eintragen wollen und was er eingetragen hat. Hat der Grundbuchrichter den Antrag anders verstanden, als die Beteiligten ihn meinten, so kann das nicht nachträglich dadurch beseitigt werden, daß unter der Form der Verdeutlichung der Eintragung ein anderer Sinn beigebracht wird, als der Grundbuchrichter ihn damit verbunden hat. Das Grundbuch mag dann unrichtig sein, undeutlich ist es nicht. Belanglos ist auch die Zustimmung des Eigentümers des belasteten Grundstücks, da der Sinn einer Eintragung durch Privatwillkür nicht festgestellt werden kann.

4. a) OLG. **15** 11, ZBlFG. **8** 166 Ziff. 246 (KG.). Die Eintragung der Pfändung einer Briefhypothek ist zwar zulässig, ersetzt aber nicht die fehlende Übergabe des Briefes; sie ist vielmehr nur Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO.), und dem Grundbuchrichter muß deshalb Erlaß des Pfändungsbeschlusses und Übergabe des Briefes nachgewiesen werden. An einer bereits rechtswirksam verpfändeten oder gepfändeten Briefhypothek kann ein ferneres Pfandrecht nur mit freiwilliger oder erzwungener Mitwirkung des ersten Pfandgläubigers, z. B. durch Abschluß eines Verwahrungsvertrags über den Brief mit dem neuen Pfandgläubiger oder vielleicht nur mit dem Schuldner für den neuen Gläubiger begründet werden. **b)** BreslauAK. **07** 3 (LG. Hirschberg). Die Pfändung einer Briefhypothek vollzieht sich außerhalb des Grundbuchs, durch Pfändungsbeschluß und Übergabe. Trotzdem ist die Eintragung des Pfandrechts zulässig; sie dient der Grundbuchberichtigung.

5. KGJ. **33** A 277, R. **07** 986 Ziff. 2388 (KG.). Ist eine Hypothek gelöscht, wiewohl eine materielle Grundlage für die Löschung, insbesondere eine Einigung zwischen Gläubiger und Eigentümer über Aufhebung der Hypothek, nicht gegeben war, so kann die Wiedereintragung der Hypothek im Wege der Berichtigung des Grundbuchs auf Antrag des Gläubigers oder des Eigentümers erfolgen, soweit nicht ein Rechtserwerb im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs entgegensteht. Eine inzwischen auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragene Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Sicherungshypothek gemäß § 648 BGB. begründet einen solchen Rechtserwerb nicht, da im Sinne des § 892 BGB. weder ein „rechtsgeschäftlicher" Erwerb noch ein Erwerb eines „Rechtes" vorliegt.

6. PosMSchr. **07** 28, ZBlFG. **7** 839 Ziff. 771 (LG. Tilsit). Wenn eine Hypothek auf den minderjährigen Friedrich S. statt auf die minderjährige Frieda S. umgeschrieben ist, so kann die Berichtigung auf Grund des Zeugnisses des Vormundschaftsgerichts, daß zur Zeit der Abtretung ein von X. bevormundeter minderjähriger Friedrich S. nicht vorhanden gewesen ist, vorgenommen werden. Existiert dagegen ein Friedrich S., so ist die Berichtigung nur mit dessen Zustimmung zulässig (s. auch JDR. **3** zu § 22 Ziff. 3).

7. Die Entsch. des OLG. Stuttgart, JDR. **5** Ziff. 1 b zu § 22 auch KGJ. **33** A 323, ZBlFG. **7** 601.

8. *Planck, WürttZ. **07** 161. Nach dem Güterrechte der württembergischen Errungenschaftsgesellschaft hat die Frau das Recht, bei einem eingetretenen Vermögensverfalle die sog. weiblichen Freiheiten mittels formlos wirksamer Erklä-

rung anzurufen. Bei rechtmäßiger Anrufung der weiblichen Freiheiten geht das ganze errungenschaftliche Vermögen einschließlich der Schulden auf den Mann über. Der Verf. untersucht nun, wie beim Vorhandensein von gütergemeinschaftlichem Grundbesitze die infolge Anrufung der weiblichen Freiheiten eingetretene Unrichtigkeit des Grundbuchs in den Formen der GBO. (§ 29) nachgewiesen werden kann. Dabei unterscheidet er zwei Arten, auf welche dieser Nachweis geführt wird: a) den unmittelbaren Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs, b) die Berichtigungsbewilligung. Die Berichtigungsbewilligung soll, wie der Verf. näher ausführt, da ergänzend eintreten, wo der in Wirklichkeit selten mögliche direkte Nachweis der Unrichtigkeit nicht geführt werden kann; das sei vor allem im Interesse des Verkehrs notwendig.

II. Zustimmung des Eigentümers. 1. ElsLothJZ. **07** 150 (LG. Straßburg). Die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines neuen Eigentümers bedarf stets der Zustimmung des einzutragenden Eigentümers; wenn die Zustimmung durch den Antrag ersetzt werden soll, bedarf dieser der Form des § 29 GBO.

2. R. **08** 2. Beil. 25 Ziff. 146 (BayObLG.). § 22 Abs. 2 GBO. erfordert nicht eine ausdrückliche Einwilligungserklärung des Eigentümers; es genügt jede Willenskundgebung, die dessen Einverständnis unzweifelhaft erkennen läßt, z. B. der Eintragungsantrag selbst.

III. Übergangsrecht. 1. ElsLothNotZ. **07** 24 (Colmar). Für die Berichtigung der vor 1900 in die vorläufigen Grundbücher erfolgten Eintragungen sind die Bestimmungen der jetzt geltenden Gesetze, insbes. die des § 22 nicht anwendbar. Ihre Unrichtigkeit ist nach den für die ursprünglichen Eintragungen im Anlegungsverfahren vorgeschriebenen Beweisvorschriften nachzuweisen, soweit nicht die Berichtigung nach den früheren Gesetzen von Amts wegen vorzunehmen ist.

2. KGJ. **33** A 216, R. **07** 986 Ziff. 2389 (KG.). Die vor dem Jahre 1810 entstandenen Realschankgewerbeberechtigungen sind durch die neuere Gesetzgebung nicht aufgehoben. Die vor diesem Jahre in einem Grundbuche bewirkte Eintragung des mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbundenen Rechtes, herrschaftliches Bier und Branntwein zu verschänken, kann regelmäßig nur auf Grund des Anerkenntnisses der jetzt für die Erteilung der Schankkonzession zuständigen Behörde dahin berichtigt werden, daß das Recht auf unbeschränkten Betrieb der Schankwirtschaft geht.

§ 23. 1. **a)** KGJ. **33** A 238, R. **07** 986 Ziff 2390 (KG.). Betreffs einer Hypothek kann durch Vertrag unter Lebenden zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer, insbesondere bei Bestellung der Hypothek, festgesetzt werden, daß die Hypothek mit dem Tode des Gläubigers erlöschen und daß nach dem Tode die Löschung auf Antrag des Eigentümers ohne Zustimmung der Rechtsnachfolger des Gläubigers soll erfolgen können. Auch das Bestehen der einer Hypothek zugrunde liegenden Forderung kann in dieser Weise auf die Lebenszeit des Gläubigers beschränkt werden, so daß bei Eintritt des Todes des Gläubigers die Forderung erlischt und demgemäß die Hypothek als Eigentümergrundschuld auf den Eigentümer übergeht. **b)** SeuffBl. **07** 452, KGJ. **34** A 312, OLG. **15** 391 (KG.). Wenn eine Sicherungshypothek für eine auf Lebenszeit des Gläubigers beschränkte Forderung eingetragen ist, so kann, selbst wenn Rückstände nicht ausgeschlossen sind, die Hypothek nach Ablauf eines Jahres seit dem Tode des Gläubigers ohne Bewilligung seiner Erben auf Antrag des Grundeigentümers gelöscht werden.

2. ElsLothNotZ. **07** 204 (LG. Mülhausen). Mit dem Wohnungsrechte kann ein Vermerk, daß zur Löschung des Rechtes der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll, nicht eingetragen werden, weil nach der Natur des Rechtes Rückstände von Leistungen ausgeschlossen sind.

§ 26. R. **07** 518 Ziff. 1075, DJZ. **07** 361, ZBlFG. **7** 842 Ziff. 794 (KG.). Zur Umschreibung des Pfandrechts an einer Hypothek genügt Abtretung ohne Umschreibungsbewilligung. Nach § 401 BGB. geht mit der außerhalb des Grundbuchs sich vollziehenden Übertragung der Forderung auch das für sie bestehende Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über; für Anwendung der Sondervorschriften über die Formen, unter denen sich nach § 1154 BGB. die Abtretung von Hypothekenforderungen zu vollziehen hat, ist kein Raum, wo es sich lediglich um die Übertragung einer Forderung handelt, für die ein eingetragenes Recht als Pfand haftet. Es genügt nach § 26 Abs. 2 GBO. zur Eintragung einer solchen Übertragung die Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers.

§ 27. I. Wesen der Löschungsbewilligung. 1. RJA. 8 41, ZBlFG. **7** 782 (Jena). Es ist nicht richtig, daß jede Löschungsbewilligung auch die materiell-rechtliche Erklärung, die Hypothek aufzugeben, enthält. Denn gerade die Erfahrungen des Rechtslebens zeigen, daß in den allermeisten Fällen die Löschungsbewilligung erteilt zu werden pflegt, wenn schon durch einen anderen Vorgang auf dem Gebiete des materiellen Rechtes, nämlich durch die Befriedigung des Gläubigers, die Loslösung der Hypothek von der Person des Gläubigers eingetreten ist.

2. PosMSchr. **07** 123 (KG.). Löschungsbewilligungen und Zustimmungserklärungen zu einer Löschung sind empfangsbedürftige Willenserklärungen (KGJ. **24** A 218, OLG. **5** 407, **6** 210, Güthe zu § 19 Anm. 28; aM. Predari 307). Es genügt daher, wenn die Vollmacht zu ihrer Abgabe in dem Zeitpunkte besteht, in dem diese Erklärungen dem Empfangsberechtigten oder dem Grundbuchamte zugeht.

II. Der Betroffene. 1. a) RJA. 8 235, R. **07** 1019 Ziff. 2493, ZBlFG. **8** 125 (Naumburg). Die Pfändung der Rechte, welche dem Schuldner in Ansehung einer Hypothek für den Fall zustehen, daß sich die Hypothek mit dem Eigentum in seiner Person vereinigt, ist nicht eintragungsfähig. Die Löschung der Hypothek ist aber ohne die Einwilligung des Pfändungsgläubigers unzulässig, auch wenn die Eintragung der Pfändung mangels des Nachweises, daß die Hypothek sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt hat, abgelehnt worden war. **b)** KGJ. **34** A 309 (KG.). Die Überweisung einer gepfändeten Forderung, für die eine Hypothek besteht, zur Einziehung ermächtigt den Pfandgläubiger, die Forderung einzuziehen und über den Empfang zu quittieren, nicht aber die Löschung der Hypothek zu bewilligen. Quittiert er, so ist zur Löschung die Bewilligung desjenigen, auf den die Hypothek infolge der Zahlung übergegangen ist, nicht aber die Bewilligung des eingetragenen Hypothekengläubigers als solchen erforderlich. **c)** PosMSchr. **07** 157 (Posen). Der Eigentümer kann die Löschung der auf seinem Grundstück eingetragenen Hypothek auf Grund des von ihm erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses bewilligen. **d)** PosMSchr. **07** 78 (LG. Bromberg). Zur Löschung einer gepfändeten und zur Einziehung überwiesenen Hypothek genügt die Bewilligung des Pfandgläubigers; die des Hypothekengläubigers ist entbehrlich.

2. Die Entsch des KG. JDR. **5** Ziff. 2 zu § 27 auch ZBlFG. **7** 604.

3. OLG. **14** 132, R. **07** 890 Ziff. 2058 (KG.). Ist die Hypothek durch Zahlung seitens des Eigentümers getilgt, so ist sie kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergegangen. Das Grundbuch ist, insofern es noch den bisherigen Gläubiger als Inhaber aufführt, unrichtig geworden und der Gläubiger oder dessen Rechtsnachfolger ist nicht mehr legitimiert, die Löschung der Hypothek zu bewilligen; vielmehr kann nur der Eigentümer auf Grund der Quittung im Wege der Berichtigung des Grundbuchs gemäß §§ 22, 27, 29 GBO. durch formgerechten Antrag die Löschung der Hypothek herbeiführen.

III. ElsLothNotZ. **07** 112 (Colmar). Bei gleichzeitiger Löschung einer Hypothek,

die auf mehreren Blättern desselben Grundbuchamts eingetragen ist, ist, wenn bei diesem nicht mehrere Abteilungen bestehen, nur eine Löschungsbewilligung und ein Löschungsantrag nötig.

IV. Die Wirkung der Löschungsbewilligung. 1. SeuffBl. **07** 267 (Dresden). Die Löschungsbewilligung des Hypothekengläubigers kann nur die Grundlage für die Löschung der Hypothek bilden, nicht aber ist sie geeignet, den Antrag des Eigentümers, die Umschreibung der Hypothek auf ihn zu bewirken, zu rechtfertigen.

2. **a**) ZBlFG. **7** 828, R. **06** 1377 Ziff. 3301 (Dresden). Auf Grund einer Löschungsbewilligung kann der Grundstückseigentümer eine Hypothek nicht auf sich umschreiben, sondern nur löschen lassen (§§ 1183, 1168 BGB.); es handelt sich nicht um Verzicht, sondern um Aufhebung. **b**) Ferner KGJ. **32** A 257, ZBlFG. **7** 743 Ziff. 666 b (KG.). Durch die Löschungsbewilligung des Hypothekengläubigers allein wird nicht nachgewiesen, daß sich die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld umgewandelt hat. **c**) ZBlFG. **7** 743 Ziff. 666 c, ThürBl. **53** 268 (Jena). Ebenso auf Grund der Ansicht, daß die Löschungsbewilligung als formale Erklärung eine materielle Rechtsänderung überhaupt nicht beweise, auch nicht notwendig enthalten müsse für den Fall, daß die bezahlte Hypothek (§ 1163 BGB.) auf einen neuen Gläubiger als Hypothek umgeschrieben werden soll (§ 1180 BGB.).

V. Die Zustimmung des Eigentümers. 1. **a**) OLG. **15** 378 (KG.) § 27 verlangt die Zustimmung des wirklichen, nicht die des bloß buchberechtigten Eigentümers. **b**) S. auch § 47 Ziff. 1 bis 3. **c**) ElsLothJZ. **07** 152 (LG. Straßburg). Der Zustimmung des Eigentümers bedarf es auch im Falle des § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB. **d**) KGJ. **34** A 317 (KG.). Die Löschung eines für die Schlesische Landschaft auf Grund der Beleihungsordnung vom 29. August 1888 im Grundbuch eingetragenen Pfandbriefdarlehens hat auf Ersuchen der Landschaft zu erfolgen, ohne daß dem Grundbuchamte der Nachweis der zur Löschung erforderlichen Zustimmung des Grundstückseigentümers geführt zu werden braucht.

2. **a**) BayNotZ. **07** 89, SeuffBl. **07** 299 (München). Die Zustimmung des Eigentümers braucht nicht ausdrücklich zu sein. Es genügt, wenn die Erklärung keinen Zweifel darüber läßt, daß die Beteiligten die Befreiung des Grundstücks von der Hypothek bezwecken. **b**) Vgl. auch BayObLG., BayRpflZ. **07** 47, über die Auslegung einer Urkunde, in der die Zustimmung des Eigentümers zur Hypothekenlöschung enthalten sein soll.

§ 28. 1. RJA. **8** 161, ZBlFG. **7** 950, R. **07** 1011 Ziff. 2475, KGJ. **34** A 304 (KG.). § 28 ist trotz des Prädikats „ist" nur Ordnungsvorschrift (herrschende Meinung; s. JDR. **2** zu § 28 Ziff. 1). Er ist nicht nur auf Eintragungsbewilligungen, sondern auch auf diejenigen urkundlichen Erklärungen, die die Eintragungsbewilligung ersetzen, anzuwenden, so z. B. auf die Quittung über die Bezahlung einer Hypothek (Predari Anm. 2, Fuchs-Arnheim Anm. 4).

2. RJA. **8** 139, ZBlFG. **7** 933 (KG.). Die zur Bezeichnung des Berechtigten notwendigen Merkmale (s. für Preußen § 4 AV. 20. November 1899) können bei Grunddienstbarkeiten nur der Bezeichnung des berechtigten Grundstücks entnommen werden. Die Erfordernisse, welche die GBO. an die Deutlichkeit der Bezeichnung eines Grundstücks stellt, sind im § 28 enthalten. Dieser handelt allerdings nur von dem belasteten Grundstücke, kann aber entsprechend auch für das berechtigte Grundstück verwertet werden. Dieser Grundsatz kann nur dann keine Anwendung finden, wenn das berechtigte Grundstück nicht im Grundbuch eingetragen ist. Im übrigen muß das berechtigte Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt bezeichnet werden.

3. HessRspr. 8 133 (LG. Gießen). Wenn die Eintragung auf den im Grundbuche von N. Bd. I Bl. Nr. 79 unter den laufenden Nummern verzeichneten Grundstücken

beantragt wird und in dem Antrage der hinter dem Formularvordrucke „Nummern“ befindliche freie Raum offen gelassen ist, so ist ohne weiteres die Annahme gerechtfertigt, daß sämtliche auf Bl. Nr. 79 unter laufenden Nummern verzeichneten Grundstücke gemeint sind (s. JDR. **5** zu § 28 Ziff. 3 a; s. auch den anders liegenden Fall JDR. **2** zu § 28 Ziff. 3).

§ 29. I. Anwendungsgebiet des § 29. 1. KGJ. **33** A 190, R. **07** 903 Ziff. 2187 (KG.). Ist eine öffentliche Urkunde in vorschriftsmäßiger Form hergestellt, so kann das Grundbuchamt, von besonderen Ausnahmefällen abgesehen, nicht den Nachweis verlangen, daß die Aussteller in amtlicher Eigenschaft die Urkunde unterzeichnet haben. Dagegen darf das Grundbuchamt für die vor ihm abgegebenen mündlichen Erklärungen (z. B. Auflassungen) einen solchen Legitimationsnachweis fordern. Das Vertretungsorgan einer evangelischen Kirchengemeinde, der Gemeindekirchenrat, ist eine öffentliche Behörde. Auflassungserklärungen im Namen einer evangelischen Kirchengemeinde können nur von sämtlichen Mitgliedern des Gemeindekirchenrats, also in Kollektivvertretung, abgegeben werden, wiewohl zur Ausstellung schriftlicher verbindlicher Willenserklärungen die Unterzeichnung durch den Vorsitzenden und zwei Gemeindeälteste genügt.

2. *v. Amelunxen, DNotV. **07** 14 ff. Bei einer im Versäumnisverfahren (§§ 91 ff. FGG.) errichteten und rechtskräftig bestätigten Auseinandersetzung mit Auflassungserklärung und Eintragungsbewilligungen wird hinsichtlich des Ausgebliebenen die richtige Form ersetzt durch den Bestätigungsbeschluß, dessen Wirkung einem Urteile gemäß § 894 ZPO. entspricht (vgl. o. zu § 925 BGB. Ziff. 2 a und unten zu § 37 Ziff. 1).

3. R. **07** 1329 Ziff. 3358, ZBlFG. **8** 358 Ziff. 413 (BayObLG.). Die dem Rechtsnachfolger des Gläubigers erteilte Vollstreckungsklausel ersetzt nicht den Nachweis der übrigen in dem § 29 GBO. geforderten Voraussetzungen der Eintragung in das Grundbuch.

4. BayNotZ. **07** 89 (München). Wenn in einem Enteignungsverfahren die auf den zu enteignenden Grundstücken im Grundbuch eingetragenen Hypothekengläubiger zu dem Verfahren nicht zugezogen worden sind, so unterliegen deren Erklärungen, daß sie befriedigt seien, oder daß sie auf die Hypothek verzichten, nicht dem BayG. vom 17. November 1837, sondern dem § 29 GBO.

5. ElsLothNotZ. **07** 300. Nach dem Vertrage zwischen dem Deutschen Reiche und der Schweiz vom 14. Februar 1907 bedürfen vom 16. August 1907 an die von deutschen Gerichten beglaubigten Urkunden zum Zwecke ihres Gebrauchs in der Schweiz und ebenso die von Gerichten der Schweiz beglaubigten zum Gebrauch im Deutschen Reiche keiner weiteren Beglaubigung mehr. Daraus ergibt sich auch, daß notarielle Urkunden nicht mehr der diplomatischen Beglaubigung bedürfen, sondern daß die Beglaubigung der Unterschrift des Notars durch das zuständige Gericht genügt.

II. Vollmacht (s. JDR. **4** zu § 29 Ziff. B, **5** zu § 29 Ziff. B 3). 1. KGJ. **33** A 149, R. **07** 903 Ziff. 2189 (KG.). Ein Bevollmächtigter muß zu seiner Legitimation dem Grundbuchamte die Vollmachtsurkunde vorlegen oder in der Form des § 29 GBO. nachweisen, daß er zur Zeit der namens des Machtgebers abgegebenen, auf eine Eintragung in das Grundbuch gerichteten Erklärung im Besitze der Vollmachtsurkunde gewesen sei. Wird die Vollmachtsurkunde vorgelegt, so bedarf es nicht noch des Nachweises, daß die Vollmacht nicht widerrufen oder sonst erloschen oder für kraftlos erklärt sei, sofern nicht dem Grundbuchamte bestimmte Tatsachen für das Erlöschen der Vollmacht bekannt geworden sind. Die Vollmachtsurkunde ist, wenn die Vollmacht zu notariellem Protokoll erklärt ist, die Ausfertigung dieses Protokolls.

2. a) SeuffBl. **07** 267 (Dresden). Wird ein Urteil oder ein prozeßgerichtlicher Vergleich als Eintragungsgrundlage beigebracht, so bedarf es daneben nicht noch einer Vollmacht des nach Ausweis des Schuldtitels für den Passivbeteiligten aufgetretenen Prozeßbevollmächtigten. Denn dem Schuldtitel kommt, solange er nicht aufgehoben ist, volle Wirkung auch nach der Richtung hin zu, daß die Parteien in dem Verfahren nach Vorschrift der Gesetze vertreten gewesen sind. **b**) SächsRpflA. **07** 280, R. **07** 838 Ziff. 1894, ZBlFG. **8** 212 Ziff. 161 (Dresden). Der Prozeßvergleich ist auch dann als ausreichende Eintragungsgrundlage anzusehen, wenn die Prozeßvollmachten unbeglaubigt sind. Ebenso ein in dieser Entsch. angeführter Beschluß des OLG. Dresden vom 26. September 1906.

3. ZBlFG. **7** 736 Ziff. 613, PosMSchr. **06** 172 (LG. Danzig). Die von einem vertretungsberechtigten Gesellschafter einer oHG. einem (oder mehreren) Gesamtprokuristen besonders erteilte Vollmacht, Anträge aller Art gegenüber dem Grundbuchamte zu stellen, ist diesem gegenüber wirksam.

4. BadNotZ. **07** 31 ff. über das Recht der Parteivertreter in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.

III. Urkunden öffentlicher Behörden. 1. Genossenschaften. KGJ. **33** A 156, R. **07** 904 Ziff. 2190 (KG.). Die im § 25 Abs. 2 GenG. gegebene und eine gemäß § 25 Abs. 1 ebenda in das Statut etwa aufgenommene Vorschrift, daß zur Zeichnung von Willenserklärungen der Genossenschaft neben den Unterschriften der Vorstandsmitglieder auch die Niederschrift der Genossenschaftsfirma erforderlich sei, ist nur eine Ordnungsvorschrift. Das Grundbuchamt ist nicht berechtigt, eine nach dem Inhalte der Urkunde von den Vorstandsmitgliedern im Namen der Genossenschaft erklärte, notariell beglaubigte Eintragungsbewilligung deswegen zu beanstanden, weil die Vorstandsmitglieder sie ohne Voranstellung der Firma lediglich mit ihren Vor- und Zunamen unterzeichnet haben.

2. Stadtgemeinden. a) KGJ. **33** A 194, R. **07** 903 Ziff. 2185 (KG.). Das Grundbuchamt ist nicht befugt, von dem Beigeordneten einer rheinischen Stadt, der ihm als solcher bekannt ist, einen Nachweis darüber zu verlangen, daß er im besonderen Falle zur Vertretung des Bürgermeisters befugt ist. **b**) KGJ. **33** A 198, R. **07** 903 Ziff. 2186 (KG.). Ausgefertigte Urkunden, in denen eine Stadtgemeinde der sechs östlichen Provinzen die Bewilligung einer Löschung im Grundbuch erklärt, bedürfen außer der Unterschrift des Bürgermeisters oder seines Stellvertreters nicht noch der Unterschrift anderer Magistratsmitglieder.

3. Sparkassen (s. JDR. **3** zu § 29 Ziff. A 5 u. B 1, **4** zu § 29 Ziff. D 2, 3, 4, **5** zu § 29 Ziff. C 3). **a**) PosMSchr. **07** 74, KGJ. **34** A 224 (KG.). Eine städtische Sparkasse wird im Gebiete der preußischen Städteordnung vom 30. Mai 1853 auch dann durch den Magistrat vertreten, wenn ein vertretungsberechtigtes Kuratorium vorhanden ist. Dessen Vertretungsbefugnis besteht nur neben der des Magistrats. Anders dann, wenn der Sparkasse juristische Persönlichkeit verliehen ist. **b**) **RG. 64** 400, R. **07** 396, RheinA. **104** II 208. Nach § 54 RheinStädteO. — übereinstimmend mit § 59 StädteO. für die 6 östlichen Provinzen vom 30. Mai 1853 — können zur dauernden Verwaltung oder Beaufsichtigung einzelner städtischer Geschäftszweige Deputationen und Kommissionen bestellt werden; diese haben die Eigenschaft öffentlicher Behörden und Beamten. Ist eine solche Deputation für die städtische Sparkasse bestellt, so bedarf sie nicht noch einer Bevollmächtigung durch den Magistrat. **c**) KGJ. **33** A 200, R. **07** 903 Ziff. 2188 (KG.). Zur Legitimation der Vertreter einer Gemeindesparkasse, deren Vorstand nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Behörde hat, im Grundbuchverkehr ist außer dem Nachweise der Bestellung der derzeitigen Vertreter auch der Nachweis des Inhalts des Statuts über deren Vertretungsmacht erforderlich. Der zweite Nachweis kann nicht nur durch Vorlegung des Statuts, sondern auch durch eine Bescheinigung der Aufsichts-

behörde geführt werden. Doch vermag eine allgemeine Bescheinigung, die, ohne den Inhalt des Statuts erkennen zu lassen, dahin geht, daß gewisse Personen zur Vertretung der Kasse berechtigt seien, die Vorlegung des Statuts nicht zu ersetzen. **d) RG.** R. **07** 718. Die Verwaltungen der preußischen Kreissparkassen und das Direktorium der Preußischen Zentralgenossenschaftskasse sind öffentliche Behörden.

§ 30. ElsLothJZ. **07** 156 (LG. Straßburg). Im Falle der Verteilung der Forderung auf die einzelnen Grundstücke bei Eintragung einer Zwangshypothek bedarf der die Verteilung zum Ausdrucke bringende Antrag nicht der Form des § 29.

§ 32. 1. OLG. **15** 391, KGJ. **34** A 312 (KG.). Die Zurücknahme eines Eintragungsantrags hindert die Eintragung nicht, wenn der Antrag auch von einem zweiten Antragsberechtigten gestellt worden ist.

2. ElsLothNotZ. **07** 341 (LG. Straßburg). Durch die Zurücknahme des Antrags auf Eintragung einer Hypothek seitens des Gläubigers wird der Antrag des Schuldners auf Eintragung nicht außer Kraft gesetzt.

3. ZBlFG. **7** 536 Ziff. 443, SächsOLG. **27** 257 (Dresden). Die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek durch den Generalbevollmächtigten des Grundstückseigentümers ist seitens des Vollmachtgebers unwiderruflich, sobald sie in einer die Einigung mit dem Empfänger der Hypothek ausweisenden, vom Bevollmächtigten gerichtlich anerkannten, beim Grundbuchamt eingereichten Urkunde erklärt ist (§ 873 Abs. 2 BGB.). Der auf sie begründete Eintragungsantrag kann widerrufen werden (§§ 13, 32 GBO.); trotzdem kann der andere Teil, indem er seinerseits den Antrag stellt (was auch im Beschwerdewege geschehen kann), die Eintragung herbeiführen (s. JDR. **2** zu § 32 Ziff. 2).

§ 33. 1. KGJ. **33** A 153, R. **07** 904 Ziff. 2191 (KG.). Der § 15 HGB. hat keine rechtsbegründende Bedeutung. Diesem § 15 und dem § 33 GBO. gegenüber behält die Tatsache der Auflösung einer Handelsgesellschaft ihre rechtserhebliche Wirkung. Deshalb ist das Grundbuchamt befugt, bei Zweifeln, die sich aus dem Inhalte des Handelsregisterzeugnisses über die Legitimation eines eingetragenen Gesellschafters ergeben, auch andere Beweismittel, namentlich die Registerakten heranziehen.

2. BauersZ. **07** 133. Bei Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft auf eine andere Aktiengesellschaft gegen Aktiengewährung (Fusion) unter Ausschluß der Liquidation ist dem Grundbuchamte der Vermögensübergang durch die Handelsregistereintragung des Veräußerungsbeschlusses und der Auflösung der veräußernden Gesellschaft sowie der erfolgten Kapitalserhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft nachzuweisen. Dieser Nachweis wird regelmäßig genügen, kann aber je nach dem Inhalte der Registereintragungen, insbes. nach der Richtung hin, ob daraus die Beziehung der eingetragenen Kapitalserhöhung zu dem eingetragenen Auflösungs- und Fusionsbeschlusse zweifelsfrei hervorgeht, noch der Ergänzung durch Vorlegung des Vertrags und der Generalversammlungsbeschlüsse bedürfen.

§ 34. 1. ElsLothNotZ. **07** 301 (Colmar). Wenn ein in Errungenschaftsgemeinschaft verheirateter Ehegatte die Eintragung eines von ihm gekauften Grundstücks als Alleineigentum beantragt mit der Erklärung, daß der Erwerb als teilweise Surrogation seines in die Ehe eingebrachten Gutes erfolgt sei, so ist diesem Antrage vom Grundbuchamte stattzugeben. Denn dieses hat nur zu prüfen, ob das Recht formell in der Person des Erwerbers zur Entstehung gelangen kann, nicht aber die materiellen Voraussetzungen der Rechtsänderung festzustellen. Insbesondere darf die Eintragung nicht verweigert werden, weil die Möglichkeit besteht, daß der Erwerb ins Gesamtgut fällt. Die Berichtigung herbeizuführen, ist Sache des anderen Ehegatten.

2. BadRpr. **07** 4 (LG. Karlsruhe). Beim Erwerb eines Grundstücks durch den Ehemann allein darf der Grundbuchrichter nicht dessen Eintragung mit Rück-

sicht darauf verweigern, daß das Grundstück Gesamtgut wird. Anders liegt der Fall, wenn ein solches Grundstück später veräußert werden soll. Weiß der Grundbuchrichter, daß die Eheleute in Gütergemeinschaft leben, so muß er die Auflassung durch den Mann allein beanstanden, weil dieser allein nicht verfügungsberechtigt ist.

3. S. im übrigen zu §§ 13 ff. Ziff. II 1 a—d.

4. *Haidlen, Familienrecht 87. Das Grundbuchamt kann die beantragte Eintragung nicht ablehnen, wenn statt des Zeugnisses aus dem Güterrechtsregister der Ehevertrag selbst vorgelegt wird.

§ 36. 1. Erbschein. a) R. **07** 67 Ziff. 84 (KG.). Wenn dem Grundbuchrichter zum Nachweise der Erbfolge neben der Verfügung von Todes wegen, auf der die Erbfolge beruht, noch der gemäß § 2355 BGB. ausgestellte Erbschein vorliegt, so hat er nur den Inhalt des Erbscheins zu berücksichtigen und nicht auf eine vom Erbschein abweichende Auslegung der in der letztwilligen Verfügung enthaltenen Dispositionen einzugehen (s. JDR. **2** zu § 36 Ziff. 5). **b)** KGJ. **34** A 227 (KG.). Werden in einer Grundbuchsache zum Nachweise der Erbfolge ein Erbschein und das ihm zugrunde liegende Testament vorgelegt, so ist lediglich der Inhalt des Erbscheins für das Grundbuchamt maßgebend. Wenn dieser unverständlich ist, so ist dem Antragsteller gemäß § 18 GBO. eine Frist zu setzen, um bei dem Nachlaßgerichte die Erteilung eines anderen Erbscheins zu erwirken. **c)** ZBlFG. **8** 358 Ziff. 414, HessRspr. **8** 101 (LG. Mainz). Das Verlangen eines Erbscheins ist gerechtfertigt, wenn es zweifelhaft ist oder Ermittelungen geboten sind, ob der Fall der Ersatz- oder Nacherbschaft überhaupt gegeben ist; der Erbschein kann in solchem Falle zur Ergänzung der vorgelegten letztwilligen Verfügung gefordert werden. **d)** ElsLothNotZ. **07** 139 (LG. Mülhausen). Für die vor 1900 eingetretenen Erbfälle kann die Erbfolge auch durch andere öffentliche Urkunden als durch Erbbescheinigungen nachgewiesen werden. **e)** Die Entsch. des BayObLG. JDR. **5** Ziff. 1 b zu § 36 auch SeuffBl. **07** 302.

2. Gütergemeinschaftszeugnis. KGJ. **34** A 229 (KG.). Das Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft hat, wenn neben den gemeinschaftlichen Abkömmlingen andere erbberechtigte Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten vorhanden sind, den Bruchteil des ehelichen Gesamtguts anzugeben, welcher Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft geworden ist. Ein Zeugnis, das keine solche Einschränkung enthält, beweist, daß keine solche Abkömmlinge vorhanden sind.

3. Testamentsvollstreckerzeugnis. **a)** KGJ. **34** A 233 (KG.). Wenn das Nachlaßgericht die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses wegen Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung abgelehnt hat, so kann das Grundbuchamt die selbständige Prüfung dieser Gültigkeit zwecks Feststellung der Verfügungsbefugnis des vermeintlichen Testamentsvollstreckers ablehnen und fordern, daß ihm die Verfügungsbefugnis durch ein im Wege der Beschwerde gegen die Entscheidung des Nachlaßgerichts zu erlangendes Testamentsvollstreckerzeugnis nachgewiesen werde. **b)** OLG. **14** 316, R. **07** 986 Ziff. 2391 (KG.). Hat der in einem öffentlichen Testamente zum Testamentsvollstrecker Ernannte die Erklärung der Annahme des Amtes zum Protokolle des Nachlaßgerichts abgegeben, so genügt für den Grundbuchverkehr neben dem Testament und der Eröffnungsverhandlung eine Ausfertigung dieses Protokolls des Nachlaßgerichts; hat er die sonstwo in öffentlich beglaubigter Form abgegebene Annahmeerklärung dem Nachlaßgericht eingereicht, so kann sich der Grundbuchrichter mit einer solchen Urkunde und einem Zeugnisse des Nachlaßgerichts über den Eingang begnügen. Ein Zeugnis dieser Art kann das Nachlaßgericht ohne sachliche Prüfung ausstellen, und das Grundbuchamt ist infolge der Gleichstellung des öffentlichen Testaments mit dem Vollstreckerzeugnis einer Nachforschung nach dem Vorhandensein anderer letztwilliger Verfügungen

überhoben. Das Zeugnis über die Annahme des Amtes setzt dagegen die im § 2368 BGB. angeordnete materielle Prüfung des Nachlaßgerichts voraus (s. JDR. **3** zu § 36 Ziff. 4). **c**) Über die Prüfung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers s. zu §§ 13 ff. Ziff. III 3.

§ 37. 1. Josef, BadNotZ. **07** 11 ff. Voraussetzung für die Ausstellung des im § 37 erwähnten Zeugnisses ist nicht, daß eine gerichtliche Auseinandersetzung stattgefunden hat (herrschende Meinung). — Hat eine gerichtliche Auseinandersetzung stattgehabt, so genügt es auch, wenn der Beitritt eines Erben im Versäumnisverfahren ergänzt ist; denn die Säumnis hat die Folge, daß das Einverständnis des Säumigen mit den beurkundeten Erklärungen angenommen wird (aM. Boschan, Erbschaft u. Erbfolge 309, Kretzschmar I 104, Förster 133, Brachvogel-Frydrychowicz Anm. 7, Willenbücher Anm. 5, Güthe Anm. 10 β; wie Josef dagegen: Planck zu § 2047 Anm. 2, Schultze-Görlitz zu § 98 Anm. 4, Meikel, GBO. 264, zweifelnd Predari Anm. 1; s. JDR. **2** zu § 37 Note 2). — Die Bestätigung der Auseinandersetzung ist eine Voraussetzung der Erteilung des Zeugnisses nur insofern, als die Verweigerung der Bestätigung auf Gründen beruht, die auch der Zeugniserteilung entgegenstehen, z. B. örtliche Unzuständigkeit. Sonst aber kann das Zeugnis trotz Ablehnung der Bestätigung, z. B. wenn diese darauf beruht, daß das Nachlaßgericht die mit der Bestätigung verbundenen Verzögerungen im Interesse der Erben vermeiden wollte, erteilt werden (aM. Güthe Anm. 11; s. zu § 29 Ziff. I 2).

2. SeuffBl. **07** 267 (Dresden). Die Erbauseinandersetzung genügt für sich allein nicht zur Umschreibung einer zum Nachlasse gehörenden Hypothek, da sie nur obligatorische Wirkungen hat. Es ist vielmehr noch die Eintragungsbewilligung der Erben nötig.

§ 39. 1. Allgemeines. **a**) BadRpr. **07** 100 (LG. Freiburg). Behörde ist jedes Organ der Staatsgewalt, das dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Herbeiführung der Zwecke des Staates oder derjenigen Zwecke, deren Förderung zu den Aufgaben des Staates gehört, selbständig tätig zu sein. Es gehören hierher also nicht nur die eigentlichen Staatsbehörden, sondern auch die Amtsstellen der Körperschaften des öffentlichen Rechtes, die dem Staatsleben organisch angegliedert sind und denen im öffentlichen Interesse die Ausübung öffentlicher Funktionen zugewiesen ist. — Das Siegel braucht seinem Wortlaute nach nicht die Bezeichnung der Behörde zu enthalten. **b**) ZBlFG. **7** 736 Ziff. 612 b, RheinARB. **06** 128 (KG.). Das Eintragungsersuchen einer Behörde ersetzt nur den Antrag, die Eintragungsbewilligung und die sonst etwa zur Eintragung erforderlichen Erklärungen Dritter; dagegen müssen die übrigen allgemeinen Voraussetzungen der Eintragung (z. B. § 28 GBO.) auch beim Ersuchen einer Behörde gegeben sein.

2. Ersuchen des Prozeßgerichts. Neumiller, SeuffBl. **07** 288 f. Wenn in einem Prozeßvergleich eine Hypothek bewilligt und beantragt wird, so ist der Prozeßrichter nicht befugt, Ausfertigung des Vergleichs dem Grundbuchamte zu übersenden. Dies ist vielmehr Sache der Beteiligten.

3 Ersuchen des Vollstreckungsgerichts. **a**) ZBlFG. **7** 713, R. **07** 709 Ziff. 1533, KGJ. **34** A 282 (KG.). Der Vollstreckungsrichter ist nicht befugt, den Grundbuchrichter um Löschung derjenigen Hypotheken zu ersuchen, die nach dem Zuschlag eingetragen sind. Denn mit diesen Hypotheken, die nicht infolge des — vorher erteilten — Zuschlags erlöschen, hat der Vollstreckungsrichter nichts zu tun. Der Grundbuchrichter muß daher das Datum des Zuschlagsbeschlusses beachten. **b**) KGJ. **34** A 257, RJA. **8** 237, OLG. **15** 30, R. **07** 1020 Ziff. 2494, SeuffBl. **07** 609, DJZ. **07** 1261, ZBlFG. **8** 127 (KG.). Das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts, die Anordnung der Zwangsverwaltung eines Grundstücksanteils einzutragen, kann

nicht vom Grundbuchamte wegen sachlicher, aus dem Grundbuche sich ergebender Anstände, insbesondere deswegen abgelehnt werden, weil die Anteile der Miteigentümer im Grundbuche nicht in Bruchteilen angegeben sind. **c)** duChesne, ThürBl. **54** 163. Ist der bisherige Eigentümer der Ersteher des Grundstücks, so ist doch dem Ersuchen um Eintragung des Erstehers stattzugeben. Dies wäre nur dann unzulässig, wenn eine gesetzliche Vorschrift bestände, daß die Eintragung des Erstehers nur erfolgen dürfe, wenn sie sich als Berichtigung des durch den Zuschlag unrichtig gewordenen Grundbuchs darstellte; denn das Grundbuch ist hier nicht unrichtig. Eine solche Vorschrift besteht jedoch nicht. Ob die Eintragung in der Form geschieht: „Eigentümer ist der bisherige Eigentümer auf Grund Zuschlags" oder so: „das Grundstück ist dem bisherigen Eigentümer zugeschlagen worden", ist gleichgültig.

4. Ersuchen des Nachlaßgerichts. KGJ. **32** A 243, ZBlFG. **7** 736 Ziff. 617 (KG.). Das Amtsgericht ist weder als Nachlaßgericht noch als Vormundschaftsgericht befugt, das Grundbuchamt um Umschreibung einer bei der Erbauseinandersetzung einem von mehreren Erben überwiesenen Nachlaßhypothek zu ersuchen und gegen die Ablehnung der Umschreibung Beschwerde einzulegen.

5. Ersuchen von Auseinandersetzungsbehörden. **a)** S. die Besprechung des Werkes von Holzapfel, Das Grundbuchrecht im Verkehre zwischen Auseinandersetzungsbehörden und Grundbuchämtern, durch Mahraun, JLBl. **07** 31. **b)** Holzapfel, Grundbuchrecht 216. Die Mithaft von Grundstücken eines dritten Eigentümers — im Gegensatze zum Eigentümer der Stammstelle — steht der Rentengutsbildung nicht entgegen. Die Gesamthaft zwischen diesen Grundstücken und dem Rentengute braucht daher nicht beseitigt zu werden. Zweifelnd Predari, GruchotsBeitr. **51** 687. **c)** Predari, GruchotsBeitr. **51** 686. Die Spezialkommissare sind zu dem Ersuchen auf Eintragung des Auseinandersetzungsrezesses nicht zuständig (gegen Holzapfel, Grundbuchrecht). S. auch JDR. **4** zu § 39 Ziff. 2. **d)** KGJ. **33** A 212, R. **07** 997 (KG.). Im Rentengutsbildungsverfahren, mag es die Rentengutsbildung durch Erwerb eines geeigneten Gutes gegen Rentenzahlung oder durch Zusammenlegung zum Gegenstande haben (vgl. KGJ. **13** 188 u. **30** A 190), hat nach § 12 Abs. 1 G. vom 7. Juli 1891 die Generalkommission nur eine vermittelnde Tätigkeit auszuüben. Sie hat den Antrag auf Vermittelung der Rentengutsbildung abzulehnen, wenn der Rentengutsausgeber zur Auflassung nicht berechtigt sein würde; sie kann deshalb weder den Rentengutsausgeber zur Beibringung der nach ihrem Ermessen zum Nachweise seines Eigentums erforderlichen Urkunden durch Ordnungsstrafen anhalten, noch ist sie befugt, statt seiner das Grundbuchamt um die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung seines Eigentums zu ersuchen. — In einem agrarrechtlichen Auseinandersetzungsverfahren ist nicht nur die Generalkommission, sondern auch der Spezialkommissar berechtigt, das Grundbuchamt um die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung eines Eigentümers zu ersuchen. Dieser Grundsatz gilt aber nicht für das Rentengutsbildungsverfahren, hier ist die Generalkommission allein legitimiert. **e)** KGJ. **34** A 267 (KG.). Ein im Auseinandersetzungsverfahren vor dem Jahre 1900 begründetes gemeinschaftliches Hütungsrecht ist eine Angelegenheit, für die den Beteiligten von der Generalkommission ein gemeinschaftlicher Vertreter bestellt werden kann. — Die Bewilligung der Löschung des Rechtes im Grundbuch enthält eine Verfügung über die Substanz und bedarf der Genehmigung der Generalkommission. Ist die Löschung ohne diese Genehmigung erfolgt, so ist auf Beschwerde der Generalkommission das Recht mit dem früheren Range wieder einzutragen.

§ 40. 1. SeuffBl. **07** 255, R. **07** 19 Ziff. 362, ZBlFG. **7** 740 Ziff. 639, JustdBl. **07** 298, BayObLG. **8** 1, BayNotZ. **07** 84 (BayObLG.). Verfügt der allein eingetragene Mann über einen zum Gesamtgute gehörigen Gegenstand, so muß, bevor der Erwerber eingetragen werden kann, das Grundbuch durch Eintragung des An-

teilsrechts der Frau berichtigt werden (herrschende Meinung). Das gleiche gilt, wenn beide Ehegatten ein zum Gesamtgute gehöriges Grundstück, das nur auf den Namen des Mannes eingetragen ist, auflassen (BayRpflZ. **07** 110 [BayObLG.]). S. JDR. **2** zu § 40 Ziff. 5 g.

2. OLG. **14** 135, KGJ. **33** A 184 (KG.). Haben die Gesellschafter sich auseinandergesetzt und das Gesellschaftsvermögen unter sich verteilt, so findet, wenn sie über eine zum Gesellschaftsvermögen gehörig gewesene Hypothek verfügen wollen und auf Grund dieser Verfügung eine Eintragung erfolgen soll, § 40 Abs. 1 Anwendung. Es haben sich daher die Gesellschafter oder derjenige von ihnen, dem bei der Auseinandersetzung die Hypothek übertragen ist, zunächst als Gläubiger der Hypothek eintragen zu lassen.

3. HessRspr. 8 96 (GroßhHessJustMin.). Wenn eine Briefhypothek abgetreten und dann von dem Zessionare, bevor er selbst eingetragen ist, die Löschung bewilligt wird, so ist nichts dagegen einzuwenden, wenn die Hypothek, bevor sie gelöscht wird, auf den Zessionar umgeschrieben wird. Die vom **RG. 54** 366 ff. vertretene Ansicht bezieht sich nicht auf die Frage, ob § 40 Abs. 1 GBO. gewahrt ist, wenn der Zwischengläubiger nicht eingetragen ist. ➸ Nach der Ansicht, die das RG. in der erwähnten Entscheidung ausgesprochen hat, ist ein Zweifel daran, daß § 40 Abs. 1 befolgt ist, nicht möglich, weil der eingetragene Zedent als Betroffener und der nicht eingetragene Zessionar als ein nicht berechtigter, aber mit Einwilligung des Zedenten verfügender Beteiligter angesehen wird. Red. ⇜

§ 41. I. Vor- und Nacherbe. 1. a) Herold, ZBlFG. 8 213 ff. Solange bei Rechten der Vorerbschaft das Nacherbrecht im Grundbuche nicht eingetragen ist, hat der Nacherbe auch bei entgeltlichen Verfügungen des befreiten Vorerben als betroffen im Sinne der §§ 19, 40 GBO. zu gelten, so daß der Grundbuchrichter entweder vorherige Eintragung des Nacherbrechts oder Einwilligung des Nacherben fordern muß. Es kommt also auf den Nachweis der Entgeltlichkeit in diesem Falle nicht an. Der Einwand, daß das Nacherbrecht sofort wieder gelöscht werden könnte, wenn die vom befreiten Vorerben getroffene Verfügung entgeltlich ist, geht fehl. Denn es geht in dem vorausgesetzten Falle mit dem Rechte des Vorerben auch das Recht des Nacherben auf den Erwerber über; von einer Löschung des Rechtes des Nacherben lediglich infolge der Verfügung des Vorerben kann also keine Rede sein. Ist das Nacherbenrecht eingetragen, so sind alle Eintragungen auf Grund von Verfügungen des Vorerben, auch Löschungen ohne Zustimmung des Nacherben zulässig. Das Nacherbenrecht ist aber nicht mit zu löschen. **b)** Kempner, JW. **07** 68, bekämpft die Entscheidung des RG. vom 12. Juli 1905 (s. JDR. **4** zu § 41 Ziff. 1 g) über das Verfügungsrecht des befreiten Vorerben und schlägt vor, jeder Erblasser solle der Befreiung des Vorerben und der Beschränkung des Nacherben auf den Überrest die Bestimmung hinzufügen, daß er den Vorerben zum Vollstrecker des Testaments zu dem Zwecke ernennt, daß nur dieser bis zum Eintritte der Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausüben und dessen Pflichten erfüllen soll, und daß er als Testamentsvollstrecker auch befugt sein soll, mit sich selbst in eigenem Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vorzunehmen. **c)** Kempner, KGBl. **07** 31. Solange die Anschauung des RG. und des KG. bezüglich der Notwendigkeit der Genehmigung des Nacherben vorherrscht, empfiehlt es sich, den befreiten Vorerben zum Testamentsvollstrecker, was zulässig ist, zu bestellen.

2. **a)** **RG. 65** 214 ff., BayNotZ. **07** 71, JW. **07** 212 Ziff. 19, BayRpflZ. **07** 169, R. **07** 458 Ziff. 928, RJA. 8 219, ZBlFG. 8 113. Verfügt ein Vorerbe über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder Grundstücksrecht, so bedarf es zur Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch auch bei befreiter Vorerbschaft entweder der vorherigen Eintragung des Vorerben und des Rechtes des Nacherben sowie der

Befreiung des Vorerben von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts, oder der Einwilligung des Nacherben in die Verfügung des Vorerben. Handelt es sich um die Löschung einer Hypothek, so ist stets die Einwilligung des Nacherben erforderlich. Anders als durch Erklärung des Nacherben kann der Nachweis der Entgeltlichkeit nicht erbracht werden; Erklärungen des Vorerben bieten keine sichere Gewähr dafür, daß sie der Wahrheit entsprechen. Die Fälle der Verfügungen des Testamentsvollstreckers, des gütergemeinschaftlichen Mannes, des Vaters und des Vormundes liegen anders, weil es sich bei ihnen ebenso wie bei der Verfügung eines Bevollmächtigten lediglich um eine Frage der Legitimationsprüfung handelt. Hierbei wird der Grundbuchrichter nicht ausschließlich urkundliche Beweise zu fordern, sondern auch allgemeine, feststehende Erfahrungssätze heranzuziehen haben, wie sie auch sonst, wenn der Grundbuchverkehr nicht lahmgelegt werden soll, vom Grundbuchrichter zu berücksichtigen sind. Diese aber werden ihn, insbes. wenn man erwägt, daß die genannten Personen Verwalter fremder Vermögen sind und erfahrungsgemäß von solchen Personen unentgeltliche Verfügungen zum Nachteile der von ihnen Vertretenen nur sehr selten vorgenommen werden, dazu führen müssen, die Erklärungen der Beteiligten, daß die betr. Verfügung keine unentgeltliche sei, für wahr zu erachten, es sei denn, daß besondere Umstände entgegenstehen. Den Nacherben aber will das Gesetz offensichtlich gegen benachteiligende Verfügungen des Vorerben besonders geschützt wissen. Denn es verbietet die Befreiung des Vorerben vor der Beschränkung hinsichtlich unentgeltlicher Verfügung (§ 2136 BGB.), und bestimmt, daß bei der Eintragung des Vorerben zugleich das Recht des Nacherben einzutragen ist (§ 52 GBO.). — Dagegen hat das BayObLG. der entgegengesetzten Ansicht neuerdings sich angeschlossen. Es hat seine frühere Ansicht (s. JDR. **4** Ziff. 1 f und unten c) verlassen und deswegen die weitere Beschwerde dem RG. (s. vorstehende Entscheidung) vorgelegt (SeuffBl. **07** 102). S. JDR. **2** zu § 41 Ziff. 7, **3** zu § 41 Ziff. 4, **4** zu § 41 Ziff. 1, **5** zu § 41 Ziff. 2. **b) RG.** R. **07** 1468 Ziff. 3672. Verpflichtet sich der Vorerbe beim Verkauf eines zur Erbschaft gehörigen Grundstücks eine auf dem Grundstücke ruhende, zur Eigentümergrundschuld gewordene Hypothek löschen zu lassen, so kann von der Einwilligung des Nacherben hierzu abgesehen werden, wenn es offenkundig ist, daß eine Unentgeltlichkeit im Sinne der §§ 2113 Abs. 2, 2136 ff. BGB. nicht in Frage kommt (§ 29 GBO.; vgl. **RG. 61** 228). Ein Fall dieser Art liegt vor, wenn die Löschung sich als eine im Kaufvertrag übernommene Verpflichtung darstellt. Von einer Unentgeltlichkeit könnte hier nur dann die Rede sein, wenn der Kaufpreis niedrig angegeben wäre, so daß der Käufer, anstatt die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmen oder einen entsprechenden Mehrbetrag zu zahlen, die Hypothek ohne Entgelt gelöscht erhielte. Die Unentgeltlichkeit würde dann aber nicht in der Löschung, sondern in dem Kaufvertrage liegen, und dagegen ist der Nacherbe bereits durch die Eintragung des Nacherbenrechts geschützt. **c)** R. **07** 260 Ziff. 524, ZBlFG. **7** 738 Ziff. 626 a (BayObLG.). Erben im Sinne des § 41 GBO. sind Vor- und Nacherbe. Der nach § 2137 BGB. befreite Vorerbe kann das nach § 2113 BGB. beschränkte Verfügungsrecht über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück oder ein zur Erbschaft gehörendes Recht an einem Grundstücke nicht dadurch beseitigen, daß er in der in dem § 29 GBO. vorgeschriebenen Form seine Verfügung als eine entgeltliche erklärt (s. aber oben a aE.). **d)** KGJ. **33** A 178, R. **07** 893 Ziff. 2086, 2087 (KG.). Besteht die Möglichkeit einer unentgeltlichen Verfügung — und diese ist auch vorhanden, wenn nach den Erklärungen der Beteiligten die Verfügung eine entgeltliche ist —, so ist auch bei befreiter Vorerbschaft im Falle der Verfügung des Vorerben über eine Nachlaßhypothek der Nacherbe in seinem Rechte zu schützen. Ein geeigneter Schutz ist, wenn es sich um Übertragung der Hypothek handelt, das Erfordern, entweder

das Nacherbrecht zugleich mit dem Vorerbrecht eintragen zu lassen oder die Zustimmung des Nacherben beizubringen, während, wenn es sich um die Löschung der Hypothek handelt, die Zustimmung des Nacherben unbedingt zu erfordern ist. — Für die preußisch-rechtliche fideikommissarische Substitution auf den Überrest gelten im allgemeinen die gleichen Grundsätze; doch konnte der Fiduziar von der gesetzlichen Beschränkung bezüglich Schenkungen vom Erblasser befreit werden. **e)** OLG. **14** 132, R. **07** 892 Ziff. 2085 (KG.). Die Erteilung einer Quittung enthält eine Verfügung über die Hypothekenforderung, da sie den Übergang der Hypothek auf den Eigentümer nach § 1163 zur Folge hat. Die Witwe als befreite Vorerbin des Hypothekengläubigers ist zu dieser Verfügung an sich berechtigt, mit Rücksicht auf §§ 2113 Abs. 1 u. 2, 2114, 2136 ist es aber nicht rechtsirrtümlich, wenn der Grundbuchrichter trotz formgerechten Zahlungsbekenntnisses des befreiten Vorerben des Gläubigers der Nachlaßhypothek zum Schutze des Nacherben (z. B. der Kinder) deren Zustimmung zur Quittungsleistung fordert. **f)** R. **07** 261 Ziff. 526, ZBlFG. **7** 738 Ziff. 1628 (KG.). Zur Auflassung des Nachlaßgrundstücks seitens des Vorerben bedarf es weder der Eintragung des Vorerben noch des Vermerkes der Nacherbrechte, wenn die Nacherben die Zustimmung zu der Auflassung erklären. **g)** Die Entsch. des OLG. Stuttgart, JDR. **5** Ziff. 2 h zu § 41 auch ZBlFG. **7** 719.

II. Abs. 2. KGBl. **07** 18 (KG.). § 41 Abs. 2 kommt in dem Falle, daß ein Erbe zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, nur dann zur Anwendung, wenn die Ernennung wirksam wird. Ist dies nicht der Fall, z. B. wenn der Alleinerbe (Vorerbe) zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, so ist seine Verfügung nach § 41 Abs. 1 zu prüfen.

§ 42. 1. Becker, BadNotZ. **07** 15 ff. Aus den Bestimmungen der §§ 42, 62 GBO. wird man den allgemeinen Grundsatz herleiten dürfen, daß das Grundbuchamt in allen Fällen, in denen die Eintragung ohne die Vorlegung des Briefes erfolgt, das Recht und die Pflicht hat, nachträglich die Vorlegung des Briefes zwecks Berichtigung herbeizuführen. Dies gilt namentlich auch in den Fällen der §§ 130, 131 ZVG., sofern der Brief dem Vollstreckungsgerichte nicht eingereicht ist.

2. Kretzschmar, LeipzZ. **07** 118. Dem Ersuchen des Konkursgerichts um Eintragung des Konkursvermerks bei einer Briefhypothek darf vom Grundbuchamte nur dann entsprochen werden, wenn der Brief vorgelegt wird. AM. die JDR. **2** zu § 42 GBO. Ziff. 5 c Angeführten und die herrschende Meinung. So wie Kretzschmar: Meikel, GBO. 272 Anm. 6.

3. RJA. **8** 272, R. **07** 1349 Ziff. 3433, ZBlFG. **8** 294, KGJ. **34** A 292 (KG.). Der Vermerk der Mitbelastung auf dem bisherigen Blatte und dem Blatte des abgeschriebenen Grundstücksteils bei den eingetragenen Hypotheken ist ohne Vorlegung der Briefe vorzunehmen (ebenso Predari zu § 63 Anm. 3, Fuchs-Arnheim zu § 42 Anm. 4 b aa; aM. Güthe Anm. 7 u. 8; auch JDR. **4** zu § 42).

§ 44. Predari 595. Bei Orderpapieren kann im Falle der Kraftloserklärung die Erteilung einer neuen Urkunde nicht verlangt werden; als Berechtigter gilt der Antragsteller im Aufgebotsverfahren, eine weitere Indossierung ist ausgeschlossen, und die Zession ist die gebotene Übertragungsform. Wie steht es in diesem Falle mit der Orderhypothek? Ist sie zur Namenhypothek und damit zur Buchhypothek (Sicherungshypothek) wegen der früheren Orderpapierforderung geworden? Man wird sich dafür zu entscheiden und den Schluß zu ziehen haben, daß nunmehr die Übertragung und Belastung nach den sachenrechtlichen Vorschriften geschieht. Die gegenteilige Annahme würde zur Folge haben, daß die Hypothek mit der den Regeln des Rechtes der Schuldverhältnisse entsprechenden formlosen Abtretung auf den Zessionar übergeht. Dies widerspricht aber den Grundsätzen des Liegenschaftsrechts, nach denen nur ausnahmsweise, bei Inhaber- und Orderpapieren, die Vorschrift des § 1154 Abs. 3 BGB. außer Kraft treten soll.

Aus diesem Grunde wird man auch anzuerkennen haben, daß die nach § 806 BGB. zulässige Umwandlung des Inhaberpapiers in ein Namenpapier für die Hypothek die Verwandlung in eine gewöhnliche Sicherungshypothek bedeutet, die fortan bis zur Wiederherstellung der Inhaberklausel nur nach liegenschaftsrechtlichen Grundsätzen übertragen und belastet werden kann.

§ 46. 1. OLG. **15** 11 (KG.). Wenn die Eintragung mehrerer außerhalb des Grundbuchs entstandener Pfändungspfandrechte beantragt wird, so ist der Grundbuchrichter weder berechtigt noch verpflichtet, deren Rang untereinander zu ermitteln. Er darf vielmehr in Ermangelung abweichender Angaben der Beteiligten die Eintragung in derjenigen Reihenfolge bewirken, die der Zeitfolge der Anträge entspricht. Denn der § 46 bezieht sich nicht nur auf rechtsbegründende Eintragungen. Wenn das wirkliche Rangverhältnis durch eine gemäß § 46 erfolgte Eintragung nicht richtig zum Ausdrucke gelangt, so muß es den Beteiligten überlassen bleiben, ihre Rechte im Prozeßwege geltend zu machen.

2. Fuchs-Arnheim 480. Für die ein Recht am Grundstücke belastenden Rechte ist die Bestimmung des § 46 durchführbar, wenn nach der Grundbucheinrichtung die Eintragung solcher Rechte an derselben Stelle wie die Rechte am Grundstück (in derselben Spalte) stattfindet, nicht aber wenn die Eintragung in einer Nebenspalte (Veränderungen, wie in Preußen) erfolgt (I § 879 Note 6, Predari 602; aM. Güthe § 46 Note 4).

§ 47. 1. SeuffBl. **07** 253, DJZ. **07** 1264, ZBlFG. **7** 541 Ziff. 474, BayRpflZ. **06** 443 (BayObLG.). Wenn ein Trennstück frei von Hypotheken abgeschrieben werden soll, so bedarf es hierzu nicht der Zustimmung des Eigentümers des Stammgrundstücks. Denn durch die Abtrennung des Teilstücks sind die Hypotheken Gesamthypotheken geworden; der Verzicht der Gläubiger auf die Hypotheken an dem Trennstücke hat daher nach § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB. das Erlöschen der Hypotheken an diesem zur Folge. Die nach § 1168 Abs. 2 BGB. erforderliche Eintragung des Verzichts, zu der es der Zustimmung des Eigentümers nicht bedarf, ist deshalb nicht eine Löschung, sondern sie hat nur mittelbar die Bedeutung der Löschung. Der § 27 Abs. 1 schreibt die Zustimmung des Eigentümers aber nur für selbständige Löschungen vor. ➵ Eine sehr anfechtbare Begründung; denn es liegt weder Gesamthypothek vor, weil ja gerade die Übertragung der Hypothek auf das Trennstück unterbleibt, noch kann von einem rechtsgültigen Verzichte gesprochen werden, weil dieser Eintragung erfordert. Red. ⇠

2. Predari 612. Die Entpfändung kann unter einen doppelten rechtlichen Gesichtspunkt gebracht werden, je nachdem man die Erklärung des Gläubigers, daß er in die „pfandfreie Abschreibung" der Parzelle willige, als Verzicht im Sinne des § 1175 BGB. oder als Aufgabeerklärung nach § 1183 BGB. gelten läßt. Ob das eine oder das andere geschieht, ist nicht ohne praktische Folge. Legt man auf den Aufhebungswillen das Gewicht, so ist die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, während, wenn man den Verzichtswillen betont, daraus die Entbehrlichkeit der Mitwirkung des Eigentümers herzuleiten ist. Dem Leben möchte die Unterscheidung fremd sein. Darum wird die dem Verkehr entgegenkommende Auslegung der Entpfändungserklärung als Verzicht auf die Hypothek an einem Grundstücke bzw. Grundstücksteile (§ 1175 BGB.) regelmäßig gestattet sein (vgl. auch Endemann § 124 Anm. 8). Dann aber ist der Eigentümer nicht passiv beteiligt. Die Eintragung des Verzichts (§ 1168 BGB.) wird durch die Nichtübertragung der Post auf das entpfändete Blatt erübrigt.

3. Fuchs-Arnheim 498. Formellrechtlich ist zur Entpfändung erforderlich die Bewilligung der Löschung des Rechtes auf der abzuschreibenden Parzelle durch den Gläubiger; es genügt auch die Erklärung des Berechtigten, daß er die pfandfreie Abschreibung der Parzelle bewillige, da hierin die Bewilligung der Teillöschung

enthalten ist. Nicht erforderlich ist ein Antrag des Gläubigers oder des Eigentümers auf Löschung oder pfandfreie Abschreibung. Die letztere findet vielmehr statt auf Grund der Bewilligung und des vom Erwerber des Grundstücks zu stellenden Abschreibungsantrags. Soll dagegen die Eintragung der Entpfändung im Grundbuche vor der Abschreibung erfolgen (GBO. § 6 Ziff. 6), so ist außerdem ein Antrag des Gläubigers oder des Eigentümers erforderlich. Neben der Bewilligung des Berechtigten ist nach GBO. § 27 Abs. 1 die Zustimmung des Eigentümers zur pfandfreien Abschreibung, da diese eine Teillöschung darstellt (GBO. § 27 Ziff. 3), notwendig. Dabei ist ohne Belang, ob die Möglichkeit einer Eigentümerhypothek in Frage steht oder die Hypothek erlischt; es ist in jedem Falle die Zustimmung des Eigentümers erforderlich (GBO. § 27 Ziff. 2, 5). Wenn der Berechtigte auf die Hypothek an dem Grundstück oder Grundstücksteile verzichtet und die Eintragung des Verzichts bewilligt und beantragt, so würde es zur Eintragung des Verzichts der Zustimmung des Eigentümers nicht bedürfen (GBO. § 27 Ziff. 9); das Grundbuchamt müßte aber das Recht mit der Eintragung des Verzichts, falls nicht mit Zustimmung des Eigentümers vorher die Löschung beantragt wird (§ 1175 Abs. 1 Satz 2), auf das abgeschriebene Grundstück oder den Grundstücksteil mit übertragen.

§ 48. 1. Tuma, SeuffBl. **07** 234. Die Eintragung einer einheitlichen Hypothek für mehrere Forderungen mehrerer Gläubiger ist nur dann zulässig, wenn die mehreren Gläubiger untereinander in irgendeiner Rechtsgemeinschaft stehen. Sonst müssen mehrere Hypotheken, nötigenfalls mit Gleichrang, eingetragen werden.

2. a) JustdBl. **1** 182 (LG. München). Wenn bei der Hypothek einer Gläubigergemeinschaft, sei sie auch vor Anlegung des Grundbuchs eingetragen, weder die Anteile eingetragen sind, noch das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis angegeben ist, so kann die Abtretung eines der Anteile, wenn auch an den anderen Gemeinschafter, nicht eingetragen werden, bevor nicht das Grundbuch gemäß § 48 berichtigt ist (s. JDR. **2** zu § 48 Ziff. 10 a). **b)** NaumburgAK. **07** 48, ZBlFG. **8** 162 Ziff. 222 b (LG. Magdeburg). Vollständige oder teilweise Verfügungen der Gesamtheit der Berechtigten über eine nach früherem Rechte ohne Angabe der einzelnen Anteile eingetragene Post können eingetragen werden, ohne daß vorher dem § 48 genügt wird (s. JDR. **2** zu § 48 Ziff. 6 c).

3. Fuchs-Arnheim 505. Inwiefern, abgesehen von der Gemeinschaft nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand, sonst noch ein Recht gemeinschaftlich für mehrere eingetragen werden kann, ist eine Frage des materiellen Rechtes, für welche die Vorschrift der GBO. § 48 ohne Bedeutung ist. In Betracht kommt besonders, ob ein gemeinschaftliches Recht für Gesamtgläubiger nach § 428, also für mehrere Gläubiger bestellt werden kann, von denen jeder die ganze Leistung fordern darf, während der Schuldner nur einmal zu leisten verpflichtet ist; es wird z. B. die Eintragung einer Sicherungshypothek aus einem Urteile verlangt, in welchem der Beklagte zur Zahlung einer Summe an den Kläger A. und B. als Gesamtgläubiger verurteilt ist. Eine solche Eintragung ist zulässig, da die Möglichkeit gegeben sein muß, die Rechte der Gesamtgläubiger grundbuchmäßig zu verwirklichen, ohne daß diese zwecks Eintragung gezwungen werden, bestimmte Anteile anzugeben. Der § 48 kann keine Anwendung auf solche Eintragungen finden, da es sich weder um Bruchteile, noch um eine Gemeinschaft zur gesamten Hand handelt. Es darf indessen in einem solchen Falle die Bezeichnung als Gesamtrechtsverhältnis im Sinne des § 428 nicht fehlen.

§ 49. Pitel, ZBlFG. **7** 641. Bei anfänglicher Miteintragung ist es am einfachsten, am Schlusse des Eintrags in der Hauptsache einzutragen: „Mithaft Blatt 10 von ...", bei nachträglicher, in der Abänderungsspalte: „In Blatt 10 von .... verzeichnete Grundstücke haften mit ..." In allen Fällen empfiehlt es sich,

in der für die Angabe der Nummer der haftenden Grundstücke bestimmten Spalte durch das Wort: „mithaftend" auf das Vorhandensein eines Mithaftvermerkes hinzuweisen. Die Entlassung eines Grundstücks aus der Mithaft gehört nicht in die Veränderungsspalte, sondern in die Löschungsspalte.

§ 50. Fuchs-Arnheim 527. Ist nach der Eintragung versehentlich die in Bezug genommene Urkunde, welche die Bewilligung enthält, ohne Zurückbehaltung einer beglaubigten Abschrift ausgehändigt worden, so ist das Grundbuch zwar unrichtig, indessen ist nicht anzunehmen, daß das Grundbuchamt, weil es eine unrichtige Eintragung nicht mehr von Amts wegen ergänzen kann, nachdem das Grundbuch wieder dem Verkehre zugänglich gemacht ist, sich nur auf die Eintragung eines Widerspruchs zu beschränken habe. Es liegt vielmehr in der Besonderheit dieses Falles, daß das Grundbuchamt zunächst die Beschaffung der die Bewilligung enthaltenden Urkunde zu versuchen und erst, wenn diese sich nicht erreichen läßt, einen Widerspruch einzutragen hat. Enthält die vom Grundbuchamte zurückbehaltene Ausfertigung oder Abschrift sachliche Abweichungen von der Urschrift, so ist das Grundbuch ebenso unrichtig, als wenn im Grundbuch von der Bewilligung Abweichendes eingetragen ist. Das Grundbuchamt kann auch, wenn ihm die Nichtübereinstimmung zwischen Abschrift und Urschrift nachgewiesen wird, sachliche Abweichungen der Abschrift nicht länger abändern, als dies ihm bezüglich des Eintrags selbst gestattet ist.

§ 52. 1. Anwendungsgebiet des § 52. **a)** KGJ. **33** A 176, R. **07** 67 Ziff. 85, ZBlFG. **7** 738 Ziff. 627. (KG.). Ein Unterschied zwischen einem unbedingt und einem bedingt eingesetzten Nacherben ist in dieser Vorschrift nicht gemacht; es ist also auch das Recht eines aufschiebend bedingt als Erbschaftsnachfolger Berufenen, z. B. das im Falle der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten als Nacherben eingesetzten Kindes, bei der Eintragung des Vorerben als Eigentümers eines Nachlaßgrundstücks miteinzutragen. **b)** ElsLothJZ. **07** 154, ZBlFG. **7** 840 Ziff. 776 (LG. Straßburg). Auf die Eintragung eines Vorvermächtnisnehmers findet § 52 keine Anwendung, weil der Nachvermächtnisnehmer nur ein Forderungsrecht auf Herausgabe der vermachten Sachen hat. Höchstens könnte eine Vormerkung nach § 883 BGB. in Betracht kommen. **c)** BraunschwZ. **07** 100 (Braunschweig und **RG.**). Der gemeinrechtliche Universalfideikommissar hat, um sich gegen die aus der Eintragung des Fiduziars als Eigentümers des Nachlaßgrundstücks drohenden Gefahren zu schützen, das Recht, mittels einstweiliger Verfügung die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung oder die Eintragung einer Vormerkung zu verlangen (s. JDR. **3** zu § 52 Ziff. 5 b). **d)** KGJ. **34** A 236 (KG.). Hat ein Erblasser, dessen erbrechtliche Verhältnisse nach gemeinem Rechte zu beurteilen sind, ein ihm gehöriges Grundstück vermacht und dem Vermächtnisnehmer fideikommissarische Substituten bestellt, so ist bei der Eintragung des Vermächtnisnehmers als Eigentümers das Recht des Substituten von Amts wegen in das Grundbuch einzutragen. — Vermächtnisse eines Erblassers, dessen erbrechtliche Verhältnisse nach österreichischem Rechte zu beu rteilen sind, begründen, auch wenn die vermachte Sache im Eigentume des Erblassersſteht, nur ein Forderungsrecht des Vermächtnisnehmers. — Verfügungen auf den Todesfall, durch die ein Erblasser fideikommissarische Substitutionen anordnet, wirken nach Frankfurter Recht nicht über die erste Restitution hinaus. **e)** R. **07** 892 Ziff. 2084, DJZ. **07** 300 (KG.). Einer Zuziehung des Nacherben zur Erbauseinandersetzung bedarf es nicht, da die Teilung unter den Miterben allein stattfindet und der Vorerbe bis zum Eintritte des Substitutionsfalls ausschließlicher Erbe ist. Nur soweit ein Recht an einem Grundstücke dem Vorerben bei der Erbteilung zugewiesen wird, ist zugleich auch das Recht des Nacherben im Grundbuche zu vermerken.

2. Verzicht des Nacherben auf Eintragung. a) ZBlFG. 7 738 Ziff. 629, NaumburgAK. 06 95 (Naumburg). Der Verzicht der Nacherben auf Eintragung ihres Nacherbenrechts im Grundbuch ermächtigt zwar den Vorerben zur Auflassung, es müssen aber bei der hierbei für den Vorerben einzutragenden Restkaufgelderhypothek die Rechte der Nacherben vermerkt werden. b) R. 07 261 Ziff. 526, ZBlFG. 7 738 Ziff. 1628 (KG.). Der Nacherbe kann auf Miteintragung seines Nacherbenrechts bei der Eintragung des Vorerben rechtswirksam verzichten (s. JDR. 3 zu § 52 ZPO.).

3. S. im übrigen o. zu § 41 Ziff. I.

§ 53. R. 07 261 Ziff. 527, ZBlFG. 7 738 Ziff. 630 (KG.). Ist im Testamente neben Anordnung einer Nacherbfolge die Ernennung eines Testamentsvollstreckers mit der Maßgabe erfolgt, daß die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers erst im Falle des Eintritts der Nacherbfolge beginnen soll, so darf bei Eintragung des Vorerben ins Grundbuch die Ernennung des Testamentsvollstreckers nicht schlechthin, sondern nur im Anschluß an den Vermerk über die Rechte der Nacherben und mit der Einschränkung eingetragen werden, daß ein Testamentsvollstrecker für den Fall des Eintritts der Nacherbfolge ernannt ist.

§ 54. 1. a) Seeger, WürttZ. 07 137 ff. Nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. hat der Grundbuchbeamte nicht zu verfahren, wenn bloß eine ungenaue Bezeichnung vorliegt. Denn die Eintragungen hinsichtlich der Rechtsverhältnisse des Grundstücks werden durch eine bloß ungenaue Bezeichnung nicht betroffen, und nur Eintragungen in diesem Sinne sind im § 54 GBO. genannt. Solange bloß die Möglichkeit besteht, daß der wahre Berechtigte nicht rechtsgültig vertreten war oder gar nicht eingetragen oder nicht bestimmbar ist oder daß ein nicht rechtsfähiges Subjekt eingetragen ist, darf weder § 54 Abs. 1 Satz 1 noch § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. angewendet werden. Denn solange steht weder die Unrichtigkeit des Grundbuchs noch die Unzulässigkeit der Eintragung nach ihrem Inhalte fest. b) Meikel, SeuffBl. 07 929. Die Vorschrift des § 54 Abs. 1 Satz 2 und des § 76 GBO. findet dann keine Anwendung, wenn das Grundbuchamt die unzulässige Eintragung auf Grund der Anordnung des Beschwerdegerichts vorgenommen hat und an die Entscheidung des Beschwerdegerichts gebunden ist. An diese Entscheidung ist aber das Grundbuchamt so lange gebunden, als nicht die höhere Instanz sie aufhebt. Es muß daher in solchen Fällen entweder der Gläubiger auf Löschung verklagt oder Beschwerde eingelegt oder bei dem Gerichte, das die Eintragung angeordnet hat, unmittelbar die Aufhebung dieser Anordnung beantragt werden. c) WürttZ. 07 49 (Prüfungserlaß des WürttJustMin. vom 5. Dezember 1906). Hat das Grundbuchamt vergessen, die Ausschließung der Brieferteilung einzutragen, so ist für eine Berichtigung durch nachträgliche Hinzufügung dieser Eintragung kein Raum, weil weder eine Brief- noch eine Buchhypothek vorliegt. Vielmehr könnte nur ein Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der bisherigen Eintragungen und die Eintragung eines Widerspruchs nach Abs. 1 Satz 2 in Frage kommen (vgl. Turnau-Förster [3] I zu § 116 Anm. 3, Oberneck [3] § 130 Note 3). d) ZBlFG. 7 838 Ziff. 765, SeuffBl. 07 258 (BayObLG.). Die Wirkungen einer geschehenen Eintragung können durch Beschwerde nicht rückgängig gemacht werden. Die Eintragung eines Widerspruchs ist nicht zulässig, wenn das Grundbuch durch die angegriffene Eintragung (einer Zwangshypothek) nicht unrichtig geworden ist.

2. a) **RG. 65** 98, JW. 07 152, R. 07 904 Ziff. 2193, ZBlFG. 7 839 Ziff. 773. Durch spätere, nach der unrichtigen Eintragung erfolgte Eintragungen wird die Eintragung eines Widerspruchs an sich nicht gehindert. Dies gilt jedoch nicht für den Fall, daß durch eine spätere Eintragung die Wirkung der bisherigen Unrichtigkeit der gesetzverletzenden Eintragung für die Zukunft auf-

gehoben, das Grundbuch also richtig geworden ist, z. B. wenn ein unrichtigerweise als Alleineigentümer statt als Miteigentümer Eingetragener später das Grundstück durch Zuschlag erwirbt. Ebenso OLG. Karlsruhe, BadRpr. **07** 235. S. JDR. **2** zu § 54 Ziff. I 1 Abs. 2, **4** zu § 54 Ziff. 3, **5** zu § 154 Ziff. 3. **b**) PosMSchr. **07** 104 (LG. Stettin). Handelt es sich um die Löschung eines nach § 54 eingetragenen Widerspruchs, so muß, wenn man auch sonst mit dem KG. (KGJ. **31** A 271, JDR. **4** Ziff. 3 zu § 54, **5** Ziff. 4 a zu § 54), die Eintragung des Widerspruchs nur beim Nachweise der Schlechtgläubigkeit des zwischenzeitigen Erwerbes für zulässig halten will, beim Vorhandensein eines Zweifels der Nachweis der Gutgläubigkeit des zwischenzeitigen Erwerbes gefordert werden.

3. Fuchs-Arnheim 566 Ziff. 10. Regelmäßig wird durch die Verletzung gesetzlicher Vorschriften die Unrichtigkeit des Grundbuchs veranlaßt sein. Allein Voraussetzung für die Anwendung des § 54 ist dies nicht (Güthe § 54 Note 15). Andernfalls würde die Verletzung von Ordnungsvorschriften und damit der sämtlichen Verfahrensvorschriften der GBO. niemals Anlaß zur Eintragung eines Widerspruchs nach § 54 geben können; denn durch die Verletzung einer Ordnungsvorschrift wird das Grundbuch nicht unrichtig.

4. Fuchs-Arnheim 567 Ziff. 11. Es genügt für § 54, wenn das Grundbuchamt bei großer Wahrscheinlichkeit der Unrichtigkeit den Widerspruch einträgt, zumal auch zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung, auf Grund deren ein Antragswiderspruch eingetragen werden soll, Glaubhaftmachung genügt (Predari 647, Güthe § 54 Note 19).

5. *Junker, Eigentümerdienstbarkeit 71 ff. Hat das Grundbuchamt irrtümlich eine Dienstbarkeit zwischen zwei Grundstücken eingetragen, die damals und ununterbrochen auch jetzt noch demselben Eigentümer gehören, so ist sie von Amts wegen zu löschen. Hat jedoch das eine der Grundstücke seinen Eigentümer gewechselt, so ist von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen. Eine solche unzulässige Eintragung genügt, um bei der nachträglichen Veräußerung eines der beiden Grundstücke mit einer entsprechenden Einigung die Dienstbarkeit zur Entstehung zu bringen (vgl. Ziff. 3 zu § 1018 BGB.).

§ 55. 1. RJA. **8** 159, R. **07** 1011 Ziff. 2474, ZBlFG. **7** 948, KGJ. **34** A 328 (KG.). Das Grundbuchamt ist verpflichtet, auf Verlangen desjenigen, dem eine Eintragung in das Grundbuch bekannt zu machen ist, die Eintragung statt ihm selbst einem von ihm zur Empfangnahme Bevollmächtigten bekannt zu machen, sofern nicht besondere Bedenken entgegenstehen.

2. SeuffBl. **07** 502, ZBlFG. **8** 64 Ziff. 96 c (LG. München). Wird bei einer zu den Beständen des Prämienreservefonds gehörigen Hypothek der Vermerk eingetragen, daß über die Hypothek nur mit Genehmigung des Aufsichtsamts für Privatversicherung verfügt werden könne, so ist das Aufsichtsamt von der Eintragung zu benachrichtigen.

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbrief.

§ 56. 1. Fuchs-Arnheim 582. Ist landesrechtlich bestimmt, daß mehrere Beamte die Briefe zu unterzeichnen haben, so ist der Brief von dem Tage zu datieren, an welchem der letzte der mehreren Beamten unterzeichnet. Ordnungswidrig wäre es daher, wenn in Preußen der Gerichtsschreiber den Brief datiert und unterschreibt und dem Richter den Brief zur Unterschrift erst an einem späteren Tage vorlegt; denn erst mit der Unterschrift beider ist der Brief ausgefertigt.

2. Fuchs-Arnheim 583. Es ist bei wesentlichen Mängeln nicht unbedingt nötig, neue Briefe zu bilden; es genügt vielmehr, durch besondere Atteste, welche zu datieren und zu unterschreiben sind, die Mängel zu berichtigen. Auch die Unterschrift kann unter Angabe des Datums der Nachholung nachgeholt werden.

§ 57. Fuchs-Arnheim 588. Der Entwurf bestimmte, daß die Ergänzung, da sie die Rechte niemandes beeinträchtigen könne, auf Antrag des Inhabers eines Hypothekenbriefs zu erfolgen habe, ohne daß der Inhaber sich als Gläubiger zu legitimieren brauche. Im § 57 Abs. 3 GBO. ist dies fortgefallen und deshalb als antragsberechtigt nur der legitimierte Briefinhaber (Gläubiger, Nießbraucher und Pfandgläubiger an der Hypothek) anzusehen (Predari 660, Achilles-Strecker § 57 Anm. 4; aA. Güthe § 57 Note 14).

§ 58. 1. Die Entsch. JDR. **5** auch abgedruckt ZBlFG. 7 606, OLG. **14** 64, KGJ. **33** A 262.

2. HessRspr. **8** 125 (LG. Darmstadt). Ausnahmsweise wird dem § 58 auch durch Verbindung einer beglaubigten Abschrift der Schuldurkunde mit dem Briefe Genüge geleistet, wenn der Verbleib der Urschrift, z. B. bei den Grundakten, die Gefahr eines Mißbrauchs ausschließt (Predari Anm 3, Güthe Anm. 8).

§ 60. 1. **RG.** JW. **07** 356 Ziff. 2. Eine einseitige Bestimmung des Eigentums, daß der Eigentümer berechtigt sein soll, Aushändigung des Hypothekenbriefs vom Grundbuchamte zu verlangen, oder daß der Brief vom Grundbuchamte dem Gläubiger übersandt werden soll, hat nicht die Wirkung der Übertragung des Eigentums in dem Augenblicke der Herstellung des Briefes, vielmehr geht in diesem Falle das Eigentum auf den Gläubiger erst dann über, wenn dem Gläubiger vom Grundbuchamte der Brief wirklich ausgehändigt worden ist (s. JDR. **2** zu § 60 Ziff. 2).

2. KGBl. **07** 114 (KG.). Wenn ein Dritter im Auftrage des Berechtigten einen Hypothekenbrief dem Grundbuchamt überreicht hat, so bedarf sein Antrag auf Rückgabe des Briefes an sich weder der unterschriftlichen Beglaubigung noch der Beibringung der beglaubigten Genehmigung des Bevollmächtigten. Denn es finden weder § 60 Abs. 2 noch § 29 GBO. Anwendung. Es muß vielmehr nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden, ob Anlaß zu Zweifeln an der Echtheit der Unterschrift und zum Verlangen eines Nachweises dafür vorliegt.

3. Fuchs-Arnheim 599. Entstehen begründete Zweifel an der Berechtigung zum Empfange, so ist das Grundbuchamt berechtigt, den Brief in Verwahrung zu behalten, bis die Beteiligten die Streitigkeiten im Prozeßwege zum Austrage gebracht haben.

§ 62. 1. Fuchs-Arnheim 612. Daß das Grundbuchamt einen ihm eingereichten Brief nicht zu einer Eintragung benutzen darf, sofern er nicht zu dem Zwecke der Eintragung vorgelegt wird, ist richtig. Ist aber ein Eintrag ordnungswidrig, ohne daß der Brief vorgelegt worden ist, einmal erfolgt, so hat das Grundbuchamt, um die Übereinstimmung zwischen Buch und Brief herbeizuführen, den Eintrag auf dem Briefe zu vermerken, auch wenn dieser zu einem anderen Zwecke bei dem Grundbuchamt eingeht.

2. WürttZ. **07** 45 (Prüfungserlaß des WürttJustMin. vom 5. November 1906). Aus der Entstehungsgeschichte der GBO. ist die Annahme herzuleiten, daß auch im Falle der Löschung der Hypothek der Brief nicht nur nach § 69 GBO. unbrauchbar zu machen, sondern auf ihm auch die Löschung zu vermerken ist.

§ 65. Fuchs-Arnheim 624. Da die Schuldurkunde von dem Hypothekenbriefe bei der Umwandlung in eine Grundschuld abzutrennen ist, so müssen in dem Vermerke der Umwandlung, falls bei der Eintragung der Hypothek auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen ist, nunmehr die bisher durch die Bezugnahme gedeckten Bestimmungen angegeben werden, auch wenn die gleichen Modalitäten für die Grundschuld gelten, als für die bisherige Hypothek (vgl. § 1177 Abs. 1 Satz 2), da diese sonst aus dem Briefe nicht zu ersehen sind.

§ 66. 1. Fuchs-Arnheim 627. Ist eine der mehreren Hypotheken mit einem Rangvorbehalte zugunsten eines die Rangfolge unterbrechenden Rechtes belastet, so hindert dies die Erteilung des gemeinschaftlichen Briefes nicht, solange nicht die vorbehaltenen Rechte eingetragen sind, da nicht feststeht, ob von dem Rangvorbehalte Gebrauch gemacht wird (Güthe § 66 Note 5; aM. Predari 678). Ohne die Vorlegung des Briefes über das mit dem Rangvorbehalte belastete Recht darf das vorbehaltene Recht nicht eingetragen werden (vgl. GBO. § 42 Note 4). Das Grundbuchamt ist demnach in der Lage, sobald das vorbehaltene Recht eingetragen wird, die Briefgemeinschaft aufzuheben und Sonderbriefe zu bilden (aM. Predari aaO.).

2. RIA. **8** 56, ZBlFG. **7** 793 (KG.). Der Gläubiger mehrerer im Range gleicher oder unmittelbar hintereinander stehender Hypotheken ist berechtigt, an Stelle der bisherigen Briefe einen gemeinschaftlichen Brief zu verlangen. In einem solchen Falle ist hinsichtlich des Betrags der Hypotheken, der Zinsen, der Zahlungsbedingungen, des Ranges und des Gläubigerrechts in dem gemeinschaftlichen Briefe, da dieser ein neuer Brief ist, nur der gegenwärtig geltende Rechtszustand aufzunehmen.

§ 67. RIA. **8** 158, R. **07** 924 Ziff. 2239, ZBlFG. **7** 947, KGJ. **34** A 343 (Rostock). Erteilung eines neuen Grundschuldbriefs hat auf Antrag eines nicht eingetragenen Gläubigers, der im Wege des Aufgebotsverfahrens die Kraftloserklärung des abhanden gekommenen Briefes erwirkt hat, zu erfolgen; jedoch darf der neue Brief nicht auf den Namen des Antragstellers statt des eingetragenen Gläubigers ausgestellt werden, sofern nicht gleichzeitig die Berichtigung des Grundbuchs beantragt wird.

§ 68. 1. Fuchs-Arnheim 636. Das Grundbuchamt kann, wenn ein Brief mit dem Antrag auf Erteilung eines neuen Briefes vorgelegt wird, nicht wissen, ob es sich etwa um einen noch vorhandenen kraftlosen Brief handelt. Hieraus folgt aber nicht, daß das Grundbuchamt ohne Anhalt Ermittelungen darüber anzustellen hat, ob der vorgelegte Brief nicht kraftlos ist, oder der Sicherheit halber die Einwilligung des Eigentümers verlangen darf; nur bei begründeten Zweifeln hat das Grundbuchamt von Amts wegen den Sachverhalt aufzuklären. Wird dem mit seinem Rechte ausgeschlossenen Gläubiger auf Grund des noch vorhandenen alten Briefes ein neuer Brief erteilt, so ist dieser ebenso unwirksam als der alte kraftlos gewordene (Predari 682).

2. Fuchs-Arnheim 639. Befinden sich auf dem bisherigen Briefe unleserliche Merkmale, so steht nichts im Wege, daß das Grundbuchamt zunächst durch Verhandlung mit dem Gläubiger und dem Eigentümer den Inhalt der Vermerke genau festzustellen sucht. Ergibt sich hierbei keine Übereinstimmung zwischen den Beteiligten oder bestehen begründete Bedenken gegen die Angaben desselben, so hat das Grundbuchamt auf dem Briefe zu vermerken, daß ein Vermerk, dessen Inhalt nicht festzustellen ist, sich auf dem alten Briefe befunden hat; die Streitigkeiten zwischen den Beteiligten sind nicht vom Grundbuchamte, sondern im Prozeßwege zu entscheiden.

3. RIA. **8** 56, ZBlFG. **7** 793 (KG.). Der neue Brief ist nach dem gegenwärtigen Grundbuchstand, unter Weglassung älterer bedeutungslos gewordener Eintragungen, insbes. älterer Abtretungen, zu erteilen (KGJ. **26** A 166, Güthe zu § 68 Anm. 5, Willenbücher zu § 68 Anm. 1). S. IDR. **4** zu § 68.

§ 71. I. Beschwerdeberechtigung (s. IDR. **2** zu § 71 Ziff. 1, **3** zu § 71 Ziff. 1, **4** zu § 71 Ziff. A, **5** zu § 71 Ziff. B). 1. **a)** SächsOLG. **28** 139 (Dresden). Die Beschwerdeberechtigung erfordert die Beeinträchtigung eines rechtlichen Interesses; auch schutzwürdige wirtschaftliche Interessen gehören hierher. **b)** JustdBl. **1** 182 (LG. München). In Grundbuchsachen ist beschwerdeberechtigt

jeder, dessen Rechtskreis durch die Entscheidung betroffen wird, auch wenn er nicht Antragsteller gewesen ist.

2. du Chesne, ZBlFG. **8** 169 ff. Die Beschwerde gegen eine Eintragung im Sinne des § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO. ruht unmittelbar nicht auf dem betroffenen materiellen Rechte, sondern auf dem aus ihm sich ergebenden rechtlichen Interesse daran, daß der Grundbuchbeamte gemäß § 54 GBO. von Amts wegen einen Widerspruch eintrage oder lösche.

3. a) OLG. **15** 372 (KG.). Der Landrat ist in Angelegenheiten der gemeinschaftlichen Gemeindejagdbezirke beschwerdeberechtigt. b) Die Entsch. des KG. JDR. **5** Ziff. B 1 a zu § 71 auch KGJ. **33** A 305.

II. Begriff der Entscheidung des Grundbuchamts (s. JDR. **2** zu § 71 Ziff. 2, **3** zu § 71 Ziff. 2, **4** zu § 71 Ziff. B, **5** zu § 71 Ziff. C). 1. ZBlFG. **7** 536 Ziff. 446 a, HansGZ. **06** Beibl. 279 Ziff. 47 (Hamburg). Eine beschwerdefähige Entscheidung liegt auch vor, wenn der Grundbuchrichter die Ablehnung androht, falls nicht bestimmten Auflagen bis zu einem gewissen Termin entsprochen wird; es braucht nicht die endgültige Ablehnung nach Ablauf der Frist abgewartet zu werden.

2. ElsLothNotZ. **07** 310 (Colmar). Meinungsäußerungen des Grundbuchrichters, durch die die Rechte des Beschwerdeführers in keiner Weise berührt werden, unterliegen der Beschwerde nicht.

3. Die Dienstaufsichtsbeschwerde. a) BadRpr. **07** 274, ZBlFG. **8** 35 Ziff. 410 (Karlsruhe). Soweit eine Entscheidung des Grundbuchrichters auf einer Verletzung materiell-rechtlicher Normen oder Verfahrensvorschriften beruht oder beruhen soll, ist Abhilfe auf dem Wege der Sachbeschwerde zu suchen. Im Wege der Dienstaufsichtsbeschwerde kann dagegen Abhilfe verlangt werden, wenn Maßnahmen in Frage stehen, welche gegen die den Dienstbetrieb im allgemeinen regelnden Weisungen der Justizverwaltung und die im Verkehre mit dem Publikum zu beobachtenden Formen und Rücksichten verstoßen. b) PosMSchr. **07** 29, R. **07** 986 Ziff. 2393, ZBlFG. **7** 838 Ziff. 766 (KG.). Die Anordnung des Grundbuchamts, durch die die Bezeichnung eines Grundbuchblatts infolge Bildung einer neuen Landgemeinde geändert wird, ist keine Entscheidung im Sinne des § 71, sondern lediglich eine Verwaltungsmaßregel. Sie ist daher der Sachbeschwerde entzogen.

III. Zulässigkeit der Beschwerde. 1. R. **07** 386 Ziff. 810 (Bay. ObLG.). Ist die Eintragung des Eigentumsüberganges an einem Grundstück unter Verletzung der Vorschrift des § 18 GBO. ohne weiteres abgelehnt und vor Hebung des der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses eine Sicherungshypothek für einen Dritten im Grundbuch eingetragen worden, so kann diese Eintragung durch Beschwerde nicht mit der Wirkung angefochten werden, daß nachträglich der Eigentumsübergang mit Vorrang vor der Sicherungshypothek eingetragen und ihr damit die rechtliche Wirksamkeit entzogen werden könnte.

2. a) SchlHolstAnz. **07** 367 (LG. Flensburg). Wenn die Löschung einer angeblich zu Unrecht eingetragenen Hypothek beantragt ist, so ist die Beschwerde, die gegen die Zurückweisung dieses Antrags erhoben ist, tatsächlich gegen die Eintragung selbst gerichtet; die Zulässigkeit der Beschwerde ist daher ebenso zu verneinen, als wenn sie sich unmittelbar gegen die Eintragung richtete (KGJ. **26** A 290, Turnau-Förster II 421, Güthe II, 1000). Die Beschwerde gegen eine Eintragung schließt aber das Verlangen auf Eintragung eines Widerspruchs in sich (s. JDR. **2** zu § 71 Ziff. 3 f). b) Predari 695. Daß gegen die Ablehnung eines auf § 22 GBO. gestützten Berichtigungsbegehrens die Beschwerde unzulässig sei, sagt der § 71 Abs. 2 GBO. nicht. Indem er zwar die Beschwerde gegen Eintragungen für unzulässig, aber doch das Verlangen nach Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 54 GBO.

(oder nach Löschung im Falle des § 54 Abs. 1 Satz 2) für statthaft erklärt, bringt er zum Ausdrucke, daß, wenn die Voraussetzungen des § 54 nicht gegeben sind, die Beschwerde auch mit dem Ziele der Löschung schlechthin zulässig sein muß. Es kann unmöglich die Absicht des Gesetzes gewesen sein, die Beschwerde gegen eine Eintragung auch dann auszuschließen und somit jeden Rechtsschutz im Verwaltungsjustizwege zu versagen, wenn der § 54 GBO. nicht anwendbar ist, und es also an einem durch die GBO. gewährten Mittel, eine unrichtige Eintragung zu verbessern, überhaupt fehlen würde. Hiernach bewendet es bei der Regel des § 71 Abs. 1, sofern der Tatbestand des § 54 Abs. 1 GBO. nicht gegeben und die Eintragung eines Widerspruchs nach Maßgabe dieser Vorschrift untunlich ist.

3. R. **07** 709 Ziff. 1536, ZBlFG. **7** 714 (KG.). Gegen die vom Grundbuchamte trotz mangelnder Zuständigkeit des Vollstreckungsrichters auf dessen Ersuchen bewirkte Löschung einer nacheingetragenen Hypothek ist die Beschwerde nur mit dem Ziele der Anweisung an das Grundbuchamt, nach § 54 GBO. einen Widerspruch einzutragen, zulässig, nicht aber zwecks Wiedereintragung des gelöschten Postens.

4. **a)** PosMSchr. **07** 6, R. **07** 709 Ziff. 1535 (KG.). Gegen die Eintragung einer Vormerkung ist Beschwerde zulässig, weil diese Eintragung nicht unter dem guten Glauben des Grundbuchs steht (s. IDR. **2** zu § 71 Ziff. 3 d, **3** zu § 71 Ziff. 3 d, **5** zu § 71 Ziff. E 3 c, d). **b)** SeuffBl. **07** 258 (München). Die Anordnung der Eintragung eines Widerspruchs ist nicht mehr zulässig, wenn das Grundbuch durch die angefochtene Eintragung nicht unrichtig geworden ist (s. IDR. **2** zu § 71 Ziff. 3 c). **c)** SeuffBl. **07** 393 (München). Der Widerspruch ist keine Eintragung, gegen die Beschwerde ausgeschlossen wäre. **d)** JustBl. **07** 299, PosMSchr. **07** 6 (KG.). Ebensowenig die Vormerkung.

§ 77. 1. du Chesne, BadRpr. **07** 292 ff. In Grundbuchsachen gibt es wegen der Eigenart der Entscheidungsgrundlagen (Urkunden) keine Zurückverweisung der Sache durch das Beschwerdegericht an das Grundbuchamt (§ 975 ZPO.; s. IDR. **4** zu § 77).

2. ZBlFG. **7** 536 Ziff. 444, SächsOLG. **27** 253 (Dresden). Entscheidungen des Beschwerdegerichts, durch die eine Eintragung angeordnet wird, sind, wie wenn der Eintragungsbeschluß vom Grundbuchamte selbst gefaßt worden wäre, dem, dessen Recht dadurch betroffen wird, vor der Ausführung nicht zu eröffnen. Das Grundbuchamt muß auch die angeordnete Eintragung trotz der Einlegung weiterer Beschwerde vornehmen.

§ 78. 1. Zulässigkeit der weiteren Beschwerde. 1. **a)** Hess. Rspr. 8 58 (Darmstadt). Wenn die Vorentscheidung sich lediglich auf die Auslegung einer Testamentsbestimmung stützt, so ist die weitere Beschwerde nur zulässig, wenn Rechtsgrundsätze über die Auslegung verkannt worden sind (s. IDR. **2** zu § 78 Ziff. 3 b, **3** zu § 78 Ziff. 3). **b)** R. **07** 1272 Ziff. 3198 (Karlsruhe). Die weitere Beschwerde nach § 78 GBO. ist auch gegen Beschwerdeentscheidungen zulässig, die nur den Kostenpunkt betreffen. **c)** KGJ. **32** A 197, ZBlFG. **7** 723 Ziff. 517 (KG.). Weitere Beschwerde wegen Verletzung des § 133 BGB. schlechthin. **d)** ElsLothIZ. **07** 530 (Colmar). Die weitere Beschwerde gegen einen die Eintragung anordnenden Beschluß des Beschwerdegerichts ist so lange zulässig, als die Eintragung noch nicht erfolgt ist. **e)** ZBlFG. **7** 536 Ziff. 445, ElsLothIZ. **06** 567 (Colmar). Weitere Beschwerde ist wegen Zurückweisung anstatt Erlaß einer Zwischenverfügung zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses zulässig. Ebenso BayObLG., ZBlFG. **7** 839 Ziff. 767, SeuffBl. **07** 258.

2. ZBlFG. 8 64 Ziff. 97, R. **07** 1272 Ziff. 3197 (KG.). Hat das Beschwerdegericht nur eines von zwei vom Grundbuchamt erhobenen Bedenken anerkannt, trotzdem aber die Beschwerde schlechthin zurückgewiesen, so ist das Gericht der weiteren Beschwerde nicht behindert, die weitere nur gegen

das vom Landgericht anerkannte Bedenken gerichtete Beschwerde deshalb zurückzuweisen, weil schon das andere Bedenken durchgreift.

§ 79. **RG.** ZBlFG. **8** 64 Ziff. 98, JW. **07** 240. Ein Fall des § 79 Abs. 2 GBO. ist auch gegeben, wenn das RG. die Vorentscheidung nicht in einer Grundbuchsbeschwerdesache, sondern in einem ordentlichen Rechtsstreite gefällt hat.

§ 80. 1. **a)** ElsLothNotZ. **07** 110 (Colmar). Die gegen den abweisenden Beschluß des Beschwerdegerichts gerichtete weitere Beschwerde muß von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein, wenn der die Eintragung beantragende Notar den das Vorkaufsrecht begründenden Vertrag nicht errichtet hat. **b)** HessRspr. **8** 2 (Darmstadt). Die Einlegung der weiteren Beschwerde zu Protokoll des Gerichtsschreibers eines unzuständigen Grundbuchamts ist nur dann als schriftliche Einlegung anzusehen, wenn das Protokoll von einem Rechtsanwalt unterschrieben worden ist.

2. ZBlFG. **7** 737 Ziff. 620, RheinARB. **06** 128 (KG.). Das Beschwerdegericht kann das Untergericht nicht anweisen, einem Antrage Bedenken entgegenzustellen, die im ersten Rechtszuge noch nicht erörtert worden sind; es hat aber das Recht und die Pflicht, falls es der Beschwerde stattgibt, auf bisher nicht erörterte Bedenken hinzuweisen.

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 82. BadRpr. **07** 3 Ziff. 3 (Karlsruhe). Wenn auch nach früherem Rechte (BadLRS.) der Eigentumsübergang Dritten gegenüber durch Eintragung des Kaufes im Grundbuch erfolgt, so kann doch ein unter der Herrschaft des früheren Rechtes abgeschlossener Kauf nach Inkrafttreten des neuen Rechtes nicht mehr eingetragen werden; zum Eigentumsübergang ist vielmehr die Auflassung und deren Eintragung nötig.

§ 83. FrankfRundsch. **06** 238 (Frankfurt). Der Grundbuchrichter ist nach preußischem Rechte in Fideikommißsachen nicht berechtigt, die Bescheinigung einer anderen Behörde dafür zu fordern, welche Personen als nächste Anwärter der Veräußerung zuzustimmen haben.

§ 90. SeuffBl. **07** 788 (BayObLG.). Anlegung eines Grundbuchblatts für ein buchungsfreies Grundstück auf Grund behaupteter außerordentlicher Ersitzung des Miteigentums (bayerisches Recht).

§ 91. Zur Auslegung der preuß. Kgl. VO. vom 13. November 1899. RheinA. **103** I 176 (Cöln). Die Artt. 18, 24 sind für die nachträgliche Anlegung von Grundbuchblättern in der Rheinprovinz, soweit dort die preuß. GBO. vom 5. Mai 1872 nicht gegolten hat, nicht maßgebend. — Ein dem Art. 11 VO. vom 13. November 1899 entsprechendes Zeugnis einer staatlichen Behörde kann in der Rheinprovinz weder vom Gemeindevorsteher noch vom Bürgermeister ausgestellt werden.

§§ 93 ff. I. Zur Auslegung der preuß. AB. vom 20. November 1899. 1. **§ 18.** KGJ. **34** A 215 (KG.). Geht die Zuständigkeit für die Führung des Grundbuchs über eines der mehreren, auf einem gemeinschaftlichen Blatte eingetragenen Grundstücke (oder eines Grundstückteils) auf ein anderes Grundbuchamt über, so hat das bisherige Grundbuchamt die seiner Zuständigkeit entzogenen Flächen abzuschreiben und dem neuen Grundbuchamt einen beglaubigten Tabellenauszug zu übersenden, auf Grund dessen sodann die Neueintragung erfolgt. Der vorherigen Anlegung und demnächstigen Schließung eines besonderen Grundbuchblatts für die abzuschreibenden Flächen bedarf es nicht.

2. **§ 20.** Citron, Die Umschreibung unübersichtlicher Grundbuchblätter in Preußen, ZBlFG. 8 203, wo hervorgehoben ist, daß nicht nur Schließung des alten Blattes erfolgt und daß das neue Blatt die bisherige Blattnummer behält (ebenso Güthe, GBO. II 1394).

II. Zu § 138 BadGBDW. BadRpr. **07** 347 über Eintragung des Steuerwerts in das Grundbuch.

§ 94. HansGZ. **07** Beibl. 120 (Hamburg). Eine Anordnung der Landesjustizverwaltung liegt auch dann vor, wenn einem von ihr ausgehenden Ersuchen die Grundbuchrichter entsprechen.

§ 98. BadRpr. **07** 32 (LG. Karlsruhe) über die Anwendung des auf Grund des § 98 erlassenen § 23 Abs. 1 BadAGGBO.

Personenstandsgesetz.

(Bericht aus den Jahren 1906 und 1907.)

Literatur: Bender, Handbuch für Standesbeamte (4), neu bearbeitet von Dillmann. 1907. — Reimann, Handbuch für Standesbeamte (3). 1906.

§ 11. In der BayRpflZ. **07** 356 wird darauf hingewiesen, daß die Gerichte Anträge auf Beglaubigung von Urkunden der bayerischen Standesbeamten rechts des Rheins, von denen in der Schweiz Gebrauch gemacht werden soll, abzulehnen haben, da für die Beglaubigung die Aufsichtsbehörden, d. s. in Bayern das Bezirksamt und die Kreisregierung zuständig sind. An diesem Rechtszustande habe auch der Staatsvertrag zwischen dem Reiche und der Schweiz über die Beglaubigung öffentlicher Urkunden vom 14. Februar 1907 (RGBl. 411) nichts geändert.

§ 15. RJA. 7 95, 96 (Colmar). Der § 15 PStG. muß sinngemäß auch Anwendung finden auf solche Standesurkunden, welche vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes in Elsaß-Lothringen nach den Vorschriften des damals geltenden französischen Rechtes ordnungsmäßig errichtet sind, da diese Vorschriften in allen wesentlichen Punkten mit den Vorschriften des PStG. übereinstimmen.

§ 16. *Boschan, ZBlFG. 7 192, stimmt der Entsch. des OLG. Stuttgart — JDR. **4** zu § 16 PStG. — zu, wonach das Recht auf „Einsicht" der Standesregister sich nur auf die Einsichtnahme bestimmter Eintragungen bezieht, und erörtert das Rechtsmittelverfahren, wenn die Vorlegung oder Erteilung von Auszügen aus rechtlichen Bedenken abgelehnt wird.

§ 19. Vgl. zu § 83.

§ 22. 1. Beweiskraft der Geburtsurkunden. a) NaumburgAK. **07** 38 (KG.). Die Geburtsurkunden sind nicht lediglich zur Beurkundung der nackten Tatsache der Geburt bestimmt, sondern sollen, wie die §§ 22, 25, 26 PStG. ergeben, auch feststellen, von wem das Kind geboren ist, wer seine Eltern sind und zu welcher Familie es gehört (**RG.**[Strafs.] **2** 303, **26** 348). Dazu gehört auch die Tatsache der ehelichen oder unehelichen Geburt. Auf die hierauf bezüglichen Angaben des Geburtsregisters erstreckt sich daher die durch § 15 den Registern beigelegte Beweiskraft, insbes. beweist das Geburtsregister auch die eheliche Abstammung des Kindes (KGJ. **32** A 279 [Colmar]). b) RJA. 7 95, ElsLothNotZ. **06** 280, KGJ. **32** A 297 (Colmar); Freudenthal, R. **06** 494. Das Geburtsregister ist nicht nur zur Beurkundung der Geburt einer Person, sondern auch darüber bestimmt, von welchen Eltern die Person abstammt und ob diese Abstammung eine eheliche ist (vgl. **RG.** [Strafs.] **2** 304, **13** 129, **26** 348). Zum Nachweise der ehelichen Abstammung des Kindes bedarf es daher nicht noch der Vorlegung der Heiratsurkunde seiner Eltern.

2. Erteilung des Vornamens. BayObLG. **6** 645, OLG. **12** 341, Reger **26** 467 (BayObLG.). Die Angabe des Vornamens vor dem Standesbeamten ist nicht die vorgeschriebene Form für die Erteilung des Vornamens, diese erfolgt gewöhnlich in anderer Weise, nach weitverbreiteter Sitte, auf die das G. im § 22 Abs. 3 Rücksicht genommen hat (Hinschius [3] 79), wird sie mit der Taufe verbunden, und in solchem Falle beurkundet der Standesbeamte nicht die Willenserklärung des Vaters, sondern die Tatsache, daß dem Kinde der angegebene Vorname erteilt ist (Sartorius 158, 167, 396). Demgemäß enthält das für die Eintragung in das Geburtsregister vorgeschriebene Formular (Bek. des Reichskanzlers vom 25. März 1899 § 20) für die Anzeige des Vaters ebenso wie für die Anzeige einer der nach § 18 Abs. 1 Ziff. 2—4 anzeigepflichtigen Personen den Vordruck, „daß das Kind .... Vornamen erhalten habe" (vgl. auch Ziff. 2 zu § 65).

§ 24. (§ 27.) Vgl. darüber, daß die Beilegung des Namens eines „neugeborenen" Findelkindes Sache des Vormundes ist, Weyl, JDR. **2** Ziff. 2 zu § 12 BGB.

§ 25. 1. OLG. **16** 21, ElsLothJZ. **06** 527, ElsLothNotZ. **06** 280, RJA. **7** 95, R. **06** 945 (Colmar). Bezüglich der in einer Heiratsurkunde aufgenommenen Erklärung des Ehemanns, daß er das von seiner Ehefrau geborene (näher bezeichnete) Kind als das seinige anerkenne, ist die Berichtigung durch Eintragung eines dahin lautenden Vermerkes zulässig, daß der Anerkennende nicht der Erzeuger des von seiner Ehefrau geborenen Kindes ist. Vgl. OLG. **7** 121 (KG.). Der frühere auf die Bestimmungen des französischen Rechtes gestützte Standpunkt, daß, wenn es sich um eine Standesfrage handle, nicht das Berichtigungsverfahren stattzufinden habe, sondern die Standesklage anzustrengen sei, wird nicht mehr aufrechterhalten.

2. SeuffA. **62** 24 (Hamburg). Die Geburtsanmeldung beim Standesamte durch den Ehemann der Mutter enthält keine Anerkennung seiner Vaterschaft.

§ 26. 1. Feststellung der Abstammung eines Kindes. a) *Kuttner, JheringsJ. **50** 496—512 u. 522. Die Beischreibung eines Vermerks über die „Feststellung der Abstammung eines Kindes" erfolgt nur auf Grund eines solchen Urteils, welches „die uneheliche Vaterschaft schlechthin" feststellt, nicht aber auf Grund eines Urteils, welches die uneheliche Vaterschaft nur im Sinne der §§ 1708—1716 BGB. feststellt. Das Urteil, welches das Bestehen oder Nichtbestehen der „unehelichen Vaterschaft schlechthin" feststellt, ist für den Standesbeamten und den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit bindend. **b)** BayObLG. **7** 109, OLG. **12** 345, SeuffA. **61** 244, DJZ. **07** 245 (BayObLG.), s. bereits JDR. **5** Ziff. 1 zu § 1708 BGB. Ebenso KGJ. **26** A 39 u. Stölzel Anm. a zu § 26.

2. Inhalt des Randvermerkes. BayObLG. **7** 488, RJA. **8** 14, BayRpflZ. **07** 67, KGJ. **33** A 311, OLG. **16** 22 (BayObLG.). Das Gesetz hat davon abgesehen, besondere Vorschriften darüber zu geben, in welcher Weise die Person des Vaters in dem Randvermerke zu bezeichnen ist, es begnügt sich mit den Angaben, die die öffentlichen Urkunden zu enthalten haben, auf Grund deren solche Randvermerke einzutragen sind. Die Angabe der Religion der Beteiligten ist weder für gerichtliche oder notarielle Urkunden über rechtsgeschäftliche Erklärungen (§ 176 Abs. 1 Ziff. 2 FGG.), noch für gerichtliche Urteile (§ 313 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO.) vorgeschrieben. Auch in dem Muster A 4 zu § 20 Bundesratsverordnung vom 25. März 1899 ist in den Randvermerk die Angabe der Religion des Vaters nicht aufgenommen.

§ 48. *Kuttner, JheringsJ. **50** 496—506 u. 521. Bei der Prüfung der Ehehindernisse ist der Standesbeamte an den Inhalt eines Urteils, welches das Be-

stehen oder Nichtbestehen der „unehelichen Vaterschaft schlechthin" zwischen den Nupturienten rechtskräftig feststellt, unbedingt gebunden; nicht aber an den Inhalt eines Urteils, das nur über die uneheliche Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716 BGB. eine Entscheidung trifft. (Vgl. o. Ziff. 1a zu § 26 u. JDR. **5** zu § 1717 BGB.)

§ 56. GoltdA. **53** 456 (Celle). Unter „Wochentag" im Sinne des § 56 sind alle Tage mit Ausnahme der Sonntage, also auch Festtage, die nicht auf einen Sonntag fallen, zu verstehen.

§ 58. Vgl. zu § 83.

§ 59. Ziff. 2. RJA. **9** 21, BayRpflZ. **07** 456, R. **07** 1544 (BayObLG.). Aus dem Muster der Sterbeurkunde, wie es der Bek. vom 25. März 1899 (RGBl. 225) beigefügt ist, ergibt sich, daß seit dem 1. Januar 1900 in die Sterbeurkunden außer der Angabe des Namens der Stadt usw. auch die genauere Bezeichnung der Örtlichkeit aufzunehmen ist, wo der Todesfall erfolgt ist, also zutreffendenfalls die Angabe, daß der Todesfall in der Wohnung des Anzeigenden eingetreten ist (vgl. auch zu § 83).

§ 61. *Wehl in der Kieler Festgabe für den 28. DJT. (Berlin 1906) 120. Der Tatbestand umfaßt — entgegen dem im BGB. § 16 und § 2251 (s. o. zu diesen Paragraphen) — auch Vorgänge in den Zugangsgewässern, nicht bloß Vorgänge auf hoher See.

§ 65. 1. Berichtigung unvollständiger Eintragungen. **a)** RJA. **7** 12, Reger **26** 465 (KG.). Das Berichtigungsverfahren hat nicht bloß die Richtigstellung falscher, sondern auch die Vervollständigung unvollständiger Eintragungen zum Gegenstande (vgl. KGJ. **26** A 37, RJA. **4** 6, SeuffA. **59** 301 (KG), preuß. MJ. vom 13. Juni 1878, MBlfJV. 114). **b)** RJA. **8** 11 (KG.). Die Angabe darüber, daß der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Eheschließenden seine Einwilligung zur Eingehung der Ehe gegeben habe, gehört nicht zur Vollständigkeit der Eintragung. Deshalb kann auch eine nachträgliche Hinzufügung einer derartigen Angabe im Wege des Berichtigungsverfahrens nicht angeordnet werden, wobei es gleichgültig ist, ob die Einwilligung vor, bei oder nach Eingehung der Ehe gegeben ist. Dasselbe gilt vor der Angabe des Verwandtschaftsverhältnisses der zugezogenen Zeugen zu einem der Eheschließenden.

2. Berichtigung eines unrichtig eingetragenen Vornamens. **a)** ElsLothNotZ. **06** 366, ElsLotJZ. **06** 637 (Colmar). Auch bei formellen Mängeln der standesamtlichen Urkunden ist das Berichtigungsverfahren zulässig. Wenn bei der Anmeldung der Geburt der Vorname René angegeben, aber Renatus in der Geburtsurkunde eingetragen ist, so ist dies eine sachlich unrichtige Beurkundung, zu der der Standesbeamte nicht berechtigt war, denn der Fall des § 24 Abs. 4 ElsLothDienstAnw., wonach Vornamen, für die eine deutsche Form besteht, in dieser einzutragen sind, lag nicht vor. Es kann daher die Berichtigung dieser Beurkundung verlangt werden. **b)** SeuffA. **61** 215, ZBlFG. **7** 33, SeuffBl. **06** 654, SchlHolstAnz. **06** 172 (BayObLG.) vgl. bereits JDR. **5** zu § 12 BGB. Ziff. II 5 b.

3. Berichtigung des Familiennamens. PosMSchr. **06** 179, R. **07** 253 (KG.). Zutreffend ist die Eintragung des Namens der Frau mit der Endsilbe „ki", auf die der Name des Mannes lautet, selbst wenn üblicherweise nach polnischem Sprachgebrauche bei weiblichen Mitgliedern der Familie der Name auf „ka" auslautend gebraucht wird. Das Gesetz hat der Sprache mit ihren Regeln keinen Einfluß auf die Gestaltung des Familiennamens eingeräumt.

4. Berichtigung eines Adelsprädikats. BayObLG. **6** 743. Die Eintragung eines Adelsprädikats im Standesregister, wenn daraus die

Zugehörigkeit zum Adelsstand abgeleitet wird, unterliegt beim Nachweise der Unrichtigkeit dem Berichtigungsverfahren. Die Vorschrift des Teil II Tit. 9 § 19 PrALR. begründet die Vermutung für die Tatsache der Verleihung des Adels, die denjenigen, der für sich den Adel in Anspruch nimmt, der Verpflichtung zum Beweise des Adels enthebt. Der Gegenbeweis, daß der tatsächliche Zustand auf unrechtmäßige Weise hergestellt wurde, ist aber jederzeit zulässig.

5. Berichtigung einer Unterschrift. RheinARV. **07** 232 (LG. Cöln). Es ist begrifflich ausgeschlossen, daß eine unrichtige Unterschrift durch das Berichtigungsverfahren richtiggestellt wird.

6. Berichtigung einer Geschlechtseintragung. Gronemann, R. **07** 1383, erörtert die Frage, ob die Berichtigung des Geburtsregisters zulässig ist, wenn eine unrichtige Geschlechtseintragung erfolgt ist, die die Eintragung über den Befund beurkundet, wie er seinerzeit bei der Geburt durch den Arzt, die Hebamme und die Eltern festgestellt ist, und verweist auf eine im Jahre 1897 ergangene Entscheidung, durch welche in einem ähnlichen Falle ein Berichtigungsantrag zurückgewiesen worden ist. Er verweist auf die Möglichkeit einer Feststellungsklage (§ 256 ZPO.) auf Feststellung des männlichen Geschlechts.

7. Keine Berichtigung der vom Standesbeamten aufgenommenen besonderen Urkunden. OLG. **14** 256, R. **07** 138, ElsLothJZ. **32** 99, ElsLothNotZ. **07** 84, PucheltsZ. **38** 29 (Colmar). Die vom Standesbeamten über die Anerkennung der Vaterschaft errichteten besonderen Urkunden können nicht zum Gegenstande des Berichtigungsverfahrens gemacht werden, da diese nur die Abgabe der Willenserklärung beweisen, nicht aber, wie die Eintragung im Standesregister, die Vaterschaft selbst (§ 15 PStG.) beweisen.

8. Berichtigung auf Grund eines Urteils. *Kuttner, JheringsJ. **50** 496 ff., 506, 522. Eine Berichtigung des Standesregisters muß geeignetenfalls erfolgen, wenn durch Prozeßurteil das Bestehen oder Nichtbestehen „der unehelichen Vaterschaft schlechthin" festgestellt wird; z. B. bei Feststellung des Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft, nachdem gemäß § 25 PStG. die Anerkennung der Vaterschaft eingetragen worden ist. Der Richter des Berichtigungsverfahrens ist unbedingt an den Inhalt des Prozeßurteils gebunden. — Ein Urteil, welches das Bestehen oder Nichtbestehen der unehelichen Vaterschaft nur „im Sinne der §§ 1708—1716 BGB." feststellt, ist auf die Einleitung und Durchführung des Berichtigungsverfahrens einflußlos.

§ 66. 1. Voraussetzung der Berichtigung. **a)** KGJ. **34** A 75 (KG.). Die Berichtigung einer Eintragung im Standesregister ist nicht an die Voraussetzung urkundlichen Nachweises der Unrichtigkeit geknüpft und kann insbes. nicht von einer vorgängigen Berichtigung einer Eintragung im Kirchenbuch abhängig gemacht werden. **b)** KGJ. **34** A 75 (KG.). Die gerichtliche Anordnung der Berichtigung hat zur wesentlichen Voraussetzung ein vor der Aufsichtsbehörde stattgefundenes Verfahren, in dem mindestens die Beteiligten über die Berichtigung gehört werden müssen. Diese Anhörung kann nicht durch diejenige vor dem Heroldsamt in einem Verfahren ersetzt werden, bei dem es sich nur um die Berechtigung zur Führung des Adelstitels handelt.

2. Berichtigung einer rechtskräftig angeordneten Berichtigung. RJA. **7** 89, OLG. **14** 146 (KG.). Auch gegen eine rechtskräftig angeordnete Berichtigung ist jederzeit der Gegenbeweis der Unrichtigkeit ihres Inhalts zulässig und ihre Beweiskraft wird durch seine Führung aufgehoben. Die Entscheidung über einen Antrag auf Berichtigung ist keine Entscheidung eines Streites, insbes. nicht die Entscheidung eines Streites zwischen den Beteiligten und der Aufsichtsbehörde, da die Aufsichtsbehörde im Berichtigungsverfahren niemals Partei ist, sondern lediglich wie das Gericht öffentlich-rechtliche Funktionen ausübt. Es

können deshalb die Grundsätze über die materielle Rechtskraft der Entscheidungen, soweit sie darauf beruhen, daß ein Streit entstanden ist, der Aufsichtsbehörde gegenüber keine Anwendung finden. Ebenso Frese, ZBlFG. **4** 675, Josef Anm. 3 zu § 70 FGG., Stölzel, PStG. Anm. 5 a zu § 66. Hiermit nicht im Widerspruche SeuffA. **57** 188 u. OLG. **6** 19.

3. Beschwerde. RJA. **7** 12, Reger **26** 465 (KG.). Die Beschwerde ist nicht die sofortige (FGG. § 70), sondern die einfache, wenn sie sich nicht gegen eine Eintragung, sondern gegen die Versagung einer Eintragung richtet. Vgl. Birkenbihl Anm. 1 aE. zu § 70 FGG.

4. MecklZ. **24** 232 (Rostock). Macht das Beschwerdegericht von dem ihm nach § 66 Abs. 2 eingeräumten freien Ermessen Gebrauch, so steht eine Nachprüfung, ob der gemachte Gebrauch zweckmäßig war, dem Gerichte der weiteren Beschwerde nicht zu (§ 27 FGG.). Vgl. OLG. **3** 400, R. **03** 343 Ziff. 1902.

§ 69. **RG.** JW. **07** 563, R. **07** 1084. In Fällen, wo Aufgebot und Eheschließung zwar von zwei Standesbeamten vollzogen werden, aber bei demselben Standesamte stattfinden, ist der Standesbeamte, welcher die Eheschließung vorzunehmen hat, selbst zur selbständigen Prüfung verpflichtet, ob die zur Eheschließung notwendigen Erfordernisse (insbes. die Ehemündigkeit der Verlobten) vorhanden sind, und er allein ist hierfür strafrechtlich haftbar.

§ 83. RJA. **7** 12, Reger **26** 465 (KG.). Die AusfV. des Bundesrats einschl. der ihr beigefügten Formulare hat die Bedeutung einer Ergänzung des Gesetzes und nimmt an der Gesetzeskraft teil. Ist daher der Vermerk, daß der Anzeigende aus eigener Wissenschaft unterrichtet war, unterblieben, obgleich er nach der Fußnote zu Form. A 3 vorgeschrieben ist, so hat eine Ergänzung im Wege des Berichtigungsverfahrens stattzufinden (Stölzel, PStG. § 19 Anm. 4 Abs. 2, Sartorius § 19 Anm. 2 Abs. 3, § 58 Anm. 1 b β Abs. 2). Ebenso BayRpflZ. **07** 456, RJA. **9** 21, R. **07** 1544 (BayObLG.) mit Bezug auf § 59 Ziff. 2 PStG.

Das Reichs-Haftpflichtgesetz

vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EGBGB.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung hat im Berichtsjahr auf dem Gebiete des HaftpflG. Gelegenheit zu zahlreichen Entscheidungen gehabt und viel Material für die Auslegung des in seiner Anwendung sich häufig recht schwierig gestaltenden Gesetzes geliefert. Von Interesse ist, daß die Auffassung des RG. über das Verhältnis des § 254 BGB. zu § 1 HaftpflG., der sich die Rechtsprechung bisher durchweg angeschlossen hat, in einem Urteile des OLG. Hamburg Widerspruch gefunden hat (vgl. Bem. VI 2 zu § 1). Dagegen steht hinsichtlich des § 25 PrEisenbG. auch das RG. auf dem Standpunkte der Nichtanwendbarkeit des § 254 BGB. (vgl. Bem. VI 3 zu § 1). An der Auffassung, daß gesetzliche Pensionen von der Haftpflichtrente in Abzug zu bringen sind (vgl. Vorbemerkung zum HaftpflG. in JDR. 5), hat das RG. festgehalten (vgl. Bem. I 9 zu § 3, 3 a). Im übrigen muß auch diesmal wieder hinsichtlich des HaftpflG. auf das zu den §§ 249, 254, 276, 823 ff. BGB. veröffentlichte reichhaltige Material hingewiesen werden.

§ 1. I. Betriebsunfälle. (Vgl. JDR. **5** Bem. I zu § 1 HaftpflG.) 1. *Köbke, LeipzZ. **07** 314. Für den Begriff des Unfalls gelten gleichmäßig im Bereiche der sozialen und privaten Versicherung sowie des HaftpflG. als wesentlich die Voraussetzungen der Zufälligkeit, Plötzlichkeit und Äußerlichkeit; ferner wird verlangt, daß der Unfall eine Körperbeschädigung oder den Tod eines Menschen zur Folge hatte. Den „Unfall" wird man als die körperschädigende, nicht vorsätzlich

herbeigeführte Einwirkung eines äußeren plötzlichen Ereignisses definieren können. Der Begriff kann in der Privatversicherung durch den Wortlaut der Police Abänderung, insbesondere Hinzufügung neuer Merkmale erfahren; immerhin handelt es sich aber bei dem Begriffe des Unfalls nur um einen einzigen Grundbegriff, der allerdings nach dem Zwecke des betreffenden Versicherungsgebiets verschiedenartig ausgelegt werden kann. Hieraus folgt aber, daß die für das Gebiet der Arbeiterversicherung ergangenen Erkenntnisse über den Unfallbegriff auch für die Gebiete der Privatversicherung und des HaftpflG. an sich verwertbar sind und umgekehrt.

2. **RG.** EisenbE. **24** 69, 71, R. **07** 907. Zum Eisenbahnbetrieb gehört auch das Aussteigen der Fahrgäste aus dem Eisenbahnzuge. Ereignet sich hierbei ein Unfall, für den die dem Eisenbahnbetrieb eigentümliche Einrichtung ursächlich ist, wie die Notwendigkeit, daß die Fahrgäste relativ hohe und steile Trittbretter von geringer Breite benutzen müssen, wodurch die Gefahr und die Folgen eines Fehltritts bedeutend verstärkt werden, so liegt ein Betriebsunfall vor (vgl. auch JDR. **5** Bem. 4 zu § 1 HaftpflG.). ➠ Vgl. die Bem. 8 unten, wonach ein Unfall n a ch dem Aussteigen kein Betriebsunfall ist, wenn nicht besondere Verhältnisse vorliegen. Red. ⇜

3. **RG.** R. **07** 713 und 1150. Wird durch ein vor einem herannahenden Zuge scheuendes Pferd jemand verletzt, so liegt ein in örtlichem und zeitlichem sowie auch in innerem Zusammenhange mit der Betriebstätigkeit der Bahn stehender Unfall, also ein Betriebsunfall vor (**RG. 53** 115, **55** 231, **62** 146).

4. EisenbE. **24** 25 (Cöln). Betriebsunfälle sind auch Unfälle, die durch Herabfallen von Gepäckstücken aus den Gepäcknetzen entstehen. Gleichgültig ist, ob das Gepäckstück von dem Reisenden ordnungsgemäß in das Netz gelegt worden war oder nicht, denn die Einrichtung eines Gepäcknetzes über dem Kopfe der Reisenden ist infolge der Eigentümlichkeit des Betriebs auf einer Eisenbahn stets mit der Gefahr eines die Reisenden verletzenden Herabfallens von Gepäckstücken verbunden. Höhere Gewalt liegt nicht vor, da die Eisenbahn in der Lage ist, diese Gefahr ganz zu beseitigen, indem sie dem Reisenden genügenden Raum zur Unterbringung ihres in den Abteil mitgenommenen Gepäcks gewährt oder das Mitnehmen des Gepäcks in die Abteile überhaupt untersagt.

5. **RG.** EisenbE. **23** 396, DJZ. **07** 483, R. **07** 388. Ein Unfall, den bei einer Schlägerei im Eisenbahnabteil ein unbeteiligter Mitreisender dadurch erleidet, daß er aus dem Wagen gedrängt wird, ist ein Betriebsunfall. Einrede der höheren Gewalt nicht begründet; ob nicht höhere Gewalt schon b e g r i f f l i ch hier ausgeschlossen ist, weil es sich bei einer Schlägerei im Eisenbahnabteile nicht um Kräfte und Tätigkeiten handelt, die von außen in den Betrieb eingegriffen haben, mag dahingestellt bleiben; jedenfalls war die Schlägerei nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein unvorhersehbares und unabwendbares Ereignis (vgl. auch JDR. **5** Bem. 3 zu § 1 HaftpflG.).

6. **RG.** EisenbE. **23** 397, JW. **07** 276. Kein Betriebsunfall liegt vor, wenn die Verletzung beim Entladen eines stillstehenden Wagens durch Herabstürzen von Holzstämmen infolge Bruches einer Runge verursacht wird. Denn die Entladung eines stillstehenden Wagens durch den Empfänger stellt an sich eine Betriebstätigkeit der Eisenbahn nicht dar und ein Unfall, der sich dabei ereignet, wird zu einem Betriebsunfall im Sinne des § 1 HaftpflG. nur dann, wenn in irgendeiner Weise ein Zusammenhang mit einem Betriebsvorgang anderweitig hergestellt wird, z. B. wenn der Wagen durch andere Wagen angestoßen und ins Rollen gebracht und dadurch ein durch die Einrichtungen der Beförderungs- und Betriebsmittel bedingter, wenn auch nicht gewollter Betriebsvorgang ausgelöst wird.

7. **RG.** EisenbE. **23** 381, JW. **07** 26, DJZ. **07** 131. Kein Betriebsunfall liegt vor, wenn die Beschädigung durch Fall nicht beim Aufsteigen auf den Wagen der

Straßenbahn, sondern schon, ehe der Straßenbahnwagen erreicht wurde, beim Hineilen zu demselben.

8. **RG.** EisenbE. **24** 50, JW. **07** 315, R. **07** 522. Kein Betriebsunfall liegt vor, wenn ein Reisender nach dem Aussteigen aus dem Wagen auf dem Bahnsteige sich durch Anstoßen an ein auf dem Bahnsteig aufgestelltes Gerüst verletzt. Wohl können Gedränge und Eile nach dem Aussteigen aus dem Zuge auf dem Wege zu einem anderen Zuge einen ursächlichen Zusammenhang mit dem Betriebe darstellen, nicht aber das Verlangen, schnell den Zug und das Gedränge des Bahnhofs zu verlassen, wenn der Zug bereits am Bestimmungsort angelangt ist. Dagegen haftet in einem solchen Falle die Eisenbahn aus dem Beförderungsvertrage, wenn das auf dem Bahnsteig angebrachte Gerüst für den Verkehr ein Hindernis bildet und das Publikum auf dieses Hindernis nicht besonders aufmerksam gemacht worden ist. Teilung des Schadens nach § 254, wenn auch der Reisende bei Passieren des Hindernisses nicht die genügende Sorgfalt angewendet hat (vgl. auch die Bem. 1 oben und JDR. **5** Bem. 4 zu § 1 HaftpflG.).

II. Kausalzusammenhang. (Vgl. auch JDR. **5** Bem. II zu § 1 HaftpflG.). 1. **RG.** JW. **07** 340, R. **07** 649. Wenn unberufene Dritte einen irgendwo auf dem Gleise stehenden Eisenbahnwagen in Bewegung setzen und dadurch Schaden verursacht wird, so fehlt es an dem ursächlichen Zusammenhange zwischen dem Schaden und dem Bahnbetriebe. Dieser ursächliche Zusammenhang ist aber gegeben, wenn bei einem Anschlußgleise zu einer Fabrik die Bahnverwaltung es duldet oder nicht ernstlich hindert, daß durch Arbeiter der Fabrik die Wagen ihr zugerollt werden.

2. **RG.** JW. **07** 394. Zu einem Betriebsunfall im Sinne des § 1 HaftpflG. gehört nicht nur ein äußerer, d. h. zeitlicher und örtlicher, Zusammenhang des Unfalls mit einem Betriebsvorgange der Eisenbahn, sondern auch ein innerer, ursächlicher Zusammenhang zwischen beiden (**RG. 50** 92, **55** 229). Dieser ursächliche Zusammenhang muß zwar, soweit es sich um den Betrieb im engeren Sinne, die eigentliche Beförderungstätigkeit handelt, nicht im einzelnen Falle besonders nachgewiesen werden, allein wenn der konkrete Hergang ihn von vornherein als ausgeschlossen erscheinen läßt, so kann auch beim Vorliegen eines äußeren Zusammenhanges des Unfalls mit der Beförderungstätigkeit der Eisenbahn die Haftung des Unternehmens nach § 1 HaftpflG. nicht begründet sein. Ein solcher innerer Zusammenhang ist daher nicht gegeben, wenn das Pferd des Klägers infolge der ungewohnten Gestalt des Eisenbahnzugs scheut, ohne daß dabei irgendeine Betriebstätigkeit eine Rolle gespielt hat. Denn der Zustand, der für den kausalen Verlauf in Frage kommt, war hier genau derselbe, wie wenn kein Betrieb stattgefunden hätte.

3. **RG.** R. **07** 698. Hat jemand durch einen Unfall eine Beinverletzung erlitten, die bei ordnungsmäßiger Behandlung hätte heilen können, ist aber durch einen Kunstfehler des behandelnden Arztes eine Verkürzung des Beines eingetreten, so kann für diesen Schaden nicht mehr der Unfall als adäquate Ursache angesehen werden.

4. EisenbE. **23** 34 (SchweizBundesG.). Ursächlicher Zusammenhang mit dem Eisenbahnunfall ist gegeben, wenn es dem Verletzten an der nötigen Energie zur Ausübung seines Berufs fehlt, weil sein ganzes Sinnen und Trachten auf eine Entschädigung gerichtet ist und diese Gedankenrichtung, die den Verletzten an der Arbeit hindert, nicht etwa auf seinem freien Willen beruht, sondern eine krankhafte Schwäche ist, die sich seit dem Unfall entwickelt hat (vgl. auch JDR. **5** Bem. I 3 zu § 3, 3 a HaftpflG.).

III. Eisenbahn und Betriebsunternehmer. (Vgl. auch JDR. **5** Bem. III und IV zu § 1 HaftpflG.). 1. **RG.** R. **07** 654. Das PrEisenbG. vom 3. November 1838 geht von einem engeren Begriffe der Eisenbahnunternehmung aus

als das HaftpflG. und bezieht sich nur auf Eisenbahnen, welche landesherrlich genehmigt und für den öffentlichen Verkehr bestimmt sind, nicht auch auf Bahnen, welche der landesherrlichen Genehmigung nicht bedürfen und von einer einzelnen Person oder Gesellschaft nur für private Zwecke betrieben werden. Der Umstand allein, daß der Betrieb einer derartigen Bahn gleiche oder nahezu gleiche Gefahren mit sich bringt, wie der Betrieb von Bahnen für öffentliche Zwecke, ist nicht ausschlaggebend.

2. **RG.** R. **07** 649. Der Verkehr auf einem Anschlußgleise, das zum Teil über einen abgeschlossenen Fabrikhof führt und zwar für die besonderen Zwecke der Fabrik angelegt ist, aber in gleichem Maße dem Warentransporte des Eisenbahnunternehmers dient, indem dieser mit seinen Betriebsmitteln und für seine Rechnung die für die Fabrik bestimmten Kohlen dieser auf dem Fabrikgleise zuführt, ist ein Teil des Eisenbahnbetriebs selbst; das Anschlußgleis ist somit eine Eisenbahn im Sinne des § 1 HaftpflG.

4. **RG.** EisenbE. **24** 171, R. **07** 992, 993. a) Werden Eisenbahnwagen von der Bahnverwaltung einem Anlieger zur eigenen Entladung zugefahren und zur Verfügung gestellt und nach Entladung von Arbeitern des *letzteren* wieder in Bewegung gesetzt, so ist, da das Tun *dieser* Arbeiter nicht als ein Vorgang im Eisenbahnbetriebe des Eisenbahnunternehmers anzusehen ist, ein dabei eintretender Unfall nicht als ein Betriebsunfall im Eisenbahnbetriebe zu erachten. b) Für die Frage, wer auf einem Anschlußgleise der Betriebsunternehmer ist, kommt es nicht darauf an, ob und in welchem Umfang an dem Gleise das angeschlossene Werk oder der Eisenbahnunternehmer ein wirtschaftliches Interesse hat, sondern lediglich darauf, wem auf dem Anschlußgleise die selbständige Verfügung über den Betrieb zusteht und die Betriebseinnahmen und Betriebsausgaben zufallen. Demgemäß ist auf dem Anschlußgleise bis zu dem Punkte, wohin von der Lokomotive der Hauptbahn unter Berechnung von Zustreifgebühren die Wagen für das angeschlossene Werk gebracht und wo sie wieder abgeholt werden, regelmäßig die Hauptbahn, jenseits dieses Punktes das Werk als der Unternehmer des Eisenbahnbetriebs, der jeweils von der Hauptbahn oder von dem Werke auf diesen Teilstrecken ausgeführt wird, anzusehen.

5. *Hilse*, EisenbE. **24** 86. Ist ein Omnibusbetrieb einem Straßenbahnbetrieb angegliedert, so besteht nicht die gleiche Schadensersatzpflicht für beide nach dem HaftpflG. Zur Schadensersatzklage gegen den Omnibusbetriebsunternehmer ist vielmehr ein Verschuldungsgrund darzutun.

IV. *Höhere Gewalt.* (Vgl. JDR. **5** Bem. V zu § 1 HaftpflG.) 1. **RG.** EisenbE. **23** 398, JW. **07** 276. Absturz eines Fahrgastes von der Plattform eines Straßenbahnwagens infolge eines plötzlichen *Ohnmachtsanfalls* nicht ohne weiteres höhere Gewalt. Es ist zwar anzuerkennen, daß ein plötzlicher Ohnmachtsanfall je nach Umständen sehr wohl als höhere Gewalt in Betracht kommen *kann*; für den vorliegenden Fall ist dies aber deshalb zu verneinen, weil es sich weder um ein von außen her in den Eisenbahnbetrieb eingreifendes Naturereignis, noch um ein Vorkommnis handelt, dem nicht durch entsprechend verbesserte Sicherheitseinrichtungen passenderweise vorgebeugt werden konnte.

2. **RG.** EisenbE. **23** 393, R. **07** 320. Keine höhere Gewalt, wenn ein Dritter infolge Bestürzung eingreift und durch sein Eingreifen — Versuch, den ein Eisenbahngleis Überschreitenden zurückzuhalten, wodurch dieser zu Fall kommt und vom Zuge überfahren wird — den Unfall herbeiführt. Denn die Bestürzung und geistige Verwirrung, in der der Genosse den sonst glücklich über das Gleise Gelangenden zurückriß und zu Fall brachte, war selbst eine Folge der Eisenbahngefahr. Dagegen kann diese mitwirkende Ursache als einer der „Umstände" gelten, die bei der Bestimmung des Umfanges des zu leistenden Ersatzes nach § 254 Abs. 1 BGB. in Betracht kommen.

3. **RG.** EisenbE. **23** 305, BayRpflZ. **07** 193, R. **07** 263. Eine durch Schlaftrunkenheit bewirkte vorübergehende Bewußtlosigkeit, in der das Gleis einer Straßenbahn überschritten wird, ist kein von außen in den Betrieb eingreifendes Ereignis, sondern lediglich ein Vorgang, der die durch den Bahnbetrieb geschaffene Gefahr, daß das in den Straßen verkehrende Publikum überfahren wird, wirkend machte. Daher keine höhere Gewalt als Haftausschließungsgrund gegeben.

4. **RG.** EisenbE. **23** 386, JW. **07** 58, DJZ. **07** 239. Höhere Gewalt liegt vor beim Zusammenstoß eines Straßenbahnwagens mit einem führerlosen Lastwagen, dessen Pferde, scheu geworden, in vollem Laufe dahinrasen, so daß der Straßenbahnwagen durchbohrt wird. Ein solcher, in seiner Ursache und seiner Wirkung einem elementaren Ereignisse gleichkommender, auf den Betrieb der Straßenbahn von außen einwirkender Vorgang muß als ein ungewöhnliches, mit dem Straßenbahnbetriebe nicht schon seiner Natur nach verknüpftes Ereignis — wie letzteres der Fall ist beim Zusammenstoß eines Straßenbahnwagens mit einem gelenkten Fuhrwerk in verkehrsreichen Straßen — angesehen werden, und er hat daher als höhere Gewalt zu gelten, wenn die schädigende Einwirkung auch durch äußerste, nach den gegebenen Umständen gebotene Vorsicht und durch alle, vernünftigerweise dem Betriebsunternehmer zuzumutenden Vorkehrungen nicht abzuwenden und auch in seinen Folgen nicht unschädlich zu machen war. Daß letztere Voraussetzung vorhanden war, ergibt schon der Sachverhalt.

5. Wussow, EisenbE. **23** 214, bespricht die Einschränkung, welche das RG. im Laufe der Zeit in seinen Entscheidungen dem Begriffe der höheren Gewalt, insbesondere in der Richtung gegeben hat, daß Ereignisse, die im Straßenbahnverkehr immer wieder vorzukommen pflegen und mit denen der Unternehmer von vornherein rechnen müsse, wie Scheuen von Pferden, Zusammenstoß mit anderen Fuhrwerken, welche von der Seite oder von hinten her unvorhersehbarerweise den Wagen anfahren, gänzlich von der Anwendung des Begriffs der höheren Gewalt ausgeschlossen worden sind.

V. Eigenes Verschulden. (Vgl. JDR. **4** und **5** Bem. VI zu § 1 HaftpflG.; s. einzelne Eisen- und Straßenbahnunfälle auch oben zu § 254 BGB. Ziff. 8a α u. β). 1. **RG.** EisenbE. **23** 73. Ist nicht aufgeklärt, wie sich der Unfall ereignet hat und ob ein Verschulden des Verletzten vorliegt, so haftet der Betriebsunternehmer.

2. **RG.** R. **07** 992. Ergeben sich hinsichtlich der Frage, wie sich im einzelnen ein Unfall ereignet hat, zwei Möglichkeiten, so genügt der Eisenbahnunternehmer seiner Beweispflicht, wenn er nachweist, daß der Verletzte, mag er in der einen oder anderen Weise gehandelt haben, in jedem der möglichen Fälle die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat.

3. **RG.** EisenbE. **24** 72, R. **07** 907. Gegenüber der strengen Haftpflicht der Eisenbahn muß von den Reisenden gefordert werden, daß sie die gebotenen und jedermann geläufigen Sicherheitsvorkehrungen benutzen. Auch für einen Mann im rüstigen Alter ist es daher Gebot der gewöhnlichen Vorsicht, daß er sich beim Aussteigen aus einem Eisenbahnwagen mit einer Hand an der Griffstange festhält, zumal wenn er in der anderen Hand ein Gepäckstück trägt (vgl. auch JDR. **5** Bem. VI 7 zu § 1 HaftpflG.).

4. ElsLothJZ. **31** 491, EisenbE. **23** 127 (Colmar). Die Abstumpfung gegen die Gefahren des Eisenbahnbetriebs ist im allgemeinen nur bei Eisenbahnbediensteten als Entlastungsgrund anerkannt worden, weil diese infolge der Gewöhnung an die Betriebsgefahren und der Eile, mit der sie häufig ihre dienstlichen Verrichtungen ausführen müssen, die Gefahren nicht so leicht vermeiden können, wie dritte Personen.

5. **RG.** ZVersWes. **07** 459, JW. **07** 673, R. **07** 1396 Ziff. 3454, DJZ. **07** 1257,

— Rettungshandlungen mit eigener Lebensgefahr — s. oben zu § 254 BGB. Ziff. 8 f β (vgl. auch JDR. **3** Bem. VI 2 zu § 1 HaftpflG.).

6. **RG.** R. **07** 388, EisenbE. **24** 43. Der Fahrgast handelt in den meisten Fällen fahrlässig, wenn er seine Hand an dem Türrahmen oder bei nicht weit geöffneter Tür an der Kante derselben in einer Stellung beläßt, daß sie bei plötzlichem Zuschlagen der Tür Gefahr läuft, gequetscht zu werden. Kann aber der Fahrgast nach den konkreten Umständen annehmen, daß in seiner Nähe überhaupt keine andere Person sich aufhalte, welche die Tür plötzlich zuschlagen könnte, so kann es ihm nicht zum Verschulden angerechnet werden, wenn trotzdem von rückwärts ein Schaffner die Tür zuschlägt.

7. EisenbE. **23** 190 (Cöln). Es wird, namentlich in kleineren Bahnhöfen, sich nicht immer ermöglichen lassen, daß alle Wagen vor dem erhöhten Bahnsteige zum Halten gebracht werden. Mit dem Aussteigen außerhalb des erhöhten Bahnsteigs ist aber für den Reisenden keine Gefahr verbunden, da die Entfernung des Trittbretts vom Boden immer nur so groß sein wird, daß ein normaler Mensch sie bei nötiger Vorsicht überwinden kann. Für den Ängstlichen stehen die Zugsbeamten zur Beihilfe zur Verfügung. Wenn daher ein Reisender, trotzdem er merkt, daß der Abstieg höher als gewöhnlich sei, die Hilfe der Zugsbeamten, die ihm zur Verfügung steht, nicht in Anspruch nimmt, fällt die Schuld an dem Unfall ihm allein zur Last. (Keine Schadensteilung.)

8. EisenbE. **23** 245 (Cöln). Aufspringen auf den Straßenbahnwagen während der Fahrt begründet eigenes Verschulden. Dagegen wesentliche Mitursache die besondere Betriebsgefahr, wenn der Zug an der Haltestelle kaum gehalten hat, sondern schon weitergefahren ist, obwohl noch Leute ausstiegen, und der Kläger daher annehmen konnte, ohne besondere Gefahr aufspringen zu können (Teilung der Haftung). Vgl. auch JDR. **5** Bem. VI 8 zu § 1 HaftpflG.).

9. **RG.** EisenbE. **23** 294, JW. **07** 9. Wenn auch der Bahnzug, auf den der Kläger aufzuspringen versucht hat, nur in langsamer Vorwärtsbewegung begriffen war, so kommt doch in Betracht, daß der Kläger bei seinem Alter von 66 Jahren und seiner Korpulenz, wie ihm bei vernünftiger Überlegung nicht entgehen konnte, besonders wenig befähigt war, beim Aufspringen auf das Trittbrett eines fahrenden Straßenbahnwagens festen Fuß zu fassen, zumal der Perron durch eine Tür abgeschlossen war. Daher grobe Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt, welche jeden Schadensersatz ausschließt.

10. **RG.** EisenbE. **24** 71, R. **07** 881. Der Umstand, daß ein Fuhrmann auf einer die Eisenbahn kreuzenden Straße am hellen Tage und obwohl er bei der freien Übersicht und dem Geräusche des Zuges das Herannahen des letzteren hören mußte, trotzdem die Überfahrt überquerte, schließt trotz des ihn treffenden schweren Verschuldens den Schadensersatzanspruch nicht völlig aus, wenn die Betriebsgefahr durch das Fehlen von Wegschranken und dadurch, daß die Lokomotive den Schluß des Zuges bildete, gesteigert war.

11. **RG.** JW. **07** 369. Die Verwendung eines vor einem Eisenbahnzuge leicht scheuenden Pferdes auf einer Straße, auf oder neben der die Eisenbahn läuft, ist noch kein Verschulden; die Straße ist in erster Linie für den Fuhrwerksverkehr, nicht für die Eisenbahn da (**RG. 62** 147). Dagegen Außerachtlassen der gebotenen Sorgfalt, wenn der Verletzte vom Fahren und Pferdelenken nichts verstand und dennoch die Fahrt auf der Straße neben der Eisenbahn unternommen hat (vgl. auch JDR. **5** Bem. I 11 und VI 16 zu § 1 HaftpflG.).

12. **RG.** R. **07** 1150. Kein Verschulden des Fuhrmanns, dessen Pferde sich bisher als durchaus bahnfromm gezeigt haben, beim Herannahen eines Eisenbahnzugs seinen üblichen Sitz auf dem Karrenbaume beibehält. Wenn die Pferde schließlich vor dem Bahnzuge dennoch scheuen, den Karren gegen die Schienen zurück-

drängen, so kann, wenn der Fuhrmann in dieser gefahrvollen Lage die Zügel straff anzieht und die Pferde durch Peitschenhiebe vorwärts zu treiben sucht, dieses Verhalten, wenn es auch nicht völlig sachgemäß sein sollte, doch nicht als Verschulden angerechnet werden.

13. **RG.** R. **07** 1062 — Pflicht des Fußgängers, sich umzusehen — s. oben zu § 254 BGB. Ziff. 8 a α aE. Vgl. auch JDR. **5** Bem. VI 4 zu § 1 HaftpflG.

VI. Verhältnis des § 254 BGB. zum HaftpflG. (Vgl. JDR. **5** Bem. VII zu § 1 HaftpflG., s. auch insbes. oben zu § 254 BGB. Ziff. 7 und 8 a α (Straßenbahnunfälle), β (Eisenbahnunfälle). 1. Wussow, EisenbE. **24** 78, bespricht den Rechtszustand hinsichtlich der Einwirkung des eigenen Verschuldens des Verletzten auf die Haftpflicht des Eisenbahnunternehmers vor dem Inkrafttreten des BGB. und nach diesem Zeitpunkte, wie er sich auf Grund der feststehenden Rechtsprechung des RG. über die Anwendung des § 254 BGB. auch auf die Fälle des HaftpflG. nunmehr ergibt, ohne sich jedoch auf eine nähere Darlegung der für und und wider die Rechtsanschauung des RG. sprechenden Gründe einzulassen.

2. EisenbE. **24** 72, R. **07** 907 (Hamburg). Vgl. auch oben § 254 BGB. Ziff. 7. Der in den Entscheidungen des RG. ausgesprochenen Auffassung, daß ein beim Betrieb einer Eisenbahn sich ereignender Unfall niemals allein auf das Verschulden des Beschädigten als Ursache zurückgeführt werden könne, sondern stets auch auf der Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebs mitberuhe, kann nicht zugestimmt werden; sie steht im Widerspruche mit § 1 HaftpflG. ➸ Das OLG. Hamburg nimmt hier, in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung in der Literatur, einen mit der Rechtsprechung des RG. direkt im Widerspruche stehenden Standpunkt ein. Es ist auch nicht zu verkennen, daß die Ausführungen des RG. manche Schwächen aufweisen und nicht durchweg überzeugend wirken, namentlich auch, wenn man die Stellung des RG. über das Verhältnis des § 254 zu § 25 PrEisenbG. (vgl. nachstehende Ziff. 3) in Betracht zieht. Vgl. über die bisherige Rechtsprechung des RG. in dieser Frage JDR. **5** Bem. zu 7 u. 10 a α β zu § 254 BGB. und Bem VII 1 zu § 1 HaftpflG. sowie JDR **3** Bem. VII und **4** Bem. VII zu § 1 HaftpflG. Red. ⟵

3. **RG.** EisenbE. **24** 18, JW. **07** 132. § 254 BGB. findet auf die Fälle des § 25 PrEisenbG. keine Anwendung, wie das RG. bereits in dem Urteile vom 9. April 1906 (**RG. 63** 270, JW. **06** 382) erkannt hat. Ebenso auch OLG. Cöln, DJZ **07** 888 (vgl. auch JDR. **5** Bem. VII 5 zu § 1 HaftpflG.).

4. *Reindl, EisenbE. **23** 425 f. Auf die Fälle der Haftung der Eisenbahn (für Sachschaden) nach Art. 58 BayAGBGB. findet § 254 BGB. Anwendung.

5. **RG.** EisenbE. **23** 268, JW. **06** 544. Es ist Aufgabe der Revision, die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens oder des Verschuldens des Verletzten mit der Betriebsgefahr der Eisenbahn nachzuprüfen; nur die Nachprüfung der von dem Berufungsgerichte tatsächlich festgestellten Sachlage ist der Revisionsinstanz entzogen, nicht aber deren durch § 254 BGB. geforderte allseitige Beurteilung, von der die Entscheidung über die Schadensersatzpflicht des Schädigers und deren Umfang abhängt (**RG.** JW. **06** 54, **RG. 53** 394; vgl. JDR. **5** Bem. VII 4 zu § 1 HaftpflG.).

VII. Verpflichtung zu Kuren und Operationen. (Vgl. JDR. **5** Bem. 5 zu § 254 BGB. und oben zu § 254 BGB. Ziff. 6.) 1. **RG.** EisenbE. **23** 364. Wenn ein bei einem Unfalle Verletzter, darauf pochend, daß ihm der durch den Fortbestand seines Krankheitszustandes entstehende Schaden durch einen anderen ersetzt werde, die Anwendung von Heilmitteln verweigert, die Aussicht auf eine Heilung oder wesentliche Besserung darboten und weder eine Steigerung der Gefahr für sein Leben noch besonders heftige körperliche Schmerzen mit sich brachten, so trifft ihn die Beweislast. Eine solche Sachgestaltung liegt aber nicht vor, wenn die durch den Unfall verursachte Nervenerkrankung die Urteilskraft des Verletzten so geschwächt hat, daß sich bei ihm eine krankhafte Überzeugung davon festgesetzt hat,

daß ihm eine Behandlung in einer Nervenheilanstalt nur schädlich sei (vgl. JDR. 5 Bem. 5 e zu § 254 BGB.).

2. **RG.** R. **07** 713. Wenn derjenige, welcher bei einem Eisenbahnunfall eine Gesundheitsschädigung erlitten hat, sich weigert, eine ihm ärztlich empfohlene Kur in einer Heilanstalt zu gebrauchen, so liegt die Beweislast bezüglich der Frage, ob bei Anwendung der Kur Heilung oder wesentliche Besserung eingetreten wäre, dem Verletzten nur dann ob, wenn seine Weigerung arglistig ist, wider Treu und Glauben verstößt; nicht aber dann, wenn durch die Verletzung seine Willenskraft so herabgesetzt ist, daß es ihm nicht gelingt, entgegen seiner krankhaften Überzeugung, eine solche Kur werde ihm schaden, dem ärztlichen Rate zu folgen.

3. **RG.** EisenbE. **23** 402, PosMSchr. **07** 64, R. **07** 633 s. oben zu § 254 Ziff. 6d.

4. **RG.** DJZ. **08** 137. Hätte die Ehefrau des Klägers sich aus übergroßer Ängstlichkeit oder Empfindlichkeit, aus reinem Eigensinn oder ausBöswilligkeit geweigert, sich der angeratenen Operation zu unterziehen, so wäre das Verhalten gegenüber dem beklagten Eisenbahnunternehmer nicht gerechtfertigt. Die Ärzte hatten zwar erklärt, daß die Operation, wenn auch schmerzlich, so doch gewöhnlich ungefährlich ist; ein Arzt hat aber die Heilung nicht als sicher hingestellt, und auch der Spezialarzt hat erklärt, eine Garantie für Heilung nicht zu übernehmen, und sogar vor der Operation eine Erklärung verlangt, daß auf jeden Haftpflichtanspruch gegen ihn verzichtet werde. Wenn ein solches Verlangen auch allgemein üblich ist, so war es doch geeignet, einfache Leute, wie den Kläger und seine Ehefrau, stutzig zu machen; jedenfalls ist unter den obwaltenden Umständen ein Verschulden nicht vorhanden.

§ 2. 1. **RG.** R. **07** 1150. Betrifft ein Fabrikbetrieb die Herstellung von Fässern, so gehört zu diesem Fabrikbetrieb auch die, wenn auch in einem abgesonderten Raume und durch Gefangene vorgenommene Herstellung der für die Fässer erforderlichen Faßreifen.

2. **RG.** R. **07** 1150. Bemißt sich die Entschädigungspflicht des Unternehmers nicht nach seinem eigenen Verschulden, sondern nach dem Maße des Verschuldens seines Werkmeisters, so ist für die Anwendung des § 254 BGB. lediglich abzuwägen, in welchem Maße das eigene Verschulden des Verletzten neben dem Verschulden des Werkmeisters als die Ursache des entstandenen Schadens anzusehen ist. ➠ Daß auch auf die Fälle des § 2 HaftpflG. der § 254 BGB. Anwendung findet, vgl. JDR. **5** Bem. 4 zu § 2 HaftpflG. Red. ⇜

§§ 3, 3 a. (Vgl. JDR. **5** Bem. zu §§ 3, 3a HaftpflG.). I. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs. 1. **RG.** R. **07** 1082. a) Die zu ersetzenden Heilungskosten umfassen auch solche Aufwendungen, welche auch nur zur Linderung des Leidens als notwendig oder angemessen erscheinen, wie Badekuren, Luftkuren u. dgl. b) Der Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten setzt, wenn er für die Vergangenheit erhoben wird, regelmäßig die Liquidation der Kosten nach dem tatsächlich aufgewendeten Betrage voraus. Wenn jedoch, wie es bei einer dauernd eingetretenen Aufhebung oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit oder bei dauernder Vermehrung der Bedürfnisse der gesetzlichen Regel nach zu geschehen hat, aber auch hinsichtlich der Heilungskosten bei einem dauernden Krankheitszustande geschehen kann, der Ersatz im voraus verlangt und in Form einer Rente für die der Klagerhebung nachfolgende Zeit zugebilligt wird, so können die Geltendmachung und Zuerkennung der Rente nicht von dem Nachweise der bisher tatsächlich gemachten Aufwendungen abhängig gemacht werden. Denn der Ersatzpflichtige, der die erforderlichen Beträge dem Verletzten vorzuschießen oder doch seit der Rechtshängigkeit des Anspruchs zu bezahlen gehabt hätte, befindet sich insofern im Erfüllungsverzug; er ist also damit nicht zu hören, daß der Verletzte die Geldmittel, welche er zum Zwecke der Heilung und Pflege bedurft hätte, bisher nicht aufgewendet habe.

2. OLG. **14** 405 (KG.). Der Anspruch wegen Abnutzung von Garderobe infolge einer zu Heilungszwecken unternommenen Badereise gehört ebenfalls zu den Kosten des Heilverfahrens.

3. **RG.** EisenbE. **23** 64. Unter den Begriff (wenn nicht der Heilungskosten, so doch) der Vermehrung der persönlichen Bedürfnisse bei Verstümmelung eines Knaben fallen: der Mehraufwand für Arzneien, Speisen und Getränke, Mehrkosten für Kleider und Schuhwerk, Auslagen für Anschaffung und Reparatur der künstlichen Beine und der Gehmaschine, desgleichen der Mehraufwand für Beförderungsmittel und die Kosten einer besonderen Wart und Pflege und ebenso die Kosten einer jährlichen Erholungskur, welche als notwendig erachtet wird, um den steten Gefahren für die Gesundheit, welche durch die Verstümmelung dauernd geschaffen sind, vorzubeugen. Nicht begründet ist gegenüber der Forderung der Kosten eines für die ausschließliche Bedienung des Verstümmelten zu haltenden Pflegers der Einwand, daß auch dem gesunden normalen Menschen ein gewisser Aufwand für Pflege und Bedienung nötig ist. Auch der Mehraufwand für Privatunterricht könnte als eine Vermehrung der Bedürfnisse im Sinne des Gesetzes betrachtet werden, sofern dieser Kostenaufwand durch das körperliche Gebrechen des Verletzten veranlaßt und erforderlich ist, um seine Ausbildung für eine künftige Erwerbstätigkeit zu ermöglichen.

4. **RG.** EisenbE. **23** 292, JW. **06** 810. Der Anspruch auf Ersatz der Auslagen, die dadurch erwachsen, daß der Kläger infolge seiner Verstümmelung nicht fähig ist, die Schule zu besuchen, und daher zu Hause unterrichtet werden muß, stellt sich als Anspruch wegen Vermehrung der persönlichen Bedürfnisse dar und ist daher von diesem Gesichtspunkt aus gerechtfertigt. Der Anspruch steht aber dem Kinde und nicht seinem Vater kraft eigenen Rechtes zu, da das HaftpflG. und das BGB. einen selbständigen Anspruch des Vaters auf Ersatz des durch Vermehrung der Unterhaltskosten erwachsenen Schadens nicht zugesteht. Ist jedoch irrtümlicherweise dem Vater wegen dieser, durch den häuslichen Unterricht erwachsenden Mehrkosten bereits eine Rente zuerkannt worden, so hat sich das verletzte Kind diesen Betrag auf den von ihm etwa mehr geforderten Betrag anrechnen zu lassen (vgl. Bem. II 2 unten).

5. **RG.** EisenbE. **23** 285, DJZ. **07** 65, R. **07** 181. War der Verletzte schon vor dem Unfall an einem Nervenleiden erkrankt und wären die schweren Folgen des Unfalls ohne diese Krankheitsanlage nicht eingetreten, so haftet der Betriebsunternehmer insoweit nicht, als infolge der naturgemäßen Weiterentwickelung der Krankhaftigkeit sich auch ohne den Unfall teilweise oder vollständige Arbeitsunfähigkeit entwickelt haben würde.

6. **RG.** R. **07** 1082. Zu den zu ersetzenden Vermögensnachteilen, die der Verletzte durch eine Aufhebung oder Verminderung seiner Erwerbsfähigkeit erleidet, gehört, wenn der Verletzte infolge der durch den Unfall herbeigeführten völligen Erwerbsunfähigkeit zur vorzeitigen Lösung eines Pachtverhältnisses genötigt worden ist, auch die Vermögenseinbuße, welche dem Verletzten hierdurch, sei es auch nur als mittelbare Folge des Unfalls, erwachsen ist. Dies gilt insbesondere auch von dem Verluste, den der Verletzte infolge des vorzeitigen Abzugs von dem Pachtgut an dem Werte des Inventars erleidet.

7. **RG.** R. **07** 1136. Der Beschädigte braucht sich das, was ihm von dritter Seite aus Anlaß des Unfalls zugewendet wird, nicht auf seinen Schadensersatzanspruch anrechnen zu lassen. Anders liegt jedoch die Sache dann, wenn den Dritten an dem Unfalle gleichfalls ein Verschulden trifft und die Leistung durch den Dritten nur zur Erfüllung der ihm obliegenden Schadensersatzpflicht erfolgt.

8. **RG. 65** 57, JW. **07** 133, DJZ. **07** 133 Ziff. 12. S. oben zu § 255 BGB. Ziff. 2a und **RG. 10** 50.

9. **RG.** JW. **07** 23. Gesetzliche Pensionen, Witwen- und Waisengelder unterliegen der Anrechnung auf die Haftpflichtrente, weil der Anspruch hiergegen nicht

auf einem Versicherungsvertrage, sondern lediglich auf Gesetz beruht, der pensionierte Beamte nicht um seine volle Besoldung, vielmehr nur um sein Gehalt abzüglich der Pension geschädigt ist, bzw. weil das Gesetz durch Gewährung von Pensionen an die Hinterbliebenen des Beamten für deren Unterhalt Fürsorge trifft und ihr Anspruch hierauf nicht ein neben dem Entschädigungsanspruch erworbenes selbständiges Vermögensobjekt bildet (vgl. auch **RG.** JW. **06** 482 = JDR. **5** Bem. I 9 zu §§ 3, 3a HaftpflG.).

10. **RG.** JW. **07** 130, R. **07** 183 s. oben zu § 844 Ziff. 5c — Berücksichtigung der Nutzungen des aus dem Nachlasse des verstorbenen ererbten Vermögens. Vgl. auch JDR. **5** Bem. I 10 zu § 3, 3a HaftpflG.

11. **RG.** EisenbE. **23** 299, JW. **07** 130, SächsRpflA. **07** 419, DJZ. **07** 357, R. **07** 183 — Wegfall der Pflichten der Frau aus § 1356 — s. oben zu § 844 BGB. Ziff. 4.

II. Ersatzberechtigte Personen. 1. **RG.** EisenbE. **24** 56, JW. **07** 340, R. **07** 649. Der Umstand, daß die Verletzte als Gehilfin ihres Vaters in dessen Gastwirtschaft ohne eine bestimmt abgegrenzte Entlohnung wirkte und nur ihren Unterhalt in der häuslichen Gemeinschaft mit ihm fand, schließt nicht aus, daß bei Bemessung des der Verletzten wegen Aufhebung oder Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit zuzusprechenden Schadensersatzes der gewöhnliche Ertrag einer solchen Erwerbstätigkeit zugrunde gelegt wird, wie die Verletzte ihn bezogen haben würde, wenn sie nicht im Gewerbebetrieb ihres Vaters, sondern bei einem Dritten eine solche Stellung eingenommen hätte.

2. **RG.** EisenbE. **23** 292, JW. **06** 810. Der Anspruch auf Entschädigung wegen Vermehrung der persönlichen Bedürfnisse steht dem verletzten Kinde, nicht dem Vater kraft eigenen Rechtes zu (vgl. Bem. I 4 oben).

3. **RG.** EisenbE. **23** 281, JW. **06** 751, R. **07** 182. Ein selbständiger Anspruch der beim Eisenbahnbetriebe verletzten Ehefrau, welche im Gewerbe ihres Ehemanns tätig war, besteht nur dann, wenn der Verdienst tatsächlich mindestens zum Teil der Ehefrau selbst zugeflossen ist (vgl. auch JDR. **5** Bem. II 2 zu §§ 3, 3a HaftpflG.).

4. **RG.** EisenbE. **24** 37, R. **07** 379. Der verletzten Ehefrau stehen a) Anspruch auf Ersatz der Kur- und Pflegekosten zu, auch wenn der Ehemann die Kosten verauslagt hat; b) Anspruch auf Vermehrung der persönlichen Bedürfnisse; c) ein Anspruch wegen Verminderung der Erwerbsfähigkeit unter der Voraussetzung, daß ihr selbst ein Schaden entstanden ist. Dieser Anspruch ist daher eingeschränkt auf den selbständigen Erwerb, dem sie außerhalb des Haushalts und Geschäfts ihres Mannes nachgeht (§ 1356 Abs. 2 BGB.) und auf die etwaige Einbuße in einer möglichen künftigen Ausnutzung ihrer Erwerbskraft nach Auflösung der Ehe (vgl. die Entsch. unter Ziff. 3 vorstehend); d) ein Anspruch wegen Vermehrung der Ausgaben für den Haushalt und das Geschäft des Ehemanns insoweit, als dadurch eine Rückwirkung auf das Maß des von dem Ehemanne der Ehefrau zu leistenden Unterhalts (§ 1360 BGB.) möglicherweise eintritt. Dieser Anspruch wird aber aufgezehrt durch den vom Manne selbst gemäß § 845 BGB. ➞ der aber nicht für das Haftpflichtgesetz gilt, Red. ⟵ erhobenen und ihm zugesprochenen Ersatz des durch Wegfall der häuslichen Dienste und der Hilfetätigkeit der Frau im Gewerbe entstandenen Schadens, da sonst dieser Schaden doppelt ersetzt würde (vgl. auch JDR. **5** Bem. II 2 zu § 3, 3a HaftpflG.).

5. SeuffA. **62** 186 (München). Die Eltern des 13 Jahre alten getöteten Knaben verlangen als Ersatz für den ihnen durch den vorzeitigen Tod des unterhaltspflichtigen Sohnes zugehenden Schadens eine jährliche Rente vom Tage der Vollendung ihres 60. Lebensjahrs an oder an deren Stelle eine Kapitalsabfindung. Beklagter verurteilt zur Zahlung einer einmaligen Summe an dem Tage, an dem der klagende Vater und die klagende Mutter das 60. Lebensjahr vollendet haben werden. Daß von dem Getöteten bereits Unterhalt geleistet worden ist oder noch ein Anspruch

auf Unterhaltsgewährung gegen ihn begründet ist, ist nicht Voraussetzung für die Klage aus § 844 BGB. Auch ist zur Erhebung der Klage nicht notwendig die gegenwärtige Unterstützungsfähigkeit des Getöteten oder die derzeitige Unterstützungsbedürftigkeit des Klägers; denn der Anspruch ist insoweit begründet, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen wäre. Diese Verpflichtung kann in der Zukunft liegen, Fälligkeit des Anspruchs ist von diesem Gesichtspunkt aus, abgesehen von prozessualen Rücksichten, kein Erfordernis für die Klage. Es berechtigt schon die Erwartung der gesetzlichen Alimentation zu einem Schadensersatzanspruch, und gerade in solchem Falle, wo der Rentenanspruch erst fällig wird, wenn das alimentationspflichtige Kind erwachsen sein würde, empfiehlt sich die Kapitalsabfindung. Der Umstand, daß noch mehrere alimentationspflichtige Kinder vorhanden sind, hat nur Einfluß auf den Umfang der Schadensersatzpflicht. Ein „wichtiger Grund" im Sinne des § 843 Abs. 3 BGB. für Kapitalsabfindung ist darin zu erblicken, daß die Kläger im Auslande wohnen. →→ Man wird dieser Entscheidung nicht durchweg beipflichten können. Vor allem hätte die Zuerkennung eines Anspruchs von dem Nachweis abhängig gemacht werden müssen, daß die klagenden Eltern im Zeitpunkte der Vollendung ihres 60. Lebensjahrs vermögenslos und erwerbsunfähig sein werden, da sie nach §§ 1601, 1602 BGB. nur unter dieser Voraussetzung ein Recht auf Unterhalt gegen den Sohn hatten (vgl. auch **RG.** JW. **06** 438 = JDR. **5** Bem. II 4 zu §§ 3, 3a HaftpflG.). Es wäre hier wohl Feststellungsklage angebracht gewesen. Sodann wird es sehr zweifelhaft sein, ob das Wohnen der Kläger im Ausland ein wichtiger Grund für Kapitalabfindung ist; eher der Wohnsitz des Beklagten im Auslande. Red. ←← Vgl. unten Bem. 2 zu § 7.

6. **RG. 64** 345, SeuffA. **62** 363, JW. **07** 388. Ein Anspruch der Ehefrau, die über den Ersatz des ihr persönlich entzogenen Unterhalts hinausgeht, ist ausgeschlossen. Die Ehefrau kann daher nicht Schadensersatz dafür verlangen, daß sie infolge der Tötung des Ehemanns den Unterhalt für die Kinder aufzubringen habe; die Kinder können Schadensersatz nur durch selbständige Klage verlangen. Die Entsch. des **RG.**, SeuffA. **57** Nr. 217, behandelt einen gemeinrechtlichen Fall aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 und ist für das Recht des BGB. nicht anwendbar. S. auch oben § 844 BGB. Ziff. 5d.

7. a) **RG.** EisenbE. **23** 51. Bei Verletzung eines Kindes kann, abgesehen von den Heilungskosten für künftigen Erwerbsverlust, eine bestimmte Summe (Abfindungssumme) nur bei Vorhandensein eines wichtigen Grundes und eine Rente nur, wenn sie nach Zeit und Umfang substantiierbar, gefordert werden; anderenfalls lediglich Feststellung der Pflicht zum Ersatze künftigen Schadens. Ebenso: **b) RG.** EisenbE. **23** 72, JW. **06** 472. Ein Schulknabe von 10—12 Jahren hat in der Regel noch keinen Erwerb. Wann er in das erwerbsfähige Alter eintreten, wie beschaffen und wie hoch ungefähr sein Erwerb sein und welche Bedeutung der Verlust des rechten Zeigefingers für diesen Erwerb haben werde, hängt vornehmlich von dem Beruf ab, den er einmal ergreifen wird, und nicht zuletzt mag die Wahl des Berufs von dem Fehlen des Fingers beeinflußt sein. Der Mangel jeder Voraussehbarkeit, wie die Erwerbsverhältnisse des Verletzten sich in Zukunft gestalten werden, und die daraus entspringende Schwierigkeit, eine Rente zu gewähren und ziffermäßig festzusetzen, hätte den Vorinstanzen gemäß § 139 Abs. 1 ZPO. Anlaß geben sollen, auf die Änderung des Leistungsantrags in einen Feststellungsantrag hinzuwirken (vgl. auch JDR. 5 Bem. I 5 zu §§ 3, 3a HaftpflG.).

III. Dauer und Erlöschen des Anspruchs. 1. **RG.** EisenbE. **24** 56, JW. **07** 340, R. **07** 649. Die Annahme, daß die Erwerbsfähigkeit regelmäßig als bis zum Tode fortbestehend anzusehen und daß im einzelnen Falle das Gegenteil vom Haftpflichtigen zu beweisen sei, ist nicht zu billigen. Es muß vielmehr bei

Zubilligung einer Rente wegen aufgehobener oder geminderter Erwerbsfähigkeit festgestellt werden, wie sich annehmbar die Erwerbsfähigkeit der verletzten Person in ihrem höheren Lebensalter ohne den Unfall gestaltet haben würde (vgl. auch JDR. **5** Bem. III 1 zu §§ 3, 3 a HaftpflG.).

2. **RG.** JW. **07** 366. Es ist, wie der erkennende (VI.) Senat in neueren Entscheidungen mehrfach ausgesprochen hat, nicht rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht die zeitliche Begrenzung der nach § 843 BGB. sich bestimmenden Rente dem Nachverfahren über den Betrag überlassen wollte (**RG.** JW. **06** 710).

3. **RG.** EisenbE. **24** 45, JW. **07** 766. Hat ein Verletzter als den Zeitpunkt, bis zu dem er die Rente begehrt, „die Wiedererlangung seiner vollständigen Erwerbsfähigkeit" bezeichnet und hat der Ersatzpflichtige hiergegen nichts eingewendet, so darf das Prozeßgericht davon ausgehen, daß sich der Ersatzpflichtige diese Art der Begrenzung des Rentenanspruchs gefallen lassen will, und es kann in solchem Falle, wenn die Sache selbst nach dieser Richtung zu Bedenken keinen Anlaß gibt, z. B. wenn die baldige Wiederherstellung in sicherer Aussicht steht, ein Urteil über den Grund des Anspruchs erlassen werden, ohne daß das Gericht die sonstigen, in ferner Zukunft liegenden Verhältnisse und deren voraussichtliche Gestaltung, namentlich die Verminderung der Erwerbsfähigkeit mit dem zunehmenden Lebensalter, besonders in Erwägung zieht.

§ 7. (Vgl. § 843 Abs. 2—4 BGB., § 850 Abs. 3 u. § 323 ZPO. — JDR. **5** Bem. 1 bis 5 zu § 7 HaftpflG.) 1. **RG.** JW. **07** 388. Die Entscheidung darüber, ob eine Kapitalsabfindung statt der Rente zu gewähren sei, gehört in das Verfahren über den Grund des Anspruchs; dem Nachverfahren soll nichts überlassen bleiben als die Ausmittelung des Betrags.

2. SeuffA. **62** 186 (München). Ein „wichtiger Grund" im Sinne des § 843 Abs. 3 BGB. für Kapitalsabfindung ist darin zu erblicken, daß die Kläger im Auslande wohnen (vgl. oben Bem. II 5 zu §§ 3, 3 a).

3. **RG.** JW. **07** 7. Das OLG. hat entschieden, daß der Beklagte verurteilt wird, dem Kläger den aus der Körperverletzung erwachsenen Schaden zu zwei Dritteilen zu ersetzen. Diese Urteilsformel entspricht nicht dem § 304 ZPO., insofern darin nicht der Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, sondern bereits eine Verurteilung des Beklagten ausgesprochen ist. Ein Zwischenurteil nach § 304 ZPO. darf immer nur über den vom Kläger erhobenen Anspruch in seiner durch den Klagantrag gegebenen Begrenzung entscheiden (**RG. 60** 314). Da der Kläger eine Reihe einzelner Ansprüche erhoben hat, mußte ferner schon in dem Verfahren über den Grund des Klaganspruchs für jede der einzelnen, von ihm umfaßten selbständigen Forderungen geprüft werden, ob sie dem Grunde nach berechtigt erscheine.

4. **RG.** R. **07** 1082. Das Gericht hat darüber, ob, in welcher Art und für welchen Betrag der Ersatzpflichtige Sicherheit zu leisten habe, unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles nach freiem Ermessen zu erkennen. Die Ausübung dieses Ermessens unterliegt an sich nicht der Revision (vgl. auch JDR. **5** Bem. 1 zu § 7 HaftpflG.).

5. **RG.** EisenbE. **23** 289, JW. **06** 767. Bei nachträglicher Erhöhung der Gehälter der Beamtenklasse des Beschädigten hat derselbe Anspruch auf entsprechende Erhöhung seiner Entschädigungsrente, da die nicht voraussehbare Erhöhung des Diensteinkommens der Beamtenklasse, der der Beschädigte zugehört, die im Laufe der Zeit infolge der Bestimmungen der Staatshaushaltsgesetze eintritt, als eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse im Sinne des § 323 ZPO. anzusehen ist, wie das RG. schon in dem Urteile vom 15. Oktober 1888 ausgesprochen hat. Auf diesen Anspruch findet die im § 8 HaftpflG. festgesetzte Verjährungsfrist ebenfalls Anwendung, jedoch mit der Maßgabe, daß der Lauf derselben mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem die wesentliche *Veränderung* der maßgebenden

Verhältnisse eingetreten ist. Dies ist hier der Zeitpunkt, in dem die Erhöhung des Diensteinkommens der betreffenden Beamtenklasse erfolgt ist. — Ebenso bezüglich des ersten Punktes **RG.** JW. **07** 768, EisenbE. **23** 290. Vgl. auch JDR. **5** Bem. 2 zu § 323 ZPO.

§ 8. **RG.** EisenbE. **23** 289, JW. **06** 767. Die Verjährungsfrist des § 8 gilt auch für den Anspruch auf Abänderung des Urteils wegen Veränderung der Verhältnisse, jedoch mit der Maßgabe, daß der Lauf derselben mit dem Zeitpunkte beginnt, in dem die wesentliche Veränderung der maßgebenden Verhältnisse eingetreten ist (vgl. das zu § 7 unter Ziff. 5 angeführte Urteil).

Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes.

Vom 27. Mai 1896.

Vorbemerkung: Zwei große wissenschaftliche Bearbeitungen hat das UnlWG. im Berichtsjahr erfahren. Die eine rührt von Lobe her, von dessen groß angelegtem Werke „Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes" die Bände 1 (Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung), 3 (Materialien zum UnlWG.) und 4 (Gesetze, Verordnungen und Verträge des Deutschen Reichs und der Bundesstaaten zum Schutze gewerblicher Tätigkeit) erschienen sind. Wir werden über dieses Werk erst im nächsten Jahre berichten, da bis dahin voraussichtlich auch Bd. 2, der von den einzelnen Wettbewerbsdelikten handeln soll, erschienen sein wird. Die Berichterstattung über beide Bände zugleich dürfte erst ein einheitliches Bild von dem Werke geben. — Die zweite größere Bearbeitung ist die Neuauflage des Fingerschen Kommentars, auf den sich ein nachstehend mitgeteilter Selbstbericht des Verfassers bezieht. — Im übrigen sind wiederum eine Reihe kleinerer Aufsätze und Abhandlungen zu verzeichnen, die sich zum großen Teile auch mit Reformvorschlägen beschäftigen. Außerdem kommen zahlreiche Entscheidungen in Betracht. Literatur: Finger, Unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl. (Berlin 1907).

§ 1. I. Allgemeines (s. JDR. **5** § 1 Ziff. I). 1. **RG.** R. **07** 1274. Auch das UnlWG. schützt nicht allgemein gegen jede sei es vorsätzlich, sei es fahrlässig herbeigeführte Vermögensbeschädigung, es setzt vielmehr immer Verletzung eines speziellen Rechtsguts eines anderen voraus und als ein solches mag das Recht eines jeden auf ungestörte und uneingeschränkte Betätigung der eigenen gewerblichen Tätigkeit erachtet werden können, keinenfalls aber ist schon die Aussicht auf Erwerb und die Aussicht auf Gewinnung von Kundschaft dazu zu rechnen.

2. a) Bachem, UnlW. **6** 66 f. § 826 BGB. erscheint geeignet, als Ersatz für die im Gesetze zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes fehlende Generalklausel zu dienen, indem er es ermöglicht, illoyale Handlungen zu treffen, die auf Grund der Einzelvorschriften des Gesetzes vom 27. Mai 1906 nicht faßbar sind. Verf. führt zur Illustrierung dieses Satzes einige Entscheidungen an.

b) Über UnlW. und § 826 s. oben § 826 Ziff. 14; s. auch **RG.** ElsLotJZ. **07** 169.

II. Antragsberechtigte (s. JDR. **5** § 1 Ziff. II, **4** Ziff. II). 1. Marcus, UnlW. **6** 56. Die Handelskammern sind zur Erhebung von Klagen aus dem UnlWG. befugt (vgl. ebd. 59, 73, **7** 38).

2. BadRpr. **07** 334 (Karlsruhe). Auch Verbände dürfen nur dann den Anspruch auf Unterlassung geltend machen, wenn sie Waren gleicher oder verwandter Art wie der Wettbewerber herstellen.

3. **RG.** GewRschutz **07** 201. Ein ärztlicher Standesverein, dessen Zweck

die gemeinsame Wahrung der Standesinteressen ist, kann Strafantrag wegen UnlW. stellen.

4. **RG.** JW. **07** 86, GewRschutz **07** 202. Ein Zahnarzt ist berechtigt, gegen einen Zahntechniker Klage auf Grund UnlWG. zu erheben. Es handelt sich um ein Konkurrenzgewerbe, da sich die Zahnärzte bei Ausübung ihres Berufs mit Funktionen befassen und befassen müssen, die gemeinhin als Zahntechnik bezeichnet werden.

III. Öffentliche Mitteilungen (s. JDR. **5** § 1 Ziff. III, **4** Ziff. III u. § 4 Ziff. 1). 1. RheinARV. **25** 108 (Cöln). Verdeckte Etiketten sind keine Bekanntmachungen oder Mitteilungen i. S. des § 4. Die unwahren und zur Irreführung geeigneten Angaben müssen an eine unbegrenzte Zahl, zum mindesten an einen größeren Kreis von Personen gerichtet sein. Nur einzelne bestimmte Mitteilungen fallen nicht unter § 4. Vgl. zu dieser Entscheidung: Imhoff, UnlW. **6** 103. Es ist nicht nötig, daß die Mitteilungen an einen größeren Personenkreis gerichtet sind, wenn sie nur dafür bestimmt sind. Es genügt demnach auch eine an eine Einzelperson gerichtete Mitteilung, wenn deren Verbreitung ausdrücklich oder in nicht mißzuverstehender Weise gewünscht wird, oder sich nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge von selbst versteht. Es ist nicht notwendig, daß die einzelne Mitteilung einem größeren Personenkreise zugänglich wird. Sie kann an einen Einzelnen gerichtet sein und auf dessen Kenntnis beschränkt bleiben, wenn nur eine größere Anzahl gleichzeitig oder kurz nacheinander ausgegeben wird.

2. R. **07** 1274 (Hamburg). Auf Flaschen geklebte Etiketten können als Mitteilungen aufgefaßt werden, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind.

3. *Finger. § 1 bezieht sich auch auf Angaben, welche sich auf Etiketten, Warenzeichen, sonstigen Warenbezeichnungen befinden (17).

4. WürttJ. **19** 29 (Stuttgart). Mündliche Äußerungen gegenüber einzelnen Kunden sind keine Mitteilung, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt ist. Auch die Äußerung einem größeren Kreise von Kunden gegenüber würde sie nicht zu einer unter § 1 fallenden Äußerung machen. Die Mitteilung wäre nicht geeignet und bestimmt, einer unbestimmt großen Anzahl von Personen zugänglich zu werden, wie dies bei schriftlichen Mitteilungen möglich ist.

IV. Unrichtige Angaben tatsächlicher Art (s. JDR. **5** Ziff. IV, **4** Ziff. IV). A. Allgemeines. 1. *Finger. Angabe tatsächlicher Art ist jeder einzelne äußere oder innere konkret beweisbare Vorgang. Der Paragraph trifft besonders auch solche Angaben von Heilkünstlern, Kurpfuschern u. dgl. (22, 34, 35); ferner Angaben wie Fabrik, Manufaktur, Firma, Warenzeichen, Patent (27). — Richtige Angaben können gegen die guten Sitten verstoßen (unbequeme Konkurrenz, 25).

2. **RG.** JW. **07** 527. Nicht wie der Verbreiter einer Ankündigung diese verstanden wissen will oder im Wettbewerbsprozesse verstanden zu haben erklärt, kommt in Betracht, sondern wie die beteiligten Verkehrskreise die Ankündigung auffassen; und auch auf die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise, nicht auf die subjektive Meinung des Urhebers der Ankündigung kommt es an, ob ihr Inhalt sich nur als eine marktschreierische Anpreisung, als ein rein subjektives Urteil oder zugleich als eine Angabe tatsächlicher Art darstellt. Darum ist vor allem diese Auffassung der beteiligten Verkehrskreise festzustellen.

3. **RG.** (Strafs.) **40** 438. Über die Frage, ob eine Angabe tatsächlicher Art vorliegt und ob eine solche Angabe unrichtig ist, entscheidet nicht lediglich der Wortlaut der Angabe, sondern die Durchschnittsauffassung des Publikums, für das sie bestimmt ist. Danach kann eine tatsächliche Angabe ihrem Wortsinne

nach zwar als richtige erscheinen, gleichwohl aber für eine unrichtige zu erachten sein, dann nämlich, wenn mit ihr vom Publikum schon vorher allgemein eine gewisse andere Bedeutung verbunden wurde, als dem Wortlaut entspricht. Umgekehrt ist es sehr wohl denkbar, daß eine Angabe, die an sich ihrem Wortsinne nach tatsächlicher Art und unrichtig sein würde, in der Auffassung des in Betracht kommenden Publikums ihren tatsächlichen Inhalt verloren hat und zum Ausdruck eines allgemeinen Urteils geworden ist, oder sich nach der verminderten tatsächlichen Bedeutung nicht mehr als unrichtig erweist. Allein in erster Linie wird bei der Prüfung und Beurteilung einer Angabe doch stets von deren Wortlaut auszugehen und anzunehmen sein, daß sie, solange nicht ein anderes klar erhellt, ihrem Wortsinn entspricht und so auch vom Durchschnittspublikum verstanden wird. S. über Berücksichtigung von Sachkennern 442.

4. **RG.** LeipzZ. **07** 750. Entscheidend für die Auslegung einer Äußerung ist allein die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise. — **RG.** JW. **07** 27. Auffassung des Publikums ist entscheidend.

5. **RG.** R. **07** 1081; ebenso **RG.** LeipzZ. **07** 750. Urteile als Angaben tatsächlicher Art (s. JDR. **5** § 1 Ziff. IV A 7).

B. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben angenommen wurde (s. JDR. **5** § 1 Ziff. IV B, **4** Ziff. IV B). 1. **RG.** R. **07** 1150, DWirtschZ. **07** 954. Der Inhaber eines neu begründeten Geschäftsbetriebs ist zwar befugt, die Leistungen eines von ihm erworbenen, älteren und erloschenen Geschäfts auf Grund dieses Erwerbes auch für sich zu verwerten und in öffentlichen Anzeigen zur Grundlage für die Werbung um Kundschaft zu machen. Aber es muß dies in wahrheitsgemäßer Weise geschehen; dies ist nicht der Fall, wenn er die Leistungen anderer Firmen und anderer Geschäftsbetriebe, lediglich weil zwischen diesen und seinem Betrieb eine technische Einheit besteht, als seine eigenen Leistungen hinstellt, obwohl eine Verschmelzung des übernommenen Betriebs mit seinem neuen Betriebe derart, daß beide Betriebe dem Publikum gegenüber als einheitliches, nicht unterbrochenes Ganzes erscheinen, nicht stattgefunden hat.

2. **RG.** GewRschutz **07** 202, R. **07** 262. Die Behauptung einer Firma, ihr Rechtsvorgänger habe die Ware, die sie anfertige und in den Handel bringe, erfunden, in Verbindung mit der weiteren Angabe, die Erfindung sei als Geheimnis auf sie allein übergegangen, ist geeignet, bei dem kaufenden Publikum den Glauben zu erwecken, es handele sich um ein besonders günstiges Angebot; denn wenn die Herstellung einer Ware und ihre Vergleichung mit Erzeugnissen ähnlicher Art nicht jedermann möglich ist, so pflegt das große Publikum dem Erfinder den Vorzug zu geben, weil es das ursprüngliche Erzeugnis für das erste und darum für das bessere und preiswürdigere hält.

3. OLG. **14** 418 (Hamburg) s. JDR. **5** § 1 Ziff. IV B 3.

4. UnlW. **6** 192 (Hamburg). Ein schon erloschenes Patent darf nicht mehr zu Wettbewerbszwecken angekündigt werden.

5. **RG.** FrankfRundsch. **40** 181 = JDR. **5** § 1 Ziff. IV B 5.

6. Fuld, UnlW. **6** 102 f. Die Bezeichnung „Orientalische Teppiche" ist ursprünglich Herkunftsbezeichnung gewesen, hat diesen ihren Charakter verloren und ist zu einem Gattungsbegriffe geworden, welcher auf bestimmte Anfertigungsarten und Zusammensetzung der Bestandteile, wohl auch auf Muster und Farbenwirkung hinweist. Die Bezeichnung eines nicht aus dem Orient eingeführten Teppichs als „orientalischer" ist nicht ohne weiteres charakterisierendes Eigenschaftswort und fällt nicht unter §§ 1 u. 4 UnlWG. Die Bezeichnung „Perser", „Bucharateppich", „Persischer Gebetteppich" und ähnliches ist Herkunfsbezeichnung im strengsten Sinne des Wortes und der Verkauf europäischer Fabrikate unter

dieser Bezeichnung fällt unter §§ 1 u. 4 UnlWG. Der Ausdruck „Smyrnateppich" ist Gattungsbegriff.

7. **RG.** (Straff.) **40** 438. Die Ankündigung „reinseiden Velour", wenn es sich nicht um reinseidenen Velour handelt, ist eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art.

8. UnlW. **7** 27 wird eine Entscheidung des OLG. Hamburg mitgeteilt, nach welcher die französisch klingende Bezeichnung einer Cognacfirma, die in Deutschland domiziliert und in Frankreich keine Niederlassung hat, als mißbräuchlich erachtet wurde. Die Bezeichnung war nur angenommen, um den Anschein zu erwecken, als handele es sich um eine französische Firma, die französischen Cognac fabriziere.

9. Fuld, UnlW. **6** 139, teilt eine Entscheidung des LG. Leipzig mit, nach welchem die Bezeichnung „C. F.s Heidsieck Cognak" für ein in Leipzig hergestelltes Getränk unzulässig ist.

10. a) Fuld, UnlW. **6** 81 f. Die Bezeichnung von Verschnitt mit dem Namen eines Weines, der einen Bestandteil des Verschnittprodukts bildet, fällt unter §§ 1 u. 4 UnlWG. In noch höherem Maße gilt dies von der Bezeichnung eines Verschnittprodukts, bei welchem der zum Verschneiden benutzte ausländische Wein nicht aus dem Auslande bezogen, sondern im Inlande durch Keltern ausländischer Trauben gewonnen wurde.

b) **RG.** JW. **07** 846, GewRschutz **07** 202. Der deutsche Leser einer Haustafel versteht unter einem „amerikanischen Zahnarzt", einem „in Amerika approbierten Zahnarzte" nicht nur einen Zahnheilkundigen, der in den Vereinigten Staaten von Nordamerika seine Fachbildung erworben und die Befugnis, dort die Zahnheilkunde auszuüben, erlangt hat, sondern einen Zahnheilkundigen, der eine der Approbation des deutschen Zahnarztes entsprechende ausländische, in Nordamerika erlangte Approbation besitzt. Eine solche geht dem Bekl. ab, weil es eine Approbation i. S. der deutschen GewO. in den Vereinigten Staaten nicht gibt, und deshalb sind jene Bezeichnungen, weil sie in dem deutschen Leser eine falsche Vorstellung über den Befähigungsnachweis erregen, nach der maßgebenden Auffassung des Publikums, dem gegenüber sie gebraucht werden, unrichtig. Vgl. **RG.** LeipzZ. **07** 509 über die Frage, ob ein für das Deutsche Reich approbierter praktischer Arzt sich als Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten und Zahnersatz bezeichnen darf, auch wenn er die Approbation als Zahnarzt nicht besitzt.

c) **RG.** JW. **07** 86, LeipzZ. **07** 141. Die Bezeichnung „geprüfter Zahntechniker" der nur ein von einer Zahntechnikerinnung ausgestellter Meisterbrief zugrunde liegt, stellt eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art dar, die geeignet erscheint, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken.

d) RheinARB. **25** 37 (AG. u. LG. Cleve). Unlauterer Wettbewerb eines Zahntechnikers, begangen durch die Anzeige: „Schmerzlose Zahnoperationen unter Anwendung eines unschädlichen Anästhetikums."

11. Zeitungsgewerbe. OLG. **14** 418 (Dresden) = SächsRpflA. **06** 382 s. JDR. **5** § 1 Ziff. IV B 14c.

C. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben nicht angenommen wurde (s. JDR. **5** § 1 Ziff. IV C, **4** § 1 Ziff. IV C). 1. UnlW. **6** 88 (Dresden). Die Warnung vor einem unreellen Ausverkaufe (sog. „Brandausverkauf") ist kein unlauterer Wettbewerb.

2. PuchéltsZ. **06** 224 ff., 231. Die Behauptung, die Ware des Klägers sei nicht gut und solid, ist keine Behauptung tatsächlicher Art.

3. PuchéltsZ. **07** 132 (Cöln). Fall, in dem ein Verstoß gegen § 1 nicht angenommen ist.

D. Einzelne Ausdrücke (s. JDR. 5 § 1 Ziff. IV D, 4 Ziff. IV D). 1. UnlW. 7 29 (Dresden). Wer reines Harzer Gebirgsquellwasser, dem Kohlensäure hinzugefügt ist, als „echten" Harzer Sauerbrunnen ankündigt und in Verkehr bringt, verstößt gegen § 1 UnlWG. Dieses Wasser darf nicht schon deshalb als „höchst prämiiert" angekündigt und in Verkehr gebracht werden, weil einem anderen, der aus demselben Quellwasser künstlichen Sauerbrunnen fabriziert, sein Fabrikat prämiiert ist.

2. UnlW. 6 192 (LG. München) über den Begriff Medizinalwein.

V. Anschein eines besonders günstigen Angebots (s. JDR. 5 § 1 Ziff. V, 4 Ziff. V). 1. **RG. 66** 171, JW. **07** 493, LeipZ. **07** 591, DJZ. **07** 967. Der Anschein eines besonders günstigen Angebots ist nicht notwendig mit der Preisbemessung verknüpft; er kann auch in anderen Umständen, insbes. in der Anpreisung der Beschaffenheit der Ware gefunden werden. Es kommt in dieser Hinsicht auf die Auffassung des Publikums an. Eine unrichtige Angabe tatsächlicher Art liegt nicht nur dann vor, wenn die vom Täter ausgehende und in seiner Mitteilung an einen größeren Personenkreis enthaltene unrichtige Angabe für sich allein schon und ohne das Hinzukommen anderer Umstände geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen; es ist auch eine bei dem Publikum bereits vorhandene Kenntnis gewisser Umstände zu berücksichtigen. In der Ankündigung „feinster Malzkaffee" kann der Anschein eines besonders günstigen Angebots erblickt werden.

2. **RG.** (Strafs.) **39** 169 (s. JDR. **2** § 1 Ziff. V 1). Das Wort „Anschein" in §§ 1 u. 4 zwingt nicht zu der Auslegung, daß der hervorgerufene Anschein ein falscher sein muß.

3. **RG.** GewRschutz. **07** 136, JW. **06** 496. Das Gesetz fordert nicht, daß ein besonders günstiges Angebot in der Anzeige enthalten ist, selbst nicht einmal, daß der Anschein eines besonders günstigen Angebots wirklich erwartet ist oder nach den gegebenen Verhältnissen erwartet werden mußte, sondern nur, daß der Angeklagte in der Absicht handelte, solchen Anschein hervorzurufen. Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, daß schon der Anschein, daß das Angebot besonders günstig sei, Käufer anlockt, daß schon dieser Anschein im großen Publikum einen wesentlichen Faktor für die Wahl der Verkaufsgelegenheit bildet. Der wesentliche Zweck des Gesetzes ist auch nicht, das Publikum gegen Übervorteilung zu schützen, sondern den Nachteilen entgegenzuwirken, die redlichen Geschäftskreisen durch schwindelhafte Reklame drohen.

4. **RG.** (Strafs.) **40** 122 ff. (127). Der Anschein eines besonders billigen Preises wird zwar schon häufig als Kennzeichen eines besonders günstigen Angebots in Betracht kommen, ist hierfür aber nicht begrifflich notwendig. Vielmehr sind besonders günstige Angebote auch denkbar, ohne daß sich der Preis als besonders billig darstellt. Solche Angebote können ebensogut besondere Vorteile anderer Art betreffen, so namentlich die besondere Güte der Ware oder gewerblichen Leistung, letzteres insbesondere auch im Hinblick auf die besondere Fertigkeit und Zuverlässigkeit des Leistenden. Deshalb ist es an sich ohne Belang, daß der Angeklagte seinem Angebote Preise nicht beigefügt hatte.

5. **RG.** LeipzZ. **07** 141. Der Anschein eines besonders günstigen Angebots wird auch dadurch hervorgerufen, daß die einer Konkurrenzfirma erteilten Medaillen so auf Zirkularen angebracht werden, daß das Publikum in den Glauben versetzt wird, es seien diese Auszeichnungen den Fabrikaten der sich in den Zirkularen empfehlenden Firma erteilt, mögen auch diese Fabrikate den ausgezeichneten Fabrikaten gleichwertig sein.

6. **RG.** JW. **07** 27, LeipzZ. **07** 224. Die Bezeichnung „Alleinvertreter der L.er Falzziegel" ist in dem betreffenden Falle nicht als geeignet angesehen

worden, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen (s. JDR. 5 § 1 Ziff. V 1).

VI. Zu den einzelnen Fällen des Abs. 1 (s. JDR. **5** § 1 Ziff. VI, **4** Ziff. VI, **3** Ziff. VI). 1. Allgemeines. a) *Finger. Unter die gewerblichen Leistungen fallen auch die Leistungen der Heilkunst (Ärzte, Apotheker, Heilkünstler), der Patentanwälte und Patentagenten, nicht der Rechtsanwälte und Notare (44).

b) *Finger. Füllinserate sind Veranstaltungen (31).

2. Geschäftliche Verhältnisse (s. oben Ziff. IV B). **RG.** R. **07** 262. Rein wissenschaftliche Angelegenheiten, worunter rein historische Darlegungen gehören, fallen an sich nicht unter den Begriff von geschäftlichen Verhältnissen, allein sie können im einzelnen Falle darin einbegriffen sein, namentlich wenn sie eine geschäftliche Erfindung, das Alter der Herstellungsart einer Ware, eines Geschäfts und die Herstellung der in ihm vertriebenen Waren, insbesondere die Angaben über die Person des ersten Herstellers oder des Erfinders betreffen. Das trifft zu, wenn derartige Angaben in einem Schriftstück enthalten sind, das von dem Inhaber einer Firma in geschäftlichem Interesse versendet wird.

3. Beschaffenheitsbezeichnung (s. JDR. **5** § 1 Ziff. VI 2).

4. Preisbemessung (Beispiele Ziff. IV u. V). *Finger. Das Hydrasystem fällt unter die Angaben über Preisbemessung (40). Waren sind bewegliche und unbewegliche körperliche Sachen und Immaterialgüter (41).

5. Bezugsquelle (s. JDR. **4** § 1 Ziff. VI 4).

6. Herkunftsbezeichnung (s. JDR. **5** § 1 Ziff. VI 5, **4** Ziff. VI 5). a) **RG.** JW. **07** 565. Ortsbezeichnungen, die im Verkehr ihre örtliche Beziehung verloren haben und aus Herkunftsbezeichnungen zu Beschaffenheits- und Gattungsbezeichnungen geworden sind, können durch Zusätze wieder zu Herkunftsangaben werden.

b) **RG.** SeuffBl. **07** 738. Für die Herkunftsbezeichnung von Fabrikaten ist im einzelnen Falle festzustellen, ob der Ort der Herstellung des Fabrikats oder der Ort der Herkunft der Rohstoffe entscheidend ist (**RG.** [Straff.] **28** 353). Die Bezeichnung „Ägyptische Zigaretten" ist Herkunftsbezeichnung.

c) Fuld, UnlW. **6** 56 (s. JDR. **4** § 1 Ziff. VI 5 c) teilt ein Urteil des LG. Bielefeld mit, nach welcher die Bezeichnung Tokayer für einen Ungarwein Herkunftsbezeichnung ist.

d) SeuffBl. **07** 122 (Hamburg). Die Bezeichnung Münchener Bier ist Herkunftsbezeichnung (s. JDR. **5** § 1 Ziff. VI 5).

e) Über die Bezeichnung Orientalische Teppiche s. oben Ziff. IV B 6.

7. Auszeichnungen (s. JDR. **5** § 1 Ziff. VI 6). a) *Finger. An der gewerblichen Auszeichnung entsteht durch die Verleihung ein absolutes Recht für den rechtmäßigen Inhaber; sie ist ein Immaterialgut (56).

b) OLG. **14** 419, HansGZ. **07** Hptbl. 105, BauersZ. **14** 200, UnlW. **6** 122 (Hamburg). Der Beklagten war vom Minister für Handel und Gewerbe „für gewerbliche Leistungen" die Medaille in Bronze verliehen. Späterhin wurde die Bekl. in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und der Minister gestattete daher mit Rücksicht darauf, daß die Firma auch jetzt noch den Voraussetzungen entspreche, die für die Verleihung der Medaille seinerzeit maßgebend gewesen seien, dieser die Fortführung der Staatsmedaille für gewerbliche Leistungen. Zur Zeit der ersten Verleihung stellte die Bekl. ein bestimmtes Fabrikat noch nicht her, späterhin zur Zeit des zweiten Schreibens des Ministers fabrizierte sie eine neue Ware. Diese Ware annoncierte sie als mit der Staatsmedaille ausgezeichnet. Das LG. hatte die Bekl. zur Unterlassung dieser Annoncen verurteilt,

das OLG. wies die Klage ab. Nach der Rechtsprechung des **RG. 63** 256 (JDR. **5** § 1 Ziff. VI 6) kommt es bei Auszeichnungen nur auf den Wortlaut der Verleihungsurkunde an. Eine solche Abweichung vom Wortlaute des Ministerialschreibens ist im vorliegenden Falle nicht gefunden worden. Die Marke, welche die Bekl. angekündigt hatte, ist ihr bestes Fabrikat. Da die gewerblichen Leistungen einer Fabrik vornehmlich in ihren wesentlichen und besten Fabrikaten verkörpert sind, so muß die Auszeichnung der ersteren notwendig auch die letzteren mitbegreifen. Der vom RG. behandelte Fall lag insofern anders, als die Verdienste einer Firma auf irgendeinem Gebiete der Prämiierung höchst würdig erscheinen können, ohne daß damit gesagt zu sein braucht, daß ein bestimmter für sie patentierter Gegenstand auch nur irgendwie für eine Prämiierung in Betracht kommt. Ebensowenig würde Bekl. berechtigt sein, irgendein beliebiges ihrer Fabrikate öffentlich als mit der Medaille prämiiert zu bezeichnen. Allein ihre beste Marke darf sie als in dieser Weise ausgezeichnet bekannt geben (Fall Mohr).

c) **RG.** HansGZ. **07** Hptbl. 59 — unter Aufhebung der Entscheidung des OLG. Hamburg ebd. 33 ff. — Eine selbständige Tochtergesellschaft, welcher es gestattet ist, Waren nach den Patenten der Muttergesellschaft zu fabrizieren, darf die von letzterer erworbenen Auszeichnungen auf ihren Prospekten nicht anbringen ohne Hinweis darauf, daß diese Auszeichnungen nicht von ihr selbst, sondern von der Muttergesellschaft erworben sind. — Man kann nicht annehmen, dem Publikum liege nur daran, über die Eigenschaften des Fabrikats richtige Auskunft zu erhalten; das Publikum beachtet, welchem Geschäftsbetriebe die Auszeichnungen zuteil geworden sind, wie denn überhaupt Preismedaillen und Auszeichnungen nur an eine bestimmte Person oder an ein bestimmtes Geschäft für ihre Waren, Leistungen usw., nicht aber den Waren als solchen verliehen werden.

d) **RG.** (Straff.) **40** 371. Behauptungen, wonach einer Person oder einer Firma für ihre Waren oder gewerblichen Leistungen seitens Privater Belobigungen und Anerkennungen zuteil geworden sind, können geeignet sein, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, und können, wenn sie unwahr sind, eine zivilrechtliche Haftung begründen. Als „Auszeichnung" im Sinne des § 4 können dergleichen Anerkennungsschreiben von privater Seite jedoch nicht gelten.

e) **RG.** BayRpflZ. **07** 236, JW. **07** 317, UnlW. **6** 138. Die Vorschrift des § 1 UnlWG. richtet sich gegen den sog. Ausstellungsschwindel; es werden gelegentlich neben großen, bedeutsamen, in weiten Kreisen bekannten Ausstellungen an denselben Orten kleinere Ausstellungen veranstaltet, die ebenfalls Auszeichnungen gewähren; das Gesetz will aber verhindern, daß solche Auszeichnungen so angesehen werden, als seien sie auf jenen großen Ausstellungen gegeben worden. Ob die Angabe in gutem oder schlechtem Glauben gemacht ist, darauf kommt es für die Verbotsklage aus § 1 Abs. 1 nicht an. — Beklagter hatte in Prospekten angegeben, daß er „die goldene Medaille Berlin 1896" und „das Ehrenkreuz" und „die goldene Medaille Düsseldorf 1902" besitze. Hier wird der Anschein erweckt, als handele es sich um eine auf der Berliner Gewerbeausstellung 1896 und eine auf der Ausstellung in Düsseldorf 1902 erworbene Medaille.

f) R. **07** 1333 (Frankfurt). Der Verwendung einer Auszeichnung seitens eines Prinzipals steht der Umstand nicht im Wege, daß er sie als Gehilfe erhalten hat, auch kann man ihn nicht dahin beschränken, daß er sie nur zu seinem besseren Fortkommen als Gehilfe benutzen dürfe. Hat er seine fachliche Tüchtig-

keit bewährt, so kommt es nicht darauf an, ob ihm das als Meister oder schon vorher als Gehilfe gelungen ist.

g) Lienau, UnlW. **6** 61. Es empfiehlt sich, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Verleihung gewerblicher Auszeichnungen (Medaillen, Diplome u. dergl.) bei Ausstellungen und ähnlichen Veranstaltungen von behördlicher Genehmigung abhängig gemacht wird und die Benutzung nicht genehmigter Auszeichnungen, und zwar sowohl im Inlande wie im Auslande verliehene, verboten wird.

8. Anlaß des Verkaufs (s. JDR. **5** § 1 Ziff. VI 7). a) *Finger. Nach richtiger Ansicht verbietet das Gesetz bei Ausverkäufen jeden Nachschub von Waren (60).

b) UnlW. **6** 88 (Karlsruhe). Das Wort „Ausverkauf" darf in öffentlichen Ankündigungen nur dann gebraucht werden, wenn die Veräußerung der vorhandenen Vorräte zum Zwecke der Beendigung — sei es des Geschäftsbetriebs im ganzen, sei es des Verkaufs einer gewissen Warengattung — beabsichtigt wird.

c) Alexander-Katz, DJZ. **07** 332 ff. Es ist zu verlangen, daß derjenige, welcher einen öffentlichen Ausverkauf anzeigen will, vorher der Gewerbepolizeibehörde hiervon Anzeige zu machen hat, auf welche wirklich vorhandene Ware sich der Ausverkauf erstrecken soll, in welchen Räumen er abgehalten werden soll, und in welcher Zeit der Ausverkäufer ihn zu beenden gedenkt. — Daneben muß eine wesentliche Verschärfung des Strafmaßes und der Strafart gefordert werden. Das Höchstmaß der Geldstrafe ist auf mindestens 10000 M. heraufzusetzen und für die frivolsten und schwersten Fälle ist wahlweise oder neben der Geldstrafe eine Haft- oder Gefängnisstrafe, etwa bis 3 Monate, zuzulassen.

VII. Unterlassungsklage (s. JDR. **5** § 1 Ziff. VII; **4** Ziff. VII). 1. **RG.** R. **07** 137: Zur Erhebung des Klaganspruchs auf Unterlassung von unrichtigen Angaben tatsächlicher Art seitens eines Zahntechnikers über seine gewerblichen Leistungen gemäß § 1 UnlWG. sind auch Zahnärzte und zahnärztliche Verbände befugt. Ein Zahntechniker, der lediglich eine Prüfung gemäß § 87 GewO. behufs Aufnahme in eine bestehende, wenn auch behördlich genehmigte Zahntechnikerinnung abgelegt hat, verstößt gegen den bezogenen § 1, wenn er sich auf Schildern oder in öffentlichen Anzeigen als geprüfter Zahntechniker bezeichnet. Es ist daher in einem solchen Falle der Anspruch auf Unterlassung dieser Bezeichnung begründet.

2. R. **07** 1274 (Hamburg). Der Anspruch auf Unterlassung wird nicht dadurch beseitigt, daß die Beklagte im Prozeß erklärt, die unlautere Reklame einstellen zu wollen, auch nicht dadurch, daß sie tatsächlich diese Reklame einstellt. Grundsätzlich hat vielmehr der Kläger ein Recht darauf, daß der Anspruch auf Unterlassung durch Urteilsspruch festgestellt wird. Höchstens könnte dieses Recht durch den Nachweis beseitigt werden, daß jede Gefahr einer künftigen unlauteren Reklame dauernd ausgeschlossen ist.

3. UnlW. **6** 88 (Dresden). Der Unterlassungsanspruch bei Störung eines Gewerbebetriebs richtet sich nur gegen Wiederholung gleichartiger Störung. Verbot der Verbreitung eines Katalogs.

VIII. Schadensersatzklage. *Finger. Für die Klage auf Schadensersatz gilt in erster Linie der Grundsatz der Naturalrestitution nach § 249 BGB. (Bekanntmachung 102).

IX. De lege ferenda. Lobe, GewRschutz **07** 73 ff., empfiehlt, in den §§ 1 und 4 UnlWG. die Worte „tatsächlicher Art" zu streichen. — Ebenso Wassermann ebd. 97 ff., UnlW. **7** 10 mit zahlreichen Beispielen aus der Praxis.

§ 2. SeuffBl. **07** 81 (Augsburg). Für Klagen aus § 1 kann auch das Gericht einer Zweigniederlassung zuständig sein, wenn es sich um eine wirkliche Zweigniederlassung i. S. des § 21 ZPO. und des HGB. handelt, wenn die angeblich unlautere Reklame von diesem Zweiggeschäft ausging und auf dessen Geschäftsbetrieb Bezug hat.

§ 4. 1. **RG.** (Straff.) **40** 122 ff. (129), JW. **07** 565. Die Vorschrift des § 4 UnlWG. richtet sich gegen die sogenannte unlautere „Reklame". Diese soll aber nur getroffen werden, wenn sie sich nicht auf den Verkehr von Person zu Person beschränkt. Es ist zwar nicht gerade erforderlich, daß sie sich an das breite Publikum als solches und insofern im eigentlichen Sinne an die Öffentlichkeit wendet. Wohl aber ist notwendig, daß die als unlautere Reklame in Frage kommende Mitteilung für einen größeren Kreis von Personen — im Gegensatze namentlich zu einem von vornherein festbegrenzten engeren Personenkreise — bestimmt ist. Andererseits genügt dies. Eine besondere Form der Mitteilung ist gesetzlich nicht vorgesehen. Die Mitteilung kann daher jede im gewerblichen Verkehr übliche oder üblich werdende Erscheinungsform annehmen; sie kann eine mündliche, schriftliche, gedruckte oder sonst erkennbar gemachte sein. Nur darf sie, wie bereits angedeutet, abweichend von den Fällen des § 1, nicht lediglich in der Form einer Abbildung auftreten. Damit sind Abbildungen zwar nicht schlechthin als Form der Mitteilung ausgeschlossen; erforderlich ist aber, daß sie mit einem wörtlichen Gedankenausdrucke verbunden sind, dem sie zur Klarstellung, näheren Bestimmung, überhaupt zur Veranschaulichung dienen. Die Mitteilung muß dann in der ihr gegebenen Erscheinungsform für den größeren Kreis von Personen, d. h. zur Verbreitung innerhalb dieses Kreises, bestimmt sein. Ob sie dem Personenkreis auch tatsächlich bekannt wird, ist rechtlich ohne Belang. Es reicht aus, wenn sie die bezeichnete Bestimmung erhalten hat und wenn sie ihr gemäß in die Außenwelt tritt. Häufig wird für die Zwecke der Verbreitung das Mittel mechanischer Vervielfältigung durch Druck und dergl. gewählt. Begrifflich notwendig ist das aber nicht. Es kann als Gegenstand der Verbreitung auch ein einziges Mitteilungsstück genügen, so beispielsweise dann, wenn die Mitteilung in einem Schaufenster oder in dem für den Kundenverkehr bestimmten Geschäftsraum ausgehängt oder ausgelegt wird. Dabei ist nicht unbedingt erforderlich, daß die Kundgabe gleichzeitig und mit einem Male an den größeren Kreis von Personen erfolgt. Es reicht auch hin, wenn dies nach und nach geschieht. Wesentlich ist nur, daß die Mitteilung in der gewählten Form von vornherein zu solcher Verbreitung bestimmt war und daß mit dieser begonnen ist. So würde es keinem grundsätzlichen Bedenken begegnen, anzunehmen, daß das einzige vorhandene Mitteilungsstück für einen größeren Kreis von Personen bestimmt erscheine, wenn es nach dem Willen des Gewerbetreibenden in einem solchen größeren Personenkreis, etwa durch Weitergabe von Hand zu Hand, in Umlauf gesetzt werden und so Verbreitung finden soll.

2. **RG.** JW. **07** 565. Zur Erfüllung des inneren (subjektiven) Tatbestandes des § 4 genügt auch eventueller Vorsatz.

3. **RG.** JW. **07** 565. Die Ansicht, daß die Herkunftsbezeichnuag von Fabrikaten nicht der Ort der Herstellung des Fabrikats, sondern der Ort der Herkunft der Rohstoffe entscheidend sei, ist rechtsirrig. Es wird umgekehrt allerdings ebensowenig gesagt werden können, daß grundsätzlich nur der Ort der Herstellung entscheide. Vielmehr wird in jedem einzelnen Falle zu prüfen und festzustellen sein, ob hinsichtlich der Herkunftsbezeichnung eines Fabrikats nach den im Verkehre herrschenden Anschauungen der Ort der Herstellung oder der Ort der Herkunft der Rohstoffe entscheidet.

4. **RG.** (Strafs.) **40** 224. Unter § 4 fällt auch die öffentliche Ankündigung der Übernahme von Krankheitsheilungen und der Befähigung zu solchen, falls die gewerbliche Tätigkeit der Ärzte durch den in solcher Ankündigung zutage getretenen Wettbewerb von Kurpfuschern beeinträchtigt wird (**RG.** [Strafs.] **35** 268, **37** 173).

5. **RG.** (Strafs.) **39** 169. Schon in der unwahren öffentlichen Ankündigung eines sog. Privatgelegenheitsverkaufs liegt eine zur Irreführung geeignete Angabe tatsächlicher Art.

6. Francke, SächsRpflA. **07** 238, teilt die Entscheidung eines LG. mit, nach welchem die Behauptung, Waren seien „beim Kaiserlichen Patentamte vor Nachahmung gesetzlich geschützt", keine Angabe über den Besitz von Auszeichnungen sei.

§ 6. 1. *Finger. Die Beteiligten haften auch bei Veranlassung ihrer Handlungen durch agents provocateurs (153). Behauptungen tatsächlicher Art entsprechen den tatsächlichen Angaben des § 1. Sie können auch in der Form der Frage oder eines Urteils auftreten (163, 166 ff.; Behauptung der Patentverletzung 165).

2. Behauptungen tatsächlicher Art (s. im allgemeinen oben § 1 Ziff. IV). a) **RG.** R. **07** 840. Wird in einer Veröffentlichung über fremde Waren eine besondere Eigenschaft dieser Waren verschwiegen, so kann unter Umständen dieses Verschweigen als Aufstellung oder Verbreitung von Behauptungen tatsächlicher Art i. S. des § 6 UnlWG. aufgefaßt werden.

b) **RG.** LeipZ. **07** 907. Die Mitteilung der Bekl. an Kunden der Kl., der Kl. habe sich ihr gegenüber des unlauteren Wettbewerbes schuldig gemacht, enthält eine Angabe tatsächlicher Art.

c) OLG. **14** 422 (Hamburg). Die Behauptung des Bekl., die Waren des Klägers seien viel zu teuer, ist eine unter § 6 fallende Behauptung.

d) **RG.** UnlW. **6** 90. Verleumdung eines Konkurrenten durch die Behauptung, sein Geschäft befinde sich in Liquidation.

e) OLG. **14** 421 (Colmar). Die Äußerung des Bekl., „die Kläger seien noch lange nicht so stark als er und böten nicht dieselben Garantien, es sei auch schon das Gerücht gegangen, sie haben liquidiert", ist geeignet, das Erwerbsgeschäft der Kläger zu schädigen.

3. **RG.** R. **07** 1476. Wenn ein Angestellter im Interesse des Geschäfts, in dem er angestellt ist, zu Zwecken des Wettbewerbes über das Erwerbsgeschäft eines anderen Behauptungen tatsächlicher Art aufstellt, die geeignet sind, den Betrieb dieses Geschäfts zu schädigen, so ist der Vorwurf des unlauteren Wettbewerbes auch gegenüber dem Prinzipale gerechtfertigt, wenn derselbe sich darauf beschränkt, bzw. dahin zu verstehen ist, daß der Verstoß gegen das UnlWG. in dem Geschäftsbetrieb erfolgt sei, und nicht dahin, daß derselbe dem Prinzipale persönlich zur Last falle.

4. OLG. **14** 421 (Colmar). Eine Verbreitung i. S. d. § 6 liegt auch in einer noch so vertraulichen Äußerung an einen einzelnen. Auch fällt die Verbreitung von bloßen Gerüchten selbst dann, wenn sie ausdrücklich als solche bezeichnet werden, unter den § 6.

5. OLG. **14** 421 (Colmar). Eine Behauptung kann auch dann zum Zwecke des Wettbewerbes aufgestellt sein wenn sie darauf berechnet ist, demjenigen, an den sie gerichtet wird, zum Rücktritte von einem mit einem anderen geschlossenen Geschäft und zur Anknüpfung von Verbindungen mit dem Wettbewerber zu bestimmen. — OLG. **14** 420 (Braunschweig). Kein Verstoß gegen § 6, da die betr. Äußerung nicht als zu Zwecken des Wettbewerbes gemacht erachtet wurde.

6. a) *Finger. Die Einrede der berechtigten Interessen gilt nicht nur für Auskunftspersonen, sondern allgemein (178). Der Zweck des Wettbewerbes allein begründet sie nicht (179), ebensowenig die Abwehr übertriebener Reklame oder bloße Verdächtigung (180, 181). Dagegen genügt auch die Wahrung fremder Interessen, Aufnahme in schwarze Listen kann berechtigt sein (182). Auch die Presse kann sie geltend machen (183). Das Interesse muß bestehen, ein vermeintliches genügt nicht (184). Für geschäftliche Auskunfteien kommt § 676 BGB. in Betracht (185). § 6 und § 824 BGB. gelten selbständig nebeneinander; auch aus diesem folgt schon bei objektiver Verletzung, aber bestehendem Interesse, die Klage auf Unterlassung (191).

b) **RG.** LeipzZ. **07** 503. § 6 Abs. 2 ist auch einem aus § 6 Abs. 1 hergeleiteten Unterlassungsanspruche gegenüber anwendbar (vgl. JW. **98** 579; **99** 53).

7. **RG.** LeipzZ. **07** 57. Zum Begriffe des berechtigten Interesses.

8. Gerichtsstand. OLG. **14** 422 (Dresden). Die Übersendung eines eine Wettbewerbshandlung enthaltenden Flugblatts begründet den Tatbestand der nach § 6 unerlaubten Handlung, welche nach allgemeiner Rechtsmeinung nicht nur am Absendungs-, sondern auch am Bestimmungsorte begangen ist (§ 32 ZPO.).

§ 8. 1. Allgemeines. *Finger. Namen sind Vornamen, Familiennamen, Namen juristischer Personen, Pseudonyme, nicht Sachnamen, Gattungsnamen (200 ff.). Der Adel hat zwei Seiten; öffentlich-rechtlich ist er Standesbezeichnung, privatrechtlich Bestandteil des Namens (202). Wappen, Bild, Firma sind keine Namen im Sinne des § 12 BGB. — Der Erwerb des Familiennamens geschieht regelmäßig kraft Gesetzes durch den Eintritt in die Familie (204; Verleihung, Findelkinder, Namenlose: 264). Vornamen werden durch formlose Verleihung erworben. Keine Bezeichnung der Druckschrift ist ihr Titel, Name, nicht die Ausstattung, nicht das ex libris-Zeichen (242); Urheberrecht nach allgemeinen Bestimmungen. Kein Warenzeichen (242). Immaterialgut, an welchem absolutes Recht besteht (242). Erwerb durch Wahl und Besitzergreifung, Veräußerung nur mit der Druckschrift; Lizenz zulässig (244). — Aus § 8 kann Löschung der Firma im Handelsregister und des Warenzeichens in der Zeichenrolle verlangt werden (264). Stellung des Patentamts (265). — Ersitzung von Namen oder Firmen (205, 219). Beifügung des Namens der Frau nach Gewohnheitsrecht (205). Unterscheidende Zusätze sind keine Namensänderung (206). Abkürzungen (206). Das Recht am Namen ist ein besonders geartetes an der Bezeichnung, weder ganz Persönlichkeits- noch ganz Immaterialrecht (206). — Übertragung von Vor- oder Familiennamen ist unzulässig, auch durch Zwangsvollstreckung und im Konkurse (207); Lizenz ist zulässig (208). — Über Entstehung und Rechtsgültigkeit entscheiden die Gesetze des Heimatstaats (209). — Die Frau verliert durch die Eheschließung das Recht an ihrem Familiennamen nicht, es ruht nur (210). — Aus dem Namenrechte kann auf Löschung des für einen anderen als Warenzeichen eingetragenen Namens geklagt werden (214). — Das Pseudonym ist Name nach § 8 sowie nach § 12 BGB., besonders der Künstlername (215). Der Erwerb geschieht durch Wahl und Besitzergreifung, Anerkennung durch andere ist nicht erforderlich (215). Kein Erbgang, aber Übertragung und Lizenz zulässig. Verlust durch Aufgabe; bei Kollision mit anderen Namen ist § 12 maßgebend (216). Die Geschäftsbezeichnung ist Immaterialgut, an welchem der Inhaber ein absolutes, zeitlich unbeschränktes Recht hat (227). Erwerb durch Besitzergreifung; Zubehör des Erwerbsgeschäfts, folgt ihm im Konkurse. Lizenz zulässig (229). Verlust durch Aufgabe, kann auch Freizeichen werden (230, 231). Arten: Schild, Ausstattung des Geschäftslokals (235, 237).

2. Schutz der Firma (s. JDR. **1** § 8 Ziff. 2). a) WürttJ. **19** 30 (Stutt-

gart). Der § 8 erfordert nur, daß eine Firma in einer Weise benutzt wird, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit der Firma eines anderen hervorzurufen. Damit ist einerseits gesagt, daß nicht etwa der genaue oder auch nur der gesamte erhebliche Wortlaut der Firma eines anderen wiedergegeben sein muß, daß vielmehr auch eine mißbräuchliche Verwendung einzelner Teile einer Firma, die Ausnutzung einer Ähnlichkeit usw. genügt, falls die übrigen Voraussetzungen des § 8 gegeben sind. — Sodann ist damit zum Ausdrucke gebracht, daß ein Gebrauch der Firma im engeren Sinne des § 37 HGB. nicht erforderlich ist, vielmehr jede Art der Benutzung im geschäftlichen Verkehre genügt. Eine Benützung i. S. des § 8 kann insbesondere auch darin bestehen, daß jemand sich ein Wort als Warenzeichen eintragen läßt und daß er ein Wort als Warenzeichen benutzt, welches geeignet ist, Verwechselungen mit der Firma eines anderen hervorzurufen. — Auch eine in dem Gebrauch eines Warenzeichens liegende Benutzung einer Firma wird von § 8 mitumfaßt. — Auch eine Handlung, welche an sich nicht unberechtigt ist oder welche sogar die Ausübung eines dem Handelnden zustehenden Rechtes (auf Namen, Firma usw.) enthält, kann sich als Verletzung des § 8 darstellen. Der § 8 ist anwendbar, selbst wenn der Name oder die Firma dem Verletzer rechtlich zusteht.

b) **RG.** LeipzZ. **07** 909. Ein unbefugter Gebrauch einer Firma durch den Zusatz „Kakao-Kompagnie", den ein anderer bereits zur Bezeichnung seiner Firma führt.

c) **RG.** SächsRpflA. **07** 226 s. schon JDR. **4** § 8 Ziff. 2bα.

3. Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts (s. JDR. **5** § 8 Ziff. 3, **4** Ziff. 3). a) R. **07** 1274 (Frankfurt). Das Recht, einem anderen die Benutzung der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts zu untersagen, steht demjenigen nicht zu, der seinen Geschäftsbetrieb, für den er die Bezeichnung bisher benutzt hatte, nicht nur vorübergehend eingestellt, sondern durch Verkauf und Abbruch des Hauses, an dessen Stelle ein ganz anderen Zwecken dienender Neubau errichtet worden ist und durch Veräußerung des Geschäftsinventars endgültig aufgegeben hat; der bloße Wille, das Unternehmen später wieder aufzunehmen, ist nicht geeignet, das Geschäft als fortbestehend betrachten zu können.

b) UnlW. **7** 14 (KG). An sich ist der von einem Schriftsteller erfundene Name einer in seiner Erzählung auftretenden Person urheberrechtlich nicht geschützt. Seine Verwendung ist nur dann unstatthaft, wenn er im geschäftlichen Verkehre zur besonderen Bezeichnung einer Druckschrift in einer Weise benutzt wird, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient. Der Name „Sherlock Holmes" bildet die besondere Bezeichnung der von der Antragstellerin herausgegebenen Druckschriften. Das Publikum versteht unter den Sherlock Holmes-Geschichten etwas ganz Bestimmtes, nämlich die Detektivromane von Conan Doyle. Der Name Sherlock Holmes ist zugunsten des Autors Conan Doyle und seiner Verleger geschützt.

c) SächsRpflA. **07** 254 (Dresden). Gebrauch der Bezeichnung „Café Bauer" für ein Leipziger Café statthaft, da keine Verwechselungsgefahr mit dem Berliner Café Bauer vorhanden ist.

d) LeipzZ. **07** 504. § 8 bezieht sich auch auf Theaterunternehmungen. Schutz der Bezeichnung „Schiller-Theater".

e) OLG. **14** 423 (Dresden) s. JDR. **5** § 8 Ziff. 3e.

f) **RG.** LeipzZ. **07** 5, UnlW. **6** 58 s. schon JDR. **5** § 8 Ziff. 3f.

g) *Wertheimer, GewRschutz **07** 388. Die Telegrammadresse dient zur Kennzeichnung der Persönlichkeit des Empfängers; ihre Eigentümlichkeit

besteht darin, daß sie ein Individualisierungsmittel in abgekürzter Form ist. Ist die erste Telegrammadresse unter Benutzung des Namens, der Firma oder eines Warenzeichens des Hinterlegers gebildet, so ist sie durch § 12 BGB., § 37 HGB., §§ 14 und 20 WarenZG., § 8 UnlW. geschützt. Stellt eine frei gewählte Telegrammadresse das Angriffsobjekt dar, so ist in erster Linie für ihren Schutz § 8 UnlWG. heranzuziehen. Es wird der Nachweis zu führen gesucht, daß die Telegrammadresse als „besondere Bezeichnung eines Erwerbgeschäfts oder eines gewerblichen Unternehmens" zu erachten ist. Es wird dargetan, daß jede Bezeichnung, deren sich ein Erwerbsgeschäft auch in einem Teile seines geschäftlichen Verkehrs bedient, sofern sie einen eigentümlichen und unterscheidenden Charakter hat, als Geschäftsbezeichnung im Sinne des § 8 UnlWG. anzusehen ist, im Gegensatze zu der herrschenden Meinung, die unter Geschäftsbezeichnung im Sinne des § 8 UnlWG. nur eine solche versteht, welche das Erwerbsgeschäft in seinem gesamten Geschäftsverkehre charakterisiert.

4. **RG.** (Strafs.) **40** 81. Eine Strafandrohung wegen Verletzung des § 8 ist nicht in das Gesetz aufgenommen. Es geht nicht an, die Strafbarkeit einer Vergehung gegen § 8 auf dem Umweg einzuführen, daß man aus dem grundsätzlichen Verbot einer „mißbräuchlichen Art der Benutzung" (oder aus § 826 BGB.) die Folge ableitet, im Sinne des § 14 WarenZG. versehe auch derjenige Ankündigungen und dgl. mit der Firma eines anderen, der sie nicht mit der Firma eines anderen, sondern mit der eigenen Firma zum Zwecke der Verwechselung versieht.

§ 9. 1. *Finger. Die Erfindungen des Untergebenen im Rahmen seiner dienstlichen Tätigkeit für das Geschäft seines Dienstherrn werden zum Eigen dieses nach Maßgabe des Dienstvertrags, wenn dieser nicht ausdrücklich ein anderes bestimmt, also zum Geheimnisse nicht nur des Untergebenen, sondern in erster Linie des Dienstherrn; es ist vom Untergebenen gleichwie ein ihm anvertrautes zu bewahren. Anders bei Erfindungen außerhalb des Dienstverhältnisses. Etablissementserfindungen gehören dem Geschäfte (276). Dies gilt auch im Verhältnisse zwischen dem Staate und seinen Angestellten (277). Die Erfinderehre als solche ist bei uns nicht geschützt, doch können §§ 1, 6, 7, 8 UnlWG., §§ 823, 824, 826 BGB. Anwendung finden (277). — Bestechung von Bediensteten, a) um in den Besitz von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen zu gelangen: §§ 9, 10 UnlWG., §§ 823, 826 BGB.; b) um Lieferungen an den Geschäftsherrn oder von demselben zu erlangen: §§ 823, 826, 807 BGB.; c) zum Zwecke des Vertragsbruchs: § 826 BGB. (301); Ausmieten von Arbeitern (303, 305). — Aus § 9 folgt auch eine Klage auf Unterlassung (312).

2. **RG.** (Strafs.) **39** 83. Das Vergehen des Abs. 1 kann nur während der Dauer des Dienstverhältnisses begangen werden: dasjenige des Abs. 2 hat zwar auch den nach Lösung des Dienstverhältnisses verübten Vertrauensbruch im Auge, aber es stellt daneben Tatbestände unter Strafe, die überhaupt ein Dienstverhältnis oder den Vertrauensbruch eines Bediensteten nicht zur notwendigen Voraussetzung haben. Der Begriff der „Verwertung" setzt voraus, daß eine praktische Verwendung zu gewerblichen Zwecken stattgefunden hat.

3. **RG.** (Strafs.) **40** 406. Eine Verwertung erfordert eine praktische Verwendung. Eine solche ist anzunehmen, wenn die das Geheimnis verkörpernde Maschine in einem solche Maschinen erfordernden Betrieb erbaut und fertiggestellt wird, so daß sie jederzeit in Benutzung genommen und selbst oder in weiteren Nachbildungen in den gewerblichen Verkehr gebracht werden kann (s. die vorangehende Entscheidung aE.).

4. **RG.** LeipzZ. **07** 826. Zum Tatbestande des § 9 Abs. 2 UnlWG. und eines aus der Verletzung dieses Schutzgesetzes abgeleiteten Schadensersatzanspruchs nach

§ 823 reicht es zu, daß die Geschäftsgeheimnisse von den Angestellten einem anderen während ihrer Dienstzeit unter den in Abs. 1 u. 2 des § 9 bezeichneten weiteren Voraussetzungen mitgeteilt werden, auch wenn der andere diese Mitteilungen erst nach dem Dienstaustritte verwertet. Es ist nicht erforderlich, daß auch die Verwertung noch während der Dienstzeit des Angestellten erfolge.

5. **RG.** R. **07** 1333. Ein Schadensersatzanspruch aus § 9 Abs. 3 UnlWG. ist auch dann begründet, wenn die Benutzung von Geschäftsgeheimnissen, welche der Angestellte eines Geschäftsbetriebs einem anderen der Verbotsvorschrift des Abs. 1 daselbst zuwider während des Dienstverhältnisses gemacht hat, nach Austritt des Angestellten aus dem betreffenden Geschäft erfolgt.

6. Geschäfts- und Betriebsgeheimnis. a) **RG.** (Straff.) **40** 406. Wenn auch das Betriebsgeheimnis kein absolutes sein muß, sondern außer den Geschäftsinhabern auch anderen Eingeweihten, selbst anderen Betrieben bekannt sein kann, ohne seine Eigenschaft als Geheimnis zu verlieren, so darf doch sein Gegenstand für die Konkurrenz nicht offenkundig sein. Allerdings wird durch die Aufdeckung des Betriebsgeheimnisses einer beschränkten Anzahl beteiligter Verkehrsinteressenten gegenüber der Charakter des Geheimnisses noch keineswegs aufgehoben oder beseitigt; wie groß diese Zahl der Interessenten sein muß, um dem Geheimnisse seine Eigenschaft als solches zu nehmen, ist im wesentlichen Tat- und Beweisfrage (**RG.** [Straff.] **38** 108). Es wird daher für die Frage, ob durch die Besprechung eines Betriebsgeheimnisses in Fachschriften eine Offenkundigkeit für die Konkurrenz eingetreten ist, insbesondere auf die Verbreitung und den Leserkreis dieser Fachschriften, aber auch auf die Art und den sachlichen Umfang der Besprechung ankommen. Ist eine Maschine patentiert, dann wird, dem regelmäßigen Verlaufe der Dinge nach, die Offenkundigkeit eingetreten sein. Denn nach §§ 20, 23 PatG. muß in der Patentanmeldung die Erfindung dergestalt beschrieben werden, daß danach ihre Benutzung durch andere Sachverständigen möglich erscheint, und diese Anmeldung ist bei dem Patentamte zur Einsicht für jedermann auszulegen. Ob und inwieweit daneben noch für ein Betriebsgeheimnis Raum ist, kann immer nur nach der Lage des Einzelfalls beurteilt werden (**RG.** [Straff.] **39** 321); der Patentierung jeden Einfluß auf die Frage des Betriebsgeheimnisses im allgemeinen abzusprechen, wäre rechtsirrig.

b) **RG.** **65** 333 ff., JW. **07** 252, DJZ. **07** 657 (s. oben § 826 Ziff. 12). Auch ein Verfahren, bei dem zur Herstellung eines bestimmten Produkts Methoden angewandt werden, die an sich bekannt sind, kann Gegenstand eines wertvollen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses sein, wenn dabei durch die besondere Ausführung und Gestaltung der einzelnen Operationen bezüglich der Güte des Produkts oder der Sicherheit des Erfolges oder der Herstellungskosten besondere Vorteile erreicht werden, sofern nun die dabei in Betracht kommenden Besonderheiten des Verfahrens nicht dergestalt bekannt sind, daß sie jeder Interessent ohne größere Schwierigkeit und Opfer in Erfahrung und zur Anwendung bringen kann.

c) **RG.** (Straff.) **39** 321. Eine Kundenliste ist als Geschäftsgeheimnis anzusehen.

§ 10. **RG.** (Straff.) **39** 321, JW. **07** 416. Der Ausdruck „unternehmen" im § 10 bezeichnet ebenso wie im § 159 StGB. jede Handlung, die zur Erreichung des vom Gesetze verbotenen Erfolges vorgenommen wird. Er umfaßt danach jedenfalls die Handlungen, die nach § 43 StGB. einen Versuch darstellen. Insoweit kommen deshalb eintretendenfalls auch die Grundsätze zur Anwendung, die das RG. hinsichtlich des sog. untauglichen Versuchs, d. h. des Versuchs mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Gegenstand, entwickelt hat. — Entscheidend ist demgemäß für den Tatbestand des § 10 die Betätigung des auf die Herbeiführung des Erfolges gerichteten Willens. Es kommt deshalb im Sinne dieser

Vorschrift überhaupt nicht notwendig auf das wirkliche Vorhandensein eines schutzfähigen Betriebsgeheimnisses an. Genügend ist vielmehr, daß ein solches in der Vorstellung des Angeklagten bestand und daß er eben dieses vorgestellte Betriebsgeheimnis zu erlangen trachtete. Die Begriffsmerkmale kommen hierbei abweichend von § 9 aaO., worin das wirkliche Vorhandensein solcher Geheimnisse zur Tatbestandsvoraussetzung gemacht ist, nur insofern in Betracht, als die Vorstellung des Angeklagten einen Inhalt haben muß, der sich — seine Tatsächlichkeit vorausgesetzt — als Betriebsgeheimnis i. S. des § 9 darstellen würde. — Ist es mithin belanglos, ob ein Betriebsgeheimnis wirklich besteht, so kommt es auch nicht darauf an, ob sein Vorhandensein — objektiv — dadurch ausgeschlossen wird, daß das seinen Inhalt bildende Herstellungsverfahren Gegenstand des Patents eines anderen und darum offenkundig, d. h. kein Geheimnis ist. Ein Angeklagter kann daher gegenüber § 10 aaO. nicht mit der bloßen Behauptung gehört werden, das Verfahren, das er kennen zu lernen bestrebt gewesen sei, verletze das Patent eines anderen. Vgl. zu dieser Entscheidung Lindenberg, DJZ. **07** 918.

§ 13. a) **RG.** JW. **07** 527. Die Publikationsbefugnis hat die rechtliche Natur einer Strafe nur, soweit es sich um die im Abs. 1 und 2 erwähnten, auf Grund der §§ 4, 7 ergangenen Strafurteile handelt, nicht aber auch dann, wenn die Publikationsbefugnis auf Grund des Abs. 4 § 13 bezüglich eines gemäß § 1 (oder §§ 6, 8) ergangenen, die Verurteilung zu einer Unterlassung aussprechenden Zivilurteils zugesprochen worden ist. Es ist nicht richtig, daß durch die Bestimmung im § 13 Abs. 4 erst das Recht gegeben werde, die ergangene Entscheidung zu veröffentlichen, daß daher der obsiegenden Partei eine Veröffentlichung nur in der im Urteile bezeichneten Weise zustehe. Das Wesentliche jener Bestimmung ist vielmehr, daß der Verurteilte seinem Gegner selbst die Kosten bieten muß, um das gegen ihn ergangene Urteil zu veröffentlichen, während grundsätzlich jeder Partei das Recht zusteht, auf ihre Kosten die in ihrer Sache ergangenen gerichtlichen Entscheidungen, wenn auch vielleicht nicht durch öffentliche Blätter, so doch privatim in Abschrift oder Druck Dritten mitzuteilen. Die erwähnte Bestimmung gestattet weder eine von der im Urteile bestimmten Art abweichende Art der Veröffentlichung, noch verbietet sie sie; deswegen kann von einer Verletzung des UnlWG. nicht die Rede sein. Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Mitteilungen jener Art ist lediglich nach den Vorschriften des BGB. zu beurteilen und sie kann im Einzelfalle nur auf Grund von §§ 226, 824, 826 verneint werden. Im gegebenen Falle ist ein Verstoß gegen die guten Sitten verneint.

b) Wassermann, UnlW. **6** 84, GewRschutz **07** 358—369, gibt den Inhalt des § 13 unter Anführung zahlreicher Beispiele aus Entscheidungen wieder.

§ 16. PucheltsZ. **07** 135 (Colmar). Über den Schutz der Ausländer s. JDR. **4** § 16.

Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Vom 20. April 1892/20. Mai 1898.

Vorbemerkung: Die Literatur tritt in den Berichtsjahren 1906 und 1907 an Bedeutung hinter der Rechtsprechung zurück. Die großen Kommentare von Liebmann, Parisius und Crüger, sowie von Staub sind zwar in neuer Verarbeitung erschienen. Die Zahl der Aufsätze aber, die das Recht der GmbH. systematisch durchforschen, wie der von Neukamp und Wiesener, oder die Einzelfragen behandeln, wie die von Frankenberger, Hachenburg, Marcus, Wehrmann (zu § 45), ist

gering genug. — Interesse verdient das neue österreichische Gesetz, dessen Bearbeitungen, soweit bekannt geworden, hierunter angegeben sind. — Das RG. hat wichtige Entscheidungen über die Sicherstellung bestrittener Forderungen bei Herabsetzung des Stammkapitals (zu § 58), über die Unzulässigkeit der Aufrechnung gegen den übernommenen Anteil am erhöhten Kapital (bei § 56), über die Fortsetzung einer auf Zeit abgeschlossenen Gesellschaft (Note 1 zu § 60) erlassen und in der Note 1 zu § 82 mitgeteilten Entscheidung eine freie Auslegung des Gesetzes vertreten. — Aus den Entscheidungen des KG. sind hervorzuheben die Erörterungen über die Anwendbarkeit des BGB. (Note 3 der Allg. Bemerkungen), über „den Gegenstand des Unternehmens im § 3 (Note 1 b das.), über die Entlehnung der Firma vom Gegenstande des Unternehmens (Note 2 zu § 4), über die Stellung des Registerrichters (Note 1 zu § 7), über die Tätigkeit des Aufsichtsrats (Note 4 zu § 52). — Besonders reichhaltig ist die Rechtsprechung zu den §§ 15, 17.

Literatur: Kommentare: Liebmann (5). Berlin 1907. — Parisius und Crüger (4). Berlin 1906. — Staub-Hachenburg (2). Berlin 1906. — Textausgaben mit Anmerkungen: Merzbacher (3). München 1907. — Neukamp (3/4). Berlin 1907. — Parisius und Crüger, bearbeitet von Crüger (9). Berlin 1907. — Aufsätze: Betelheim, Die Geschäftskontrolle im modernen Gesellschaftsrechte, JLBl. **35** Nr. 38—52. — Frankenberger, Einige Fragen aus dem Rechte der GmbH., SeuffBl. **07** 99 ff. — Greulich, Der Kredit der GmbH., ConradsJ. **32** 721—743. — Hachenburg, Gefahren der GmbH., GesuR. 8 204 bis 209, 230—233. — Neukamp, Die Geschäftsanteile der GmbH., GoldschmidtsZ. **57** 1 ff. — Schön, Der Kredit der GmbH., BankA. **6** 282. — Wiesener, Der Konkurs der GmbH., ABürgR. **28** 298 ff. — Österreichisches Recht: Gesetz über die GmbH. vom 6. März 1906, GoldschmidtsZ. **58** 215 ff. — Eine Darstellung des Gesetzes geben: BauersZ. **13** 184: Die GmbH. in Österreich. — Grünhut, Die GmbH. nach österreichischem Rechte. Wien 1906. — Kahn, Die Einführung der GmbH. in Österreich, BankA. **6** 250 (kurze, rechtsvergleichende Darstellung). — Munck, GmbH. in Österreich und die Bedeutung der österreichischen Gesetze für das Deutsche Reich, BlVerglR. **2** 140. — Strauß, Die GmbH. nach österreichischem Rechte, ÖstAGZ. **57** 185, 195, 204, 217, 226. — Ferner: Textausgaben: Geller, Mit Erläuterungen aus den Materialien und Vollzugsverordnungen. Wien 1907. — Ofner und V. Torsch, Mit Erläuterungen, Durchführungsverordnungen, deutschem Reichsgesetz und Vertragsentwurf. Wien.

Allgemeine Bemerkungen.

1. GmbH. unter Religiosen vgl. oben Allg. Bemerkungen zum 2. Buche des HGB. Note 1; ferner JDR. **4** Note 1, 2 zu § 1.

2. Anwendbarkeit der Vorschriften des BGB. über Vereine. a) Vgl. JDR. **2** zu § 1. b) Frankenberger, SeuffBl. **07** 100. Das Recht der GmbH. ist in dem Spezialgesetze nicht erschöpfend geregelt; die Bestimmungen des BGB. über Vereine kommen ergänzend zur Anwendung; z. B. §§ 27³, 29, 31, 35. c) RJA. 8 207, BauersZ. **15** 63, ZBlFG. 8 291 (KG.). Es ist an der bereits früher anerkannten subsidiären Geltung der allgemeinen Vorschriften des BGB. über Vereine für die juristischen Personen des Handelsrechts, namentlich auch die GmbH. festzuhalten. Anwendbar sind insbesondere die §§ 29, 48 BGB. auf den Fall, daß eine aufgelöste GmbH. keinen Liquidator hat. Die GmbH. würde sonst eine bequeme Handhabe besitzen, um sich den Zugriffen ihrer Gläubiger zu entziehen, indem sie ihre Liquidatoren abberuft; mit zahlreichen Literaturangaben und Entscheidungen belegt (vgl. auch Note 1 zu § 66). d) OLG. **14** 366, RJA. 8 210, BauersZ. **14** 226, R. **07** 832, ZBlFG. 8 107 (KG.). Die Vorschriften des BGB. über Vereine sind subsidiär anwendbar; ihre Anwendung ist jedoch grundsätzlich dann auszuschließen, wenn das Gesetz eine bezügliche Sonderregelung enthält, wie im § 66 für den Fall der Ernennung von Liquidatoren in Konflikten unter den Gesellschaften nach Auflösung der Gesellschaften, während beim Fehlen solcher in dringenden Fällen

§§ 29, 48 BGB. anzuwenden sind. — Für die Bestellung von Vertretern zur Prozeßführung gegen die Geschäftsführer bei bestehender Gesellschaft ist genügend Fürsorge getroffen durch § 46[8], 47 Abs. 4, 50.

Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft.

§ 2. Literatur: ZAktWes. **16** 114: Ist die Subjektivgründung bei GmbH. statthaft?

1. Ist Sukzessivgründung zulässig? a) ZAktWes. aaO. verneint die Frage, in Übereinstimmung mit den Motiven des Gesetzes, unter Berufung auf § 2. Eine unstatthafte Sukzessivgründung liegt vor, wenn zunächst einige Gesellschafter den Vertrag errichten und einen Teil des Kapitals übernehmen, und später ein anderer Gesellschafter in einem Zusatzvertrag unter Übernahme eines weiteren Kapitalanteils dem Vertrage beitritt. b) Neukamp, GoldschmidtsZ. **57** 39. Es kann in mehreren gesonderten, örtlich und zeitlich auseinanderfallenden Urkundsakten der Beitritt zu dem Gesellschaftsvertrag und damit gleichzeitig die Übernahme einer Stammeinlage und folgeweise eines Geschäftsanteils erfolgen (s. OLG. **3** 259 [KG.]).

2. Wer kann Gesellschafter einer GmbH. sein? a) Vgl. JDR. **2** Note 5, **4** Note 1. b) Cohn (s. vor § 13) 22 f. Gesellschafter können werden alle physischen Personen, die juristischen Personen, die oHG., die KG., nicht jedoch die Gesellschaft des BGB. und der nicht rechtsfähige Verein.

3. Kann der Testamentsvollstrecker für die Erben eine GmbH. eingehen? OLG. **14** 322, RJA. **8** 127, BauersZ. **14** 209, KGJ. **32** A 135, ZBlFG. **7** 925 (KG.). Der Testamentsvollstrecker ist, auch wenn er mit allen gesetzmöglichen Machtbefugnissen ausgestattet ist, nicht befugt, für die Erben einen Vertrag über die Gründung einer GmbH. abzuschließen. Die Erben würden nach § 3[4], 19 ff., 24 f. für die Leistung der Stammeinlage unbeschränkbar haften, der Testamentsvollstrecker kann sie aber nur mit der Beschränkung verpflichten, daß sie eine Beschränkung der durch ihn ihnen aufgelegten Pflichten auf den Nachlaß gemäß §§ 1975 ff., 2059 BGB. herbeiführen können.

4. Gründungsvorvertrag? a) Vgl. JDR. **4** Note 3. b) **RG. 66** 116, BankA. **7** 45, BauersZ. **15** 18, LeipzZ. **07** 590, JW. **07** 394 Ziff. 16. Der Vorvertrag über Gründung einer GmbH. bedarf der Beurkundung, und ist, wenn er in dieser Form geschlossen ist, und den allgemeinen Normen über Vorverträge entspricht, also so bestimmt ist, daß im Streitfalle der Inhalt des versprochenen Vertrags richterlich festgesetzt werden kann, rechtswirksam. Die Angaben über das Stammkapital und die Einlagen müssen derart sein, daß die Beteiligten sich ein Urteil über die Tragweite der einzugehenden Verpflichtung bilden können.

5. Rechtliche Natur des Gründungsvertrags. OLG. **12** 448, BauersZ. **13** 260 (KG.). Durch falsche Angaben eines Gründers, die zu einer Überbewertung der eingebrachten Sacheinlage geführt haben, werden nicht die Gründer, sondern die GmbH. geschädigt. Die Abreden des Gesellschaftsvertrags sollen nicht Ansprüche der Gründer untereinander, sondern zwischen den einzelnen Gesellschaftern und der künftigen Gesellschaft begründen.

6. Gültigkeit von Nebenabreden? a) Frankenberger SeuffBl. **07** 99 ff. Wenn in dem Gründungsvertrage besondere unter den Gründern getroffene Abmachungen nicht enthalten sind, so erzeugt die Anerkennung solcher besonderer Abmachungen seitens der Geschäftsführer nach der Eintragung der Gesellschaft keinerlei Rechtsgültigkeit gegen die Gesellschaft, da nur das gilt, was im notariell oder gerichtlich vereinbarten Gründungsvertrage festgesetzt ist. b) **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 231. Mündliche Vereinbarungen vor Errichtung

der Gesellschaft über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Leistung von Diensten sind rechtlich nicht verbindlich, da sie nach § 3 Abs. 2 in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden müssen, sie können aber für die Auslegung des Gesellschaftsvertrags in Betracht kommen. c) Vgl. Note 6 c.

7. Formaler Charakter der Beitrittserklärung. a) Vgl. JDR. 2 Note 3 und die Noten zu § 189 HGB. b) BadRpr. **07** 16 (LG. Mannheim). Die Beteiligungserklärung eines Gesellschafters ist wegen ihrer öffentlichen Bedeutung bindend und zwar dergestalt, daß die Berufung auf einen geheimen Vorbehalt ebensowenig, wie die Behauptung, sie sei nur zum Schein abgegeben, nicht ernstlich gemeint oder anfechtbar, Beachtung finden kann. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Beitritt, sondern nur darauf, ob die Beitrittserklärung gewollt war (**RG. 57** 292). c) BauersZ. **14** 62, ElsLothJZ. **31** 508 (Colmar). Die im Gesellschaftsvertrage beurkundete Erklärung des Gesellschafters, den Betrag seines Stammanteils in bar zu leisten, ist gegenüber den Organen der Gesellschaft, wie dem Konkursverwalter allein maßgebend; mündliche Nebenabreden kommen nicht in Betracht. Da die Erklärungen für die Öffentlichkeit bestimmt sind, können sie der Gesellschaft gegenüber nicht wegen Irrtums oder Betrugs angefochten werden.

8. Notarielle Form. Frankenberger aaO. 99 ff. Die Gründung einer GmbH., die in Deutschland ihren Sitz haben soll, kann nicht von einem österreichischen Notar beurkundet werden.

9. Vertragsschluß mit sich selbst. Ders. aaO. Schließt von zwei Gründern, welche eine GmbH. schaffen wollen, der eine mit sich selbst als Vertreter des anderen den Gesellschaftsvertrag ab, so hängt die Wirksamkeit des Geschäfts wie bei jeder anderen Vollmachtsüberschreitung gemäß § 177 BGB. von der Genehmigung des Vertretenen ab. Wird diese erteilt, so ist der Fehler geheilt. — Zulässig ist es dagegen, daß der eine Gründer als Bevollmächtigter des anderen einen Substituten auf Grund der ihm selbst erteilten Vollmacht bestellt und mit diesem dann den Vertrag schließt.

§ 3. 1. „Gegenstand des Unternehmens." a) **RG. 62** 96, BauersZ. **13** 159, HansGZ. **06** Hptbl. 119, JW. **06** 70, PuchseltsZ. **37** 69 = JDR. **4** Note 1. b) RJA. **8** 114, ZBlFG. **7** 916 (KG.). Die Frage, ob und inwieweit der „Gegenstand des Unternehmens" individualisiert werden muß, ist für die AG. und GmbH. gleichmäßig zu entscheiden. Die erste Frage ist für beide zu bejahen. Der Zweck der Gesellschaft, ihr Ziel und die Kräfte, welche zu dessen Erreichung in Bewegung gesetzt werden sollen, haben bei beiden Gesellschaften eine höhere Bedeutung als bei den anderen Gesellschaften des Handelsrechts. Der Gegenstand des Unternehmens ist wesentlich Existenzbedingung für sie; nur mit Rücksicht auf ihn erlangen sie die juristische Persönlichkeit. Dementsprechend darf er kein völlig unbestimmter, uferloser sein, muß vielmehr bis zu einem gewissen Grade einen spezialisierten Inhalt haben. Dies zeigt auch die Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmungen. Der abweichenden Ansicht Staubs, Goldschmidts, Makowers, Hachenburgs ist nicht beizutreten. — Die Individualisierung wird soweit zu gehen haben, daß der geplante Betrieb derart nach dem gewöhnlichen Geschäfts- und Sprachgebrauch unter Berücksichtigung der besonderen örtlichen Verhältnisse bezeichnet wird, daß das Gebiet, auf das das Handeln der Gesellschaft sich erstrecken soll, in gemeinverständlicher Weise charakterisiert wird (vgl. Note zu § 75).

2. Einfluß der Berliner Gerichtsorganisation auf den Sitz der GmbH. (s. oben Note 4 der Allg. Bem. zum 2. Buche des HGB.).

3. Übernahme eines Stammanteils durch mehrere. a) Vgl. JDR. 2 Note 1 zu § 5. b) KGJ. **32** A 137, OLG. **14** 324 (KG.). Der

Ansicht Staub-Hachenburgs (§ 2 Zusatz 1 d), daß bei der Gründung einer GmbH. ein Stammanteil von mehreren Personen gemeinschaftlich übernommen werden könnte, ist mit Stuttgart (KGJ. **22** D 23 = Note a) nicht zuzustimmen, da das Gesetz durch § 3 Abs. 1 Ziff. 4 und § 5 die besondere Auswerfung der Stammeinlage jedes Gesellschafters verlangt, sie auch in §§ 19 ff. voraussetzt. Daß nach §§ 17, 18 im Falle einer Veräußerung eine Teilung möglich ist, läßt einen Rückschluß auf die Gründung nicht zu, weil bei dieser das Gesetz zwecks Sicherung der Einlage des gesamten Stammkapitals besondere Bestimmungen für erforderlich gehalten hat.

4. Abs. 2. **a)** Vgl. Noten 6, 7 c zu § 2. **b)** Neukamp, GoldschmidtsZ. **57** 41. Die Übernahme anderer Verpflichtungen als der Zahlung der Stammeinlage durch einen Gesellschafter ist nur neben der Verpflichtung zur Zahlung, nicht statt ihrer zulässig. Das. auch näheres über den notwendigen Inhalt der Übernahmeerklärung.

5. Vorrechte einzelner Gesellschafter. Hachenburg, LeipzZ. **07** 278 f. Besondere Vorrechte eines Gesellschafters, auch die nicht am Geschäftsanteile haftenden, können nur durch den Gesellschaftsvertrag bestellt werden.

§ 4. Literatur: Marcus, Ist der Registerrichter befugt, gegen eine GmbH., weil deren Personenfirma eine erschlichene, bzw. gegen das Wettbewerbsgesetz verstößt, das Verfahren auf Löschung der Firma zu eröffnen, HoldheimsMSchr. **07** 48.

1. Marcus aaO. bejaht die Frage gegen Staub-Hachenburg (2) 35 Anm. 21. §§ 75, 76 GmbHG. stehen dem nicht entgegen.

2. „Entlehnung". **a)** Vgl. JDR. **4** Note 1. **b)** RJA. **8** 114, BauersZ. **14** 232, 256 (KG.). Der Schwerpunkt der „Entlehnung" liegt darin, daß durch die Firma der Gegenstand des Unternehmens irgendwie in charakteristischer Weise ersichtlich gemacht wird, so daß das Publikum dadurch in gewisser Weise aufgeklärt wird, wenn dies auch nicht in erschöpfender Weise zu geschehen braucht. Dagegen liegt eine Entlehnung nicht nur dann vor, wenn aus dem umfassenden Begriff etwas bestimmter Begrenztes entnommen wird.

3. Welche Namen muß die Firma enthalten? RJA. **7** 35, BauersZ. **14** 182, ZBlFG. **7** 86, R. **06** 705 (KG.). Unter den Namen der Gesellschafter i. S. dieser Bestimmung sind die Namen aller Gesellschafter zu verstehen. Enthält die Firma einer aus vier Mitgliedern bestehenden GmbH. die Namen nur zweier Mitglieder mit dem Zusatze GmbH., so entspricht sie nicht den Vorschriften. Die Firma muß erkennen lassen, daß an der Gesellschaft außer den in der Firma genannten Gesellschaftern noch weitere beteiligt sind. Diese Auffassung findet eine Bestätigung in der Entstehungsgeschichte der entsprechenden Vorschriften des HGB. für die oHG.

§ 5. Literatur: Hachenburg, Gemischte Sacheinlagen bei der GmbH., LeipzZ. **07** 278. — Rehm, Sachübernahme bei GmbH., SeuffBl. **06** 141—145.

1. Gemischte Einlage. Hachenburg aaO. Ist ein Gegenstand, den ein Gesellschafter einbringt, mehr wert als der von ihm übernommene Betrag des Stammkapitals (sog. gemischte Einlage), so ist auf diese Sacheinlage Abs. 4 nur insoweit anwendbar, als es sich um die Leistung auf die Stammeinlage handelt. Der sie übersteigende Betrag der Gegenleistung muß zwar gleichfalls im Gesellschaftsvertrag erwähnt sein, — aus § 3 Abs. 2 i. Verb. mit § 5 Abs. 4 erhellt, daß gesellschaftsrechtliche Ansprüche, und um einen solchen handelt es sich, nur durch ihn begründet werden können, — er braucht in ihm aber nicht beziffert zu sein.

2. Sachübernahme. **a)** Hachenburg aaO. Erwirbt die Gesellschaft von einem Dritten einen Gegenstand, der nicht auf eine Stammeinlage ge-

leistet wird und bei dem die Vergütung nicht auf die Stammeinlage zu verrechnen ist, so bedarf es, auch wenn dies schon im Gründungsstadium vereinbart ist, bei der GmbH. im Gegensatze zum Aktienrechte der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag nicht. **b)** *Rehm aaO. Sachübernahmeverträge können außerhalb des Gesellschaftsvertrags geschlossen werden, bedürfen also nicht der gerichtlichen oder notariellen Form. Jedoch besteht eine Ausnahme: Für den Fall, daß Sachübernahme und Stammeinlageverpflichtung miteinander in Verbindung gesetzt werden, d. h. vereinbart wird, die Leistung auf die Stammeinlage habe durch Aufrechnung der Vergütung zu geschehen, die für die Überlassung von Vermögensgegenständen gewährt wird. Aber auch dann ist noch eine Einschränkung zu machen. Einer gerichtlichen oder notariellen Form bedarf es nur, sofern die zu leistende Einlagesumme den Betrag der Übernahmevergütung übersteigt.

3. Rechtliche Bedeutung des § 5. **a)** BayNotZ. **7** 146, BayRpflZ. **06** 342, BauersZ. **14** 135, ZAktWes. **17** 4 (BayObLG.). Mit den Vorschriften der §§ 5^4, 19^3, 10^3 verfolgt das Gesetz dieselben Zwecke wie mit § 186^2 HGB. Das mit der GmbH. verkehrende Publikum soll über die wahren wirtschaftlichen Grundlagen der Gesellschaft volle Klarheit erhalten. Es wird diesen Schutzvorschriften genügt, wenn der Vertrag ersehen läßt, ob das in Geld festgesetzte Stammkapital ganz oder teilweise nicht in Geld, sondern durch Sacheinlagen oder Übernahme von Vermögensgegenständen aufgebracht, sowie welcher Geldwert bzw. welche Vergütung für letztere festgestellt ist. **b) RG.** BauersZ. **14** 63, R. **06** 695. Die Bestimmungen der §§ 5^4, 8^2, 10^3, $19^{2,3}$ dienen im öffentlichen Interesse dem Zwecke, die erforderliche Grundlage für einen wirtschaftlich gedeihlichen Bestand der Gesellschaft zu sichern, und zugleich Vorsorge zu treffen, daß dritte Personen, welche mit der Gesellschaft in Geschäftsverbindung treten, über deren Verhältnisse und Kreditwürdigkeit Auskunft erlangen können. Daraus folgt, daß die Angaben des Gesellschaftsvertrags über die Einlagen wahr und so genau sein müssen, daß sie dritten Personen eine hinreichende Aufklärung ermöglichen. Werden sie verletzt, so ist im Konkurse der Gesellschaft der Verwalter berechtigt, den Gesellschafter, der sich mit den Vorschriften in Widerspruch gesetzt hat, zur Erfüllung seiner Verpflichtungen anzuhalten.

4. Umgehung des Abs. 4. **RG.** LeipzZ. **07** 604. Hat ein Gesellschafter in Wahrheit das Grundstück eingebracht, so bedurfte es nach § 5 Abs. 4 und § 19 Abs. 3 GmbHG. einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag, an der es unstreitig fehlt, um ihn von der Verpflichtung zur Zahlung der Einlage zu befreien und ihn zu berechtigen, seinen Anspruch aus der Überlassung des Grundstücks an die Gesellschaft zur Aufrechnung auf seine Einlageschuld zu benutzen. Und nicht anders liegt die Sache, wenn seine Ehefrau nur als Zwischenperson eingeschoben ist und der formell mit ihr geschlossene Kaufvertrag nichts als eine Operation war, welche bezweckte, ihm die Beschaffung seiner Geldeinlage durch Aufrechnung mit dem Geldanspruche für einen Vermögensgegenstand zu ermöglichen, ohne daß der Gesellschaftsvertrag von dem Erwerbe dieses Vermögensgegenstandes und den Bedingungen des Erwerbes irgend etwas ergibt.

§ 7. 1. Die Prüfungspflicht des Registerrichters. RJA. **8** 114 (KG.). Der Registerrichter hat vor Eintragung der GmbH. nicht nur zu prüfen, ob ein Nichtigkeitsgrund i. S. des § 75 vorliegt, sondern allgemein, ob den gesetzlichen Vorschriften genügt ist; es kann daher vorkommen, daß er eine Bestimmung beanstandet, die an sich die Nichtigkeit der Gesellschaft nicht zur Folge haben würde.

2. Ist die Sacheinlage auf die Einzahlung anzurechnen? **a)** Vgl. JDR. **2** Note 6, **4** Note zu § 7. **b)** Dem dort vom RG. vertretenen Standpunkt entgegengesetzt. **RG.** SeuffBl. **07** 933, DJZ. **07** 1324, R. **07** 1149.

Es muß $1/4$ der ganzen in Geld zu leistenden Einlage oder falls dieses Viertel niedriger ist als 250 M., diese Summe eingezahlt sein; es genügt nicht, wenn auf jede Stammeinlage $1/4$ gemindert um den Wert der Sacheinlage eingezahlt sind.

3. **RG.** LeipzZ. **07** 826. Eine Zahlung, welche ein Gesellschafter vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister an den späteren Geschäftsführer gemacht hatte und nachträglich als zur Tilgung seiner Einlage geleistet geltend machte, wurde nicht als Zahlung der Einlage aufgefaßt, weil sie weder im Gesellschaftsvertrage noch in den Büchern der Gesellschaft erwähnt war.

§ 8. Bezieht sich die Versicherung des Abs. 2 nur auf die Geldeinlagen? a) Vgl. JDR. **2** Note 3. b) HansGZ. **07** Hptbl. 301 (Hamburg). Die Vorschrift des § 8 Abs. 2, daß in der Anmeldung die Versicherung abzugeben sei, die vom Gesetz erforderten Leistungen seien auf die Stammeinlagen bewirkt und der Gegenstand der Leistungen befinde sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer, bezieht sich nur auf die Geld- und nicht auf die Sacheinlagen. Für diese Auffassung spricht der Wortlaut; aus der Gesetzesgeschichte ist nichts für das Gegenteil zu entnehmen. (Im Ergebnis übereinstimmend: Esser zu § 8, Simon, HoldheimsMSchr. **92** 225, Staub-Hachenburg (2) 98; aA. Staub (1) 63; vermittelnd Neukamp Anm. 3 u. a.)

§ 9. Haftung der Gründer. OLG. **12** 447, BauersZ. **13** 259. (Colmar), Die Grundsätze über die Haftung der Gründer einer AG. lassen sich nicht ohne weiteres auf die GmbH. ausdehnen. Es fehlen im GmbHG. Bestimmungen, die den §§ 192, 202, 203, 320 Ziff. 3 HGB. entsprechen. Solche Bestimmungen erübrigen sich auch. Der Gründungsvertrag ist zunächst eine innere Angelegenheit der Gründer. Sacheinlagen sind vor der Anmeldung der Gesellschaft zum Register zu leisten. Da die Gesellschaft erst durch die Eintragung entsteht, kann daher eine schwindelhafte Gründung einem Dritten nie nachteilig werden, wenn der Anmeldende, der für alle Unrichtigkeiten haftet, seine Pflicht tut. Auch er haftet aber nur der Gesellschaft, nicht Dritten. Mithin besteht auch keine Haftung gegenüber Dritten für die Gründer aus der Gründung.

§ 11. 1. *Wiedemann, Ideale Vereine 636. Diese Eintragung hat rechtsbegründende Wirkung (vgl. § 21 BGB.).

2. Rechtsnatur der GmbH. vor der Eintragung. Cohn (s. zu § 13) 15. Die GmbH. ist vor ihrer Eintragung in das Handelsregister eine Gesellschaft des BGB. in ihrem Verhältnisse nach innen.

3. Tod eines der Gründer vor der Eintragung. Frankenberger, SeuffBl. **07** 99. Stirbt ein Gründer vor der Eintragung, so ist die Entstehung der Gesellschaft gehemmt; ohne erneute Beurkundung des Vertrags unter Mitwirkung der Erben ist die Eintragung nicht zulässig. Dies folgt, falls man vor der Eintragung eine Art Gemeinschaft unter den Gründern annimmt, aus §§ 750, 727 BGB.

4. Wirksamkeit von vor der Eintragung abgeschlossenen Geschäften für die GmbH. a) Frankenberger aaO. Rechtsgeschäfte, die für die GmbH. vor der Entstehung abgeschlossen sind, werden nur dann mit der Eintragung für und gegen die Gesellschaft wirksam, wenn sie auf die Entstehung der Gesellschaft abzielen. b) **RG.** BauersZ. **15** 60, LeipzZ. **07** 661. Aus den Gründen ist zu entnehmen, daß eine GmbH. nach ihrer Eintragung durch stillschweigende Vereinbarung sich zur Vergütung einer vor Gründung und Eintragung der Gesellschaft in ihrem Interesse entwickelten

Tätigkeit verpflichten kann; der Vertrag ist jedoch wegen Verstoßes gegen § 181 BGB. nichtig, wenn als Vertreter der Gesellschaft dabei mitwirkt eine Person, die nach Abs. 2 persönlich für die fragliche Schuld haftet. c) R. **07** 1273 (Frankfurt). Wenn auch gemäß § 11 GmbHG. vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister die Handelnden solidarisch und persönlich haften, weil die Gesellschaft als solche noch nicht besteht, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß namentlich auf die Gesellschaftsbegründung sich beziehende Bestellungen auch in der Weise erfolgen können, daß aus ihnen die künftige Gesellschaft für den Fall ihrer Eintragung berechtigt und verpflichtet werden soll und wird. Ohne Bedeutung ist es hierbei, ob der Gesellschaftsvertrag schon abgeschlossen war oder nicht. Entscheidend ist nur, ob der Handelnde in erkennbarer Weise namens der Gesellschaft die Bestellung gemacht hat und ob er hierzu von den sämtlichen Gesellschaftern oder den schon damals bestellten Organen beauftragt war.

5. Die Haftung aus Abs. 2. a) RheinA. **103** 56 (Cöln). Abs. 2 ist eine auf den Schutz des Verkehrs abzielende Sondervorschrift. Durch Androhung der persönlichen Haftung soll ein den Verkehr gefährdendes Handeln namens der noch nicht entstandenen Gesellschaft erschwert werden. Dafür spricht Fassung und Entstehungsgeschichte. Die Haftung tritt daher auch dann ein, wenn der Mitkontrahent weiß, daß die Gesellschaft noch nicht eingetragen ist. In dem Handeln für die nicht eingetragene GmbH. ist nicht ohne weiteres ein Handeln für die zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes vereinten Gründer zu sehen. Abs. 2 ist dispositiv. b) OLG. **14** 326 (Dresden). Nur ein wirklicher Auftrag zu künftigem Handeln kann die Haftung aus Abs. 2 begründen. Als Handelnder im Sinne des Abs. 2, der den Charakter einer Strafbestimmung trägt, kann jemand nicht nur aus dem Grunde angesehen werden, weil er später fremdes der Vergangenheit angehöriges Tun gebilligt hat. Die Haftung läßt sich in diesem Falle nicht auf allgemeine Rechtsgrundsätze gründen, sondern lediglich aus Abs. 2 herleiten. c) **RG.** BauersZ. **14** 111, HoldheimsMSchr. **07** 46, LeipzZ. **07** 142. R. **07** 69, Abs. 2 enthält eine Sondervorschrift, die nicht aus dem Gesichtspunkte der mangelnden Vertretungsmacht anzusehen ist, auch nicht eine bloße Gewährleistungspflicht begründen will; sie soll vielmehr ein Handeln für die Gesellschaft vor ihrer Eintragung verhüten. Es ist daher für die Haftung aus ihr unerheblich, ob der Dritte die Nichteintragung kannte oder nicht. Abs. 2 ist andererseits kein zwingendes Recht; jedoch kann in der bloßen nachträglichen Genehmigung des Geschäfts durch die Gesellschaft nach dem erwähnten Zwecke der Vorschrift ein Rechtsgrund für das Erlöschen der gesetzlich begründeten Haftung des Handelnden nicht gesehen werden.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

Literatur: Cohn, Das innere Verhältnis zwischen der GmbH. und ihren Gesellschaftern. Berlin 1906.

Allgemeines.

Schiedsgerichtsklausel im Gesellschaftsvertrage.

BauersZ. **14** 64, ElsLothJZ. **31** 499, WürttJ. **19** 9 (Colmar). Bestimmt der Gesellschaftsvertrag, daß Streitigkeiten zwischen der GmbH. und den Gesellschaftern durch ein Schiedsgericht unter Ausschluß des Rechtswegs zu entscheiden seien, so bezieht sich diese Bestimmung im Zweifel nicht auf Rechtsstreitigkeiten ausgeschiedener Gesellschafter.

§ 13. 1. Die GmbH. als juristische Person. a) LeipzZ. **07** 606 (Dresden). Eine GmbH. bleibt durch die Vereinigung der sämtlichen Ge-

sellschaftsanteile in einer Hand in ihrem Bestand unberührt und kann daher auch auf Grund der Entschließungen des einzigen Gesellschafters Abänderungen des Gesellschaftsvertrags erfahren. **b)** OLG. **14** 368 (Hamburg). Die GmbH. ist ihrem rechtlichen Wesen nach gleich der AG. ein Verein i. S. des BGB. Daher bestimmt sich ihre Haftung nach §§ 31, 831 BGB. Danach muß sie dem Kläger deren Schaden ersetzen, soweit nicht § 140 GewUVG. und § 45 BauUVG. die Entschädigungspflicht der Baugewerksberufsgenossenschaft begründet. **c)** **RG.** BauersZ. **13** 255, JW. **06** 403, DJZ. **06** 823. Die GmbH. haftet nicht für die Folgen von Betriebsunfällen, die durch Verschulden ihres Vorstandes herbeigeführt sind. § 136 Abs. 2 GewUVG. läßt sie nur für die durch einen der Liquidatoren herbeigeführten Unfälle haften, und es erscheint unzulässig, diese Haftung durch Heranziehung von §§ 31, 831 BGB. auf den Vorstand auszudehnen.

2. Verwaltungsmaßnahmen gegen die GmbH? **a)** BauersZ. **14** 43, PrVerwBl. **28** 107, ZAktWes. **16** 215, DJZ. **06** 1098 (PrOVG.). Da die GmbH. als solche selbständig Rechte und Pflichten hat, auch vor Gericht klagen und verklagt werden kann, ist nicht abzusehen, weshalb es den Verwaltungsbehörden grundsätzlich versagt sein sollte, in den Grenzen ihrer Zuständigkeit ihre Maßnahmen und Klagen gegenüber der Gesellschaft — anstatt gegenüber den einzelnen Gesellschaftern — zur Geltung zu bringen und umgekehrt. Es ist unrichtig, die Auflösungsklage aus § 62 dieses Gesetzes als einziges Mittel zur Durchführung der gedachten Maßnahmen zu bezeichnen. — Dafür, ob die Voraussetzungen für die Anwendung von § 35 GewO. vorliegen, ist freilich das Verhalten der Gesellschafter maßgebend. **b)** BauersZ. **15** 40. Die Gesellschafter können in Angelegenheiten der GmbH. weder mit polizeilichen Zwangsmaßregeln, noch mit irgendwelchen Kosten herangezogen werden.

3. Die Selbständigkeit der GmbH. hinsichtlich der Besteuerung. **a)** BauersZ. **13** 231, DJZ. **06** 88 (PrOVG.). Die GmbH. ist ein selbständiges Rechtssubjekt, auch wenn ihr nur ein einziges Mitglied angehört. Ihr Verlust ist Verlust der Gesellschaft, nicht ihrer Mitglieder. Die Verringerung des Kaufwerts des Gesellschaftsanteils durch den Verlust ist im Bereiche der Einkommenbesteuerung ebensowenig zu berücksichtigen, wie die Schwankungen im Kurswerte der Aktien. **b)** DJZ. **07** 244 (PrOVG.) Die GmbH. ist ein selbständiges Rechtssubjekt; die Gesellschafter sind vor der Auflösung der Gesellschaft und der Verteilung des Vermögens nicht Eigentümer, auch nicht Miteigentümer des Gesellschaftsvermögens. Dies gilt auch von den geschäftsführenden Gesellschaftern. Eine Erhöhung des Wertes der Geschäftsanteile ist eine nicht einkommensteuerpflichtige Vermehrung des Kapitalvermögens. Für den Inhaber der GmbH. ist steuerpflichtiges Einkommen nur sein Anteil am bilanzmäßigen Gewinne.

4. Haftung bei Stempelhinterziehung. **a)** **RG. 66** 32, BauersZ. **14** 279, JW. **07** 395 Ziff. 19. § 27 RStempG. vom 14. Juni 1900 ist mit Rücksicht auf § 45 dahin zu verstehen, daß, wenn der Veranstalter einer Ausspielung eine juristische Person ist, diese zu bestrafen ist, daß aber bei der durch eine juristische Person, insbes. einer GmbH. bewirkten Veranstaltung einer Ausspielung deren beteiligte Vertreter mit Strafe zu verfolgen sind.

§ 14. Literatur: Neukamp, Die Geschäftsanteile der GmbH., GoldschmidtsZ. **57** 1 ff., 497 ff.

1. Neukamp (vgl. auch JDR. **4** Note zu § 14) aaO. I. Der Geschäftsanteil ist kein Forderungsrecht, sondern ein Inbegriff von Rechten und Pflichten. Er bedeutet ein aliquotes Beteiligungsverhältnis an der Gesellschaft, das in der Regel der Größe der Stammeinlage entsprechen wird, ihr aber nicht notwendig

entspricht, vielmehr im Gesellschaftsvertrag anderweit geregelt sein kann. Er hat keinen Nennwert, wie die Aktie; seine Größe oder sein Wert ist mit Sicherheit nur aus dem Inhalte des Gesellschaftsvertrags zu entnehmen. Es gibt Geschäftsanteile, denen Stammeinlagen nicht entsprechen, und Stammeinlagen, denen Geschäftsanteile nicht entsprechen (29). Der Geschäftsanteil ist keine Sache, kein Wertpapier, die über ihn ausgestellte Urkunde ist schlichte Beweisurkunde (30). Er verkörpert das Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters (31). II. Der Geschäftsanteil wird erworben: a) originär: α. bei Errichtung der Gesellschaft mit dem Moment der Eintragung der in rechtsgültiger Weise errichteten Gesellschaft ins Handelsregister (47), β. bei Kapitalserhöhung: mit der Eintragung des Kapitalserhöhungsbeschlusses (489). Leidet die Übernahmeerklärung oder der Erhöhungsbeschluß an einem formellen oder materiellen Mangel, wird der Beschluß aber gleichwohl eingetragen, so ist er anfechtbar; durch die Eintragung wird die Nichtigkeit nicht geheilt (496). — Die Verpflichtung, bei Gründung der Gesellschaft oder Erhöhung des Kapitals eine Stammeinlage zu übernehmen, ist — entgegen der Ansicht von Staub, Kommentar §§ 2²⁵, 3³⁷, 55²⁸) — gültig nur, wenn sie durch öffentlich beglaubigte Erklärung erfolgt (497 ff.). b) derivativ: α. Teilung s. zu § 17, β. Veräußerung s. zu § 15, γ. Zwangsvollstreckung: der Erwerber erwirbt den Anteil mit dem Zuschlage (§§ 816 f. ZPO., § 156 BGB.); fordert das Statut Übergabe des Anteilscheins, so muß dieses dazu kommen. Ordnet das Gericht freihändige Veräußerung an, so wird der Erwerber durch Abschluß des formfreien Kaufvertrags Inhaber des Anteils (531). Ist die Veräußerung im Gesellschaftsvertrag an die Genehmigung der Gesellschaft gebunden, so ist diese auch bei der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung erforderlich (533). — Über die Rechtsstellung des Erwerbers des Geschäftsanteils gegenüber dem Veräußerer und der Gesellschaft 532 ff. III. Der Geschäftsanteil wird verloren durch a) Veräußerung, b) Verfallerklärung (545 ff.) s. zu § 21, c) Preisgabe des Geschäftsanteils (556 ff.), d) Einziehung (560 ff.). IV. An den Geschäftsanteilen können Nießbrauch und Pfandrecht bestellt werden. Dagegen ist Miete und Leihe ausgeschlossen (hier aA. Staub, Kommentar). Die Verpfändung erfolgt in den Formen der Abtretung (§ 1274 BGB.); das pactum de pignorando ist formlos gültig. Die Verpfändung ist von der Gesellschaft nur zu beachten, wenn sie ihr angezeigt ist. Wird der Pfandschuldner seines Geschäftsanteils wegen Nießentrichtung rückständiger Einlagen verlustig, so ist § 1242 Abs. 2 BGB. entsprechend anzuwenden (563 ff.). — Der Nießbrauch wird in den Formen des § 25 bestellt; das Stimmrecht verbleibt dem Gesellschafter (571). — Der Geschäftsanteil kann auch verpachtet werden; die Verpachtung unterliegt keiner Formvorschrift, muß aber angemeldet werden; die Dividende ist dann dem Pächter zu zahlen; alle anderen Rechte verbleiben dem Verpächter (572).

2. Wesen des Geschäftsanteils. **RG.** LeipzZ. **07** 654. Die Pfändung der Forderungen des Schuldners auf Auszahlung seiner Geschäftseineinlage bei einer GmbH. und seines Gewinnanteils ist nicht Pfändung seines Geschäftsanteils. Dieser ist keine Forderung, sondern ein Mitgliedschaftsrecht mit Rechten und Pflichten.

§ 15. Literatur: BauersZ. **13** 228. Ein Beitrag zur Frage, wann die Abtretung eines Gesellschaftsanteils durch die GmbH. ebenfalls der gerichtlichen und notariellen Beurkundung bedarf. — Das. **14** 205. Die beiderseitige Aufhebung des einen Geschäftsanteil betreffenden Abtretungsvertrags kann formlos und auch stillschweigend geschehen.

1. Allgemeines. a) Neukamp (s. § 14). Das Recht des Gesellschafters auf Veräußerung des Geschäftsanteils ist ein Sonderrecht, kann also

nur durch einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter abgeändert werden (523) Die Form des § 15 braucht beim Abschluß eines Verpfändungsvertrags nicht erfüllt zu werden (524); dagegen muß sie beachtet werden, wenn der Vertrag den Gesellschafter zur Abtretung des Anteils lediglich berechtigt und den Vertragsgegner zur Abnahme verpflichtet (527). Hat ein Gesellschafter sich dem A. rechtswirksam zur Abtretung des Geschäftsanteils verpflichtet, und tritt ihn dann dem B., der den Vertrag mit A. kennt, ab, so ist die Abtretung an B. gleichwohl wirksam (528). b) Cohn 73. Abs. 1 ist dispositiv.

2. Abs. 2. BauersZ. **15** 70 (KG.). Abs. 2 ist zwingenden Rechtes; unzulässig ist die Vereinigung mehrerer Geschäftsanteile zu einer neuen Einheit derart, daß anstatt der satzungsgemäß bestimmten Geschäftsanteile ein oder mehrere neue treten.

3. Abtretung? BauersZ. **14** 137, HoldheimsMSchr. **07** 17, DNotV. **07** 685, R. **07** 193 (Frankfurt). Keine Abtretung erfolgt, wenn das Rechtssubjekt, welches Gesellschafter der GmbH. ist, nur umgeformt wird, so daß zwar seine Gestalt mehr oder weniger verändert wird, seine Identität aber gewahrt bleibt; so bei Umwandlung einer oHG. in eine KG. oder umgekehrt, oder wenn ein Gesellschafter aus der oHG. ausscheidet und der verbleibende Verein oder mit einem neuen das Geschäft fortführt (s. bei HGB. § 131).

4. Tragweite der Formvorschrift. a) Dinglicher, obligatorischer Vertrag. Abtretung durch Nichtgesellschafter. **RG.** BauersZ. **13** 181, **14** 89, BayRpflZ. **06** 316, DNotV. **06** 685, GruchotsBeitr. **50** 1159, HoldheimsMSchr. **06** 114, R. **06** 387. § 15 fordert die gerichtliche oder notarielle Form sowohl für die Anteilsabtretung, den dinglichen Vertrag, als für die Verpflichtung dazu, den obligatorischen Vertrag. Eine Abtretung eines Geschäftsanteils durch einen Nichtgesellschafter ist wirksam, wenn der Gesellschafter eingewilligt hat, und konvaleszïert, wenn er sie nachträglich genehmigt. Ebenso kann sich ein Nichtgesellschafter auch obligatorisch zur Abtretung verpflichten. Aber auch seine Verträge sind der Formvorschrift unterworfen, nur die Einwilligung der Genehmigung der Gesellschafter kann nach § 182 BGB. formlos erfolgen. b) Vorvertrag. **RG.** JW. **07** 487 Ziff. 28, ZAktWes. **17** 187. Der Vorvertrag auf Abtretung eines Geschäftsanteils bedarf gleichfalls der gerichtlichen oder notariellen Form. c) Verpflichtung zur Mitveräußerung. **RG.** BadRpr. **06** 314, BauersZ. **14** 14, HoldheimsMSchr. **06** 230, JW. **06** 401. Daß die Formvorschrift des Abs. 4 auch auf die Verpflichtung zur Abtretung eines Teiles eines Geschäftsanteils sich bezieht, ist selbstverständlich. — Eine Vereinbarung zweier Personen dahingehend, daß A. einen Geschäftsanteil einer GmbH. zu einem den genannten bereits gehörenden hinzuerwerben und B. berechtigt sein soll, nach Verlauf eines Jahres die Übertragung der Hälfte des Gesamtbesitzes auf sich zu fordern, bedarf nach Abs. 4 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. d) Desgl. OLG. **14** 363 (Hamburg). Die im § 15 für die Abtretung eines ganzen Geschäftsanteils gegebene Bestimmung ist nach Sinn und Zweck auch auf die Abtretung eines Teiles anwendbar. Es ist also ein notarieller Vertrag erforderlich, durch den der Gesellschafter den abzutretenden Teil einem anderen überträgt. e) BauersZ. **13** 109 (Colmar). Der Formvorschrift ist nicht nur das Versprechen des Gesellschafters, seinen Anteil abzutreten, sondern auch die Vereinbarung, auf der dasselbe beruht, unterworfen, d. h. also auch die Annahmeerklärung des anderen Vertragschließenden (ebenso ElsLothJZ. **26** 320 [Colmar]). f) Garantieübernahme. α. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 17. Durch den Kaufvertrag über ein Recht verpflichtet sich der Verkäufer, nach § 433 Abs. 1 Satz 2, dem Käufer das Recht zu verschaffen. Der Kaufvertrag über einen Geschäftsanteil fällt daher unter Abs. 4 und bedarf der

gerichtlichen oder notariellen Form. Ermangelt es derselben, so ist er nichtig; der Kaufpreis kann dann nach § 812 BGB. zurückgefordert werden. ß. Frankenberger, SeuffBl. 07 99 ff. Übernimmt der Abtretende eine bestimmte Garantie, z. B. für den inneren Wert oder ein gewisses Erträgnis, so bedarf zur Begründung der Haftung aus einem solchen Garantieversprechen auch die hierauf gerichtete Verabredung der gerichtlichen oder notariellen Form; der Abtretungsvertrag muß alle wesentlichen verabredeten Bestandteile eines solchen Vertrags, also auch z. B. die Garantie für einen bestimmten Wert umfassen. g) **RG.** LeipzZ. **07** 749, R. **07** 839. Dem § 15 untersteht auch die Übertragung der gesamten Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft; es handelt sich dabei um nichts anderes als den Geschäftsanteil. Dagegen mag es sein, daß einzelne Ansprüche auf Gewinn oder Auseinandersetzungsguthaben formlos abgetreten werden können.

5. Veräußerung von Geschäftsanteilen durch die Gesellschaft. a) BayerZ. **13** 134, KGBl. **06** 23, ZAktWes. **07** 226 (KG.). Es ist zweifelhaft, ob § 15 auch den Vertrag einer Formvorschrift unterwerfen will, in dem die Gesellschaft, nicht ein Gesellschafter, zur Abtretung eines Geschäftsanteils sich verpflichtet. Jedenfalls ist formlos gültig ein Vertrag, in welchem die Gesellschaft die Verschaffung eines Geschäftsanteils übernimmt (s. **RG. 50** 43). b) RG. die Entsch. zu a bestätigend. BankA. **6** 273, BayRpflZ. **07** 369, BayerZ. **14** 256, DNotV. **07** 686, LeipzZ. **07** 507, ZAktWes. **07** 118, JW. **07** 370 Ziff. 11, DJZ. **07** 827, R. **07** 839. Die Gesellschaft ist, solange sie nach § 33 erworbene Geschäftsanteile besitzt, ihr eigenes Mitglied und bei der Veräußerung der Anteile den Formvorschriften des § 15 unterworfen. Dies ergibt sich auch aus dem Zwecke des zitierten Paragraphen, der spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen erschweren soll. Seine Nichtausdehnung auf den erwähnten Fall würde Gesetzesumgehungen ermöglichen. In Fällen, wo die Geschäftsanteile auf die Gesellschaft nicht kraft Rechtsgeschäfts, sondern kraft Gesetzes übergehen (§§ 21, 23, 27, 28) (wo das Gesetz von einem Erwerbe „kraft eigenen Rechtes" spricht) mögen allerdings die Formvorschriften des zitierten Paragraphen nicht anzuwenden sein. c) BayerZ. **13** 228. Die Gesellschaft kann formlos Geschäftsanteile übereignen, wenn sie die Veräußerung kraft eigenen Rechtes, d. h. nicht kraft des durch rechtsgeschäftliche Übertragung durch einen Gesellschafter auf sie übergegangenen Rechtes vornimmt; wenn die Rechte und Pflichten hinsichtlich eines Geschäftsanteils ohne ihr Zutun mit der Pflicht der Veräußerung auf sie übergegangen sind. Andernfalls ist auch sie an die Formvorschrift gebunden.

6. Unterbeteiligung. **RG.** BankA. **6** 102, BayerZ. **14** 157, DNot. V. **07** 686, HoldheimsMSchr. **07** 43, LeipzZ. **07** 224, SächsRpflA. **07** 376, Seuff. Bl. **07** 339. Der Kläger hat durch Vertrag von der Beklagten nicht einen Geschäftsanteil erworben, sondern nur vereinbart, daß ihm gegen Entgelt und gegen Übernahme der Verlustgefahr für einen Nennbetrag von 5000 M. der hierauf entfallende jeweilige Gewinn überlassen werde. Hierin liegt ein Unterbeteiligungsvertrag, welcher der Form des Abs. 3 nach dem klaren Wortlaute nicht unterliegt, auch nach der ratio legis, spekulativen Handel mit Anteilen zu verhindern, nicht getroffen werden sollte. Eine Unterbeteiligung ist gegeben nicht nur bei einem Vertrage, der die Abtretung einzelner Ansprüche des Gesellschafters auf Gewinn für einen bestimmten Zeitraum bezweckt, sondern auch dann, wenn der Vertragsgegenstand die Beteiligung am Gewinn und Verlust ohne zeitliche Grenze bildet.

7. Konvaleszenz. a) Abs. 4 Satz 2. **RG. 65** 39, BayerZ. **14** 159, LeipzZ. **07** 140, JW. **07** 153 Ziff. 38. Durch einen gültigen abgeschlossenen Ab-

tretungsvertrag wird der formlos geschlossene obligatorische Vertrag auf Abtretung seinem ganzen Umfange nach gültig, also auch insoweit Gegenleistungen für die Abtretung versprochen sind. — Die Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, bedarf auch hinsichtlich der festgesetzten Gegenleistung der gerichtlichen oder notariellen Form. b) Abs. 5. BauersZ. **13** 133 führt gegen Staub (Komm.) aus, daß die Übertragung der Geschäftsanteile auch durch eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags, nicht nur durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag von einer Genehmigung abhängig gemacht werden kann, da es sich nicht um die Beseitigung eines Sonderrechts der Gesellschafter handelt.

§ 16. 1. Neukamp (zu § 14). Die Anmeldung ist auch dann erforderlich, wenn die Gesellschaft die Veräußerung genehmigt hat. Sie erübrigt sich, wenn die Gesellschaft als Veräußerin zu gelten hat (537). Sie wird nicht ersetzt durch eine anderweit erlangte Kenntnis der Gesellschaft von dem Mitgliederwechsel (541).

2. Anmeldepflicht bei Vererbung. BauersZ. **14** 156. Im Falle der Vererbung braucht der Erwerb des Geschäftsanteils nicht bei der Gesellschaft angemeldet zu werden. Doch kann der Geschäftsführer, wenn er Grund zu Zweifeln an der Berechtigung des angeblichen Erben hat, den Nachweis des Erbrechts fordern.

§ 17. Literatur: Hachenburg, Die Voraussetzungen der Teilung von Geschäftsanteilen einer GmbH. bei Erb- und Gesamtgutsauseinandersetzung, LeipzZ. **07** 705.

1. Teilung und Gemeinschaftlichmachung. Neukamp aaO. Es ist zu unterscheiden zwischen Teilung und Gemeinschaftlichmachung (508). Zu letzterer bedarf es nicht der schriftlichen Genehmigung der Gesellschaft, noch der Beachtung des Abs. 4. Eine Teilung ist zulässig nur dann, wenn ein vollständiger oder teilweiser Mitgliederwechsel mit ihr verbunden ist. Abs. 1 ist zwingend und gilt auch für die Vererbung (arg. Abs. 3) 514.

2. Genehmigung, ihre Erklärung, ihre Voraussetzungen. a) Neukamp aaO. Die Genehmigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Sozialrechts, auf die §§ 130, 182 ff. BGB. entsprechend anwendbar sind (515). Sie kann — in Ermangelung statutarischer Bestimmungen — von dem Geschäftsführer, als dem zur Vertretung berufenen Organ, nur dann wirksam erteilt werden, wenn ein Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter die Teilung genehmigt hat. Ist ein solcher Mehrheitsbeschluß vorhanden, so müssen die Geschäftsführer die Genehmigungsurkunde ausstellen; dazu sind sie auch dann befugt, wenn es sich um die Teilung eines ihnen selbst in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter gehörigen Geschäftsanteils handelt. Das Statut kann aber auch die Erteilung der Genehmigung ausschließlich dem Geschäftsführer übertragen (520). b) Frankenberger, SeuffBl. **07** 101. Genehmigung ist hier gleich Zustimmung i. S. des § 182 BGB. c) **RG. 64** 149, BauersZ. **14** 86, JW. **06** 177, R. **07** 136. Die Genehmigung des Abs. 1 ist gleichbedeutend mit Zustimmung i. S. des § 182 BGB. und kann daher wirksam vor, bei und nach der Abtretung erteilt werden. Nach außen hin genügt die Zustimmung des Geschäftsführers; sie kann erteilt werden auch nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des abtretenden Gesellschafters, und wirkt zurück auf die Zeit der Abtretung. — Abs. 1 wie Abs. 2 beziehen sich sowohl auf den Fall, daß nur ein Teil, wie auf den, daß mehrere Teile eines Geschäftsanteils Gegenstand der Veräußerung sind. d) **RG.** HoldheimsMSchr. **15** 202. Die Genehmigung der Gesellschaft zur Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils wird rechtswirksam durch den Geschäftsführer erteilt. Die Zustimmung der Gesellschafter betrifft nur das innere Verhältnis zum Geschäftsführer. e) KGBl. **06** 23 (KG.).

Die schriftliche Genehmigung der Gesellschaft nach Abs. 1, 2 dieses Paragraphen ist nicht als nachträgliche Zustimmung im technischen Sinne des § 184 BGB. zu verstehen, sie kann sowohl vor, wie nach dem Vollzuge der Abtretung erfolgen. **f)** OLG. **15** 363, BayerZ. **14** 228, R. **07** 69 (Cassel). Die Frage, ob die Genehmigung der Gesellschaft i. S. des § 17 rechtswirksam erteilt ist, wenn die Geschäftsführer sie erteilt haben, ohne daß die Gesellschafter die Bestimmung i. S. des § 46 Ziff. 2 getroffen haben, ist mit Staub, Birkenbihl und Parisius-Crüger gegen Förtsch und Neukamp zu bejahen, nach der Geschichte und dem Charakter der Vorschrift, ihrer Stellung im System und der Möglichkeit der Abänderung durch Gesellschaftsvertrag. Aus § 45 Abs. 2 folgt, daß die §§ 43—51 nur die mangelnden Festsetzungen des Gesellschaftsvertrags ersetzen sollen; daher auch nur die Kraft solcher haben. Die Beschränkung der Vertretungsbefugnis durch sie wirkt gegen Dritte nicht (§ 37 Abs. 2). Daher ist der Vertrag über die Abtretung aus diesem Grunde nicht nichtig.

3. **RG.** BayerZ. **14** 181, DJZ. **06** 710. Ein Gesellschafter, der einen Teil seines Geschäftsanteils einem anderen zediert hat, verletzt seine Vertragspflichten gegen den Zessionar, wenn er bei der nach Abs. 1 dieses Paragraphen erforderlichen Abstimmung mit seinem Anteile gegen Erteilung der Genehmigung stimmt.

4. Über die Form des Vertrags, in dem sich ein Gesellschafter zur Mitwirkung verpflichtet, vgl. Note 4c zu § 15.

5. Abs. 2. BayerZ. **13** 181, R. **06** 387 (Hamm). Dem Abs. 2 ist nicht bereits dadurch genügt, daß sich aus den in der Genehmigungsurkunde enthaltenen Angaben der Betrag der dem Veräußerer verbleibenden Stammeinlage berechnen läßt; es muß vielmehr dieser Betrag ausdrücklich bezeichnet werden. Die Genehmigung wird auch nicht ersetzt durch die Aushändigung der für den Zessionar ausgefertigten Anteilsscheine.

6. Abs. 3 und 4. Hachenburg aaO. Das in Abs. 3 zugelassene Absehen von dem Erfordernisse der Genehmigung bei Teilung kann zwar nicht auf alle Fälle ausgedehnt werden, in denen Mitberechtigte den bisher gemeinsamen Anteil teilen, wohl aber auf die Auseinandersetzung hinsichtlich eines Gesamtguts. — Die Vorschriften der Abs. 3 und 4 müssen auch bei Teilung einer Erbmasse unter den Erben und den an einem Gesamtgute Beteiligten beobachtet werden, und zwar sowohl für das Übereinkommen, als für den Vollzug. Erfolgt die Erbauseinandersetzung durch einen Testamentsvollstrecker, so tritt an die Stelle des obligatorischen Teilungsvertrags unter den Miterben dessen einseitiger Auseinandersetzungsplan; die Übertragung des Geschäftsanteils selbst muß jedoch durch einen beurkundenden Vertrag zwischen Testamentsvollstrecker und Miterben erfolgen.

7. Abs. 4. OLG. **15** 363, BayerZ. **14** 228, R. **07** 69 (Cassel). Die Abtretung eines Teiles eines Geschäftsanteils ist trotz erfolgter Genehmigung durch die Gesellschaft nichtig, wenn in der Abtretungsurkunde der dem Zedenten verbleibende Teil des Geschäftsanteils nicht vermerkt ist.

8. Abs. 6. Neukamp aaO. Eine Teilung, die zum Zwecke der Auseinandersetzung unter Mitberechtigten dergestalt erfolgt, daß aus dem gemeinschaftlichen Geschäftsanteile mehrere selbständige Teile von Geschäftsanteilen gebildet werden, ist eine Veräußerung i. S. des Abs. 6 (510). Vererbung ist jeder Erwerb von Todes wegen (511).

9. Zwangsvollstreckung in Geschäftsanteile. a) Vgl. JDR. **4** Note 1 und oben Note 2 zu § 14. **b)** BayerZ. **14** 92, KGBl. **06** 109 (KG.). Die Pfändung von Geschäftsanteilen ist an sich rechtlich zulässig. Es steht ihr auch nicht entgegen eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, die zur Abtre-

tung die Genehmigung der Gesellschaft fordert. Durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts kann auch gemäß §§ 844, 857 Abs. 5 ZPO. die Veräußerung des gepfändeten Geschäftsanteils angeordnet werden. **c)** OLG. **13** 206, BauersZ. **14** 42 (Cöln). Da bei Pfändungen von Geschäftsanteilen einer GmbH. ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, bedarf es keiner Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die GmbH. (so auch Neukamp, DJZ. **04** 231, **RG. 57** 415).

§ 19. Literatur: BauersZ. **14** 112. Das Stundungsverbot bezüglich der Stammeinlagen schließt nicht aus, daß nicht vollgeleistete Bareinzahlungen erst fällig werden, wenn ein Einzahlungsbeschluß der Gesellschafter ergangen ist.

1. Der Grundsatz der Gleichberechtigung im Abs. 1. **RG. 65** 432, BauersZ. **14** 253, ZAktWes. **17** 106, JW. **07** 371 Ziff. 22. Der Abs. 1 ist nicht formalistisch zu handhaben; er will nur eine sachlich gleiche Behandlung der Gesellschafter; es ist nicht notwendig, daß in der Aufforderung an den einen Gesellschafter erwähnt wird, daß auch die anderen aufgefordert seien. Der erstgenannte kann allerdings hierüber von dem Geschäftsführer Auskunft verlangen, und es kann, bevor er sie erhalten, nicht aus § 21 wegen „verzögerter" Einzahlung gegen ihn vorgegangen werden.

2. Zurückbehaltungsrecht bis zur Lieferung der Anteilscheine? DJZ. **07** 246 (Braunschweig). Durch die Bestimmung der Statuten, daß über die Geschäftsanteile der Gesellschafter Anteilscheine ausgegeben werden sollen, ist kein gegenseitiges Vertragsverhältnis derart begründet, daß die Zahlung der Einlage nur Zug um Zug wegen Aushändigung des Anteilscheins zu erfolgen hätte. Der Gesellschafter hat auch kein Zurückbehaltungsrecht. Ein solches ist, mit Ausnahme des im § 19 erwähnten, nicht gegeben.

3. Das Verbot der Stundung. a) BauersZ. aaO. Ist der Zeitpunkt, in dem die Einlage zu zahlen ist, im Gesellschaftsvertrage nicht bestimmt, so werden sie fällig erst durch einen Beschluß der Gesellschafter nach § 46 2; vorher kann von einer Stundung der Einlage i. S. des Abs. 2 § 19 nicht die Rede sein. **b)** OLG. **4** 364, R. **07** 584 (Colmar). Aus Abs. 2 folgt, daß die Stammeinlagen nicht in ein zwischen Gesellschaft und Gesellschafter geführtes Kontokurrent eingestellt werden dürfen. Die Einstellung enthält eine Stundung, die Verwandlung der selbständigen Forderung in einen Rechnungsposten und ev. die Herbeiführung einer unzulässigen Aufrechnung. Die Selbständigkeit der Stammeinlageforderung muß gewahrt bleiben, da ihre Verrechnung zu einer Verschleierung der Bilanz führen würde; denn bei Verrechnung wäre nicht ersichtlich, wieviel auf das Stammkapital noch nicht eingezahlt ist.

4. Das Verbot der Aufrechnung. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 2, **4** Note 2. **RG.** BauersZ. **13** 87 = JDR. **4** Note 2. **b)** LeipZ. **07** 606 (Dresden). Das im § 19 Abs. 2 GmbHG. bestimmte Aufrechnungsverbot schließt nicht aus, daß Forderungen der Gesellschaft als Sacheinlage übernommen und eingebracht werden. **c) RG.** LeipzZ. **07** 826, JW. **07** 845 Ziff. 27. Der Gesellschafter konnte in concreto die ihm obliegende Verpflichtung zur Leistung einer Einlage dadurch erfüllen, daß er mit Zustimmung des Geschäftsführers liquide Forderungen von Gesellschaftsgläubigern befriedigte zu einer Zeit, da die Gesellschaft solvent war.

§ 20. Verzugszinsen. Neukamp aaO. Die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen hat zur Voraussetzung lediglich die Einforderung der Leistungen auf die Stammeinlage. Diese kann durch das Statut erfolgen, oder durch Beschluß der Gesellschafter; im letzteren Falle muß noch eine Ladung hinzukommen (547).

§ 21. Literatur: BauersZ. **14** 154. Maßnahmen des Geschäftsführers, wenn der Inhaber eines nicht voll bezahlten Stammanteils in Konkurs gerät.

1. Verzug bei Sacheinlagen. RheinA. **102** 125 (Cöln). Das Kaduzierungsverfahren nach § 21 ist nur zulässig, wenn ein Gesellschafter die nach dem Gesellschaftsvertrage geschuldete Geldeinlage nicht rechtzeitig leistet, nicht wenn es sich um eine Sacheinlage handelt.

2. Konkurs des Gesellschafters. BayersZ. aaO. § 21 gilt auch dem in Konkurs verfallenen Gesellschafter gegenüber; die Zahlungsaufforderung ist an den Konkursverwalter zu richten.

3. Die Erfordernisse des § 21. Neukamp (s. zu § 14). a) Da die „erneute Aufforderung" eine mit besonderen Formen und Folgen umkleidete Mahnung ist, so erscheint ihre Wirksamkeit davon abhängig, daß sie dem Gesellschafter wirklich zugeht. Das Vorhandensein des Posteinlieferungsscheins und der Fristablauf genügt jedoch zum Erlasse des Kaduzierungsbeschlusses. Ist der Brief unbestellbar, so muß nach § 132 BGB. vorgegangen werden. Nimmt der Gesellschafter ihn nicht an, so gilt er gleichwohl als zugegangen (**RG. 60** 336). Die Erwägungen, die **RG. 60** 114 dazu führen, bei § 51 dieses Gesetzes die Absendung des Briefes genügen zu lassen, treffen für § 21 nicht zu (551 ff.). b) Die Ausschlußerklärung wird wirksam mit der Abgabe, also mit dem Augenblick, in welchem sie zur Post gegeben wird; wird vorher der Einlagerückstand eingezahlt, so darf sie nicht abgesandt werden (553 f.).

4. Beginn der Fristen. **RG.** Gruchots Beitr. **50** 1163, BayersZ. **14** 91. Für die Zahlungsaufforderung und die Verlusterklärung ist entscheidend der Tag, an welchem der eingeschriebene Brief der Post zur Beförderung übergeben wurde.

§ 22. BadRpr. **07** 16 (LG. Mannheim). Der erste Vormann eines ausgeschlossenen Gesellschafters haftet für die Zahlung seiner Stammeinlage, ohne daß die Gesellschaft beweist, der ausgeschlossene Gesellschafter könne nicht bezahlen.

§ 24. Literatur: Hachenburg, Die Ausdehnung der Gesamthaftung der Gesellschafter bei der GmbH., DJZ. **07** 685 ff. — Marcus, Erstreckt sich die Haftung der Gesellschafter einer GmbH. auch auf den Ausfall einer Stammeinlage zufolge Ungültigkeit des Beitritts des diese übernehmenden Gesellschafters? ZBlFG. **7** 512.

1. Die Gesamthaftung bei Ungültigkeit des Beitritts eines Gesellschafters? a) Marcus aaO. bejaht die Titelfrage, entgegen Staub-Hachenburg (2) 37. Die Gesellschafterhaftung aus dem zitierten Paragraphen ist keine solche des Bürgschaftsrechts, sondern eine Garantiehaftung nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags. Sie setzt eine Schuld nicht voraus, sondern gipfelt in der Erfolgszusage gegenüber dem Publikum dahin, daß die im Gesellschaftsvertrage vorgesehene Kreditbasis der GmbH. auch wirklich beschafft wird. Sie umfaßt nicht nur die Insolvenz von Mitgesellschaftern, sondern ohne Kausalitätsunterscheidung hinsichtlich der entfallenden Stammeinlage die Integrität der Stammeinlage als solche. Eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, welche die Haftung für den in der Überschrift vorgesehenen Fall ausschlösse, wäre nichtig. b) Hachenburg aaO. Die Bestimmung des § 24 beschränkt sich auf die Fälle der Unbeibringlichkeit einer Einlage, sie umfaßt nicht die der rechtlichen Unwirksamkeit der Beitrittserklärung eines Gesellschafters. Sie setzt einen Zahlungspflichtigen voraus; auch daraus, daß sie eine Verwertung des nicht eingezahlten Geschäftsanteils als Bedingung der Haftung setzt (§ 23), folgt, daß sie eine gültige Einlagepflicht voraussetzt. Eine analoge Ausdehnung der strengen Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus ist unzulässig; dafür spricht auch, daß sie nur für die Geld-, nicht für Sacheinlagen gilt.

2. Haftung bei Kapitalserhöhung. OLG. **14** 365, BayersZ. **14** 228, PucheltsZ. **37** 660 (Karlsruhe). Für die Ausfälle haften die übrigen Gesell-

schafter. Ist das Kapital nachträglich erhöht und hat ein Gesellschafter einen Anteil bei der Erhöhung nicht übernommen, so haftet er gleichwohl für etwaige Ausfälle bei Einziehung der Einlagen auf das erhöhte Kapital. Diese strenge Auslegung entspricht dem Grundgedanken des Gesetzes, welches in der Gesamthaftung der Gesellschafter für die Einzahlung des Grundkapitals eine Garantie für die Gläubiger der Gesellschaft schaffen will. Es ist auch nicht anzunehmen, daß § 24 sich nur auf die bei der Gründung übernommenen Stammeinlagen bezieht.

3. Voraussetzung des Anspruchs auf den Fehlbetrag. OLG. **13** 25, BauersZ. **13** 275, R. **06** 572 (Cöln). Der zitierte Paragraph setzt voraus, daß die Einziehung der Stammeinlage von dem Zahlungspflichtigen und der Verkauf seines Anteils aussichtslos erscheinen; nicht erforderlich ist, daß alle nur möglichen Versuche in diesen Richtungen gemacht sind, insbes. die Zwangsvollstreckung erfolglos versucht worden ist. Gegen die Forderung aus diesem Paragraphen ist die Aufrechnung unzulässig (arg. § 19²). Der entgegengesetzten auf § 25 sich stützenden Ansicht Staubs ist nicht beizutreten.

§ 26. Literatur: BauersZ. **14** 112. Die Verwendung geleisteter Nachschüsse zu Abschreibungen und Verlustdeckung, so daß das Nachschußkonto aus den Passiven verschwindet, erfordert die Zustimmung aller Gesellschafter.

BauersZ. aaO. Nachschüsse sind in der Regel rückzahlbar (§ 30 Abs. 2) und gemäß § 42 als Passivposten in die Bilanz einzustellen. Sollen sie zur Verlustdeckung oder zu Abschreibungen derart verwendet werden, daß ein Schuldverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ganz aufgehoben wird, und das Nachschußkonto aus der Bilanz verschwindet, so greift § 53 Abs. 3 Platz, da hierin eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen zu finden ist.

§ 27. Neukamp (s. zu § 14). a) Aufforderung und Preisgabeerklärung, s. Anm. 2 zu § 21. b) Die Frist des Abs. 2 läuft vom Tage der Abgabe der Erklärung, nicht, wie Staub meint, von dem Tage, wo sie zugegangen ist, ab (539).

§ 29. 1. BauersZ. **13** 273. Die §§ 29—31 verbieten nicht, Gründerprovisionen an Nichtgesellschafter zu zahlen. Gleichgültig ist auch, ob der Nichtgesellschafter später einen Geschäftsanteil erwirkt.

2. Kosten der Bilanzabschriften. OLG. **14** 369 (Jena). Die Gesellschaft ist berechtigt, die Kosten für die Abschrift der Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung von dem Gesellschafter erstattet zu verlangen, wenn der Gesellschafter selbst schuld daran hat, daß besondere Aufwendungen nötig werden, um ihm die Kenntnis von den Geschäftsergebnissen zu verschaffen.

§ 34. Vgl. Neukamp Note 1 zu § 14.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 35. Literatur: BauersZ. **13** 84. — Das. **13** 179. — Das. **13** 228. Wann muß ein Geschäftsführer oder Liquidator am Gesellschaftssitze seinen ständigen Aufenthalt nehmen? — Das. **14** 40. Die Haftung der GmbH. für schadenstiftende Handlungen und Unterlassungen ihrer Geschäftsführer. — Das. **14** 204. Der durch eine Konkurrenzklausel nicht gebundene Geschäftsführer kann sofort nach seinem ordnungsgemäßen Ausscheiden die erlangten Kenntnisse weiter verwerten, und auch ein Konkurrenzunternehmen betreiben. — Das. **14** 276. — Das. **14** 278. — Das. **15** 14. — Das. **15** 16. — Das. **15** 34. Welche Wirkungen hat die Bestreitung von Neuanschaffungen aus den Betriebsmitteln auf den Reingewinn und auf die Tantième des Geschäftsführers? — Das. **15** 59.

1. Das Verhältnis des Geschäftsführers zur Gesellschaft. a) Allgemeines. BauersZ. **15** 59. Der Geschäftsführer ist nicht

Handlungsgehilfe. **b)** Wohnort des Geschäftsführers. BauersZ. **13** 228. In Ermangelung besonderer Vereinbarungen ist anzunehmen, daß die Parteien beabsichtigten, daß der Geschäftsführer am Gesellschaftssitze Wohnung nehme, wenn seine gesamte Tätigkeit durch seine Stellung in Anspruch genommen und ihm eine entsprechende Vergütung gewährt wird; in diesem Falle kann der Aufsichtsrat bzw. die Gesellschafterversammlung verlangen, daß er da domiziliert, wo das Hauptfeld der von ihm zu leistenden Tätigkeit liegt. Anders wenn seine Tätigkeit lediglich als Nebenbeschäftigung zu beurteilen ist. **c)** Beendigung des Dienstverhältnisses durch Konkurs der GmbH. BauersZ. **15** 14. Das Dienstverhältnis und die Einkommensbezüge des Gesellschafters mbH. erlöschen durch den Gesellschaftskonkurs. **d)** Wichtiger Kündigungsgrund für den Geschäftsführer. BauersZ. **13** 84. Der Geschäftsführer hat einen wichtigen Grund zur Kündigung seines Anstellungsverhältnisses (§ 626 BGB.), wenn die Gesellschaft, die ihn zur verantwortlichen Leitung ihres technischen Betriebs engagiert hatte, ihm die Ausübung seines Amtes verbietet. **e)** Desgl. BauersZ. **15** 16. Eine nachträgliche Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse berechtigt den Inhaber des Geschäftsführeramts zum kündigungslosen Ausscheiden. **f)** Desgl. BauersZ. **15** 59. Der Geschäftsführer einer aufgelösten GmbH. braucht nicht in die Dienste desjenigen zu treten, der das Unternehmen fortsetzt. **g)** Unberechtigte Dienstweigerung. BauersZ. **13** 179. Eine GmbH. wandelte sich in eine AG. um. Ihr Geschäftsführer, dessen Kontrakt noch 5 Jahre lief, weigerte sich, in die Dienste der AG. überzutreten, obwohl diese ihm günstigere Bedingungen bot, als er bisher hatte, weil er keinen Aufsichtsrat über sich haben wollte, hielt seine Dienste vielmehr zur Verfügung der Gesellschafter und machte seine Gehaltsansprüche an sie geltend. Sein Anspruch ist nach § 615 Satz 2 BGB. zurückzuweisen. **h)** Schadensersatzanspruch der GmbH. bei unberechtigter Kündigung. BauersZ. **14** 278. Der vorzeitige unbegründete Austritt eines Geschäftsführers berechtigt die Gesellschaft, den durch die nötig gewordene Änderung in der Disposition entstandenen Schaden geltend zu machen. **i)** Konkurrenzklausel. BauersZ. **13** 206. Wenn eine GmbH., die Holzschrauben anfertigt, ihrem Geschäftsführer beim Eintritt ein Konkurrenzverbot bei Vermeidung einer Vertragsstrafe auferlegt, dann die Holzschraubenfabrikation aufgibt und einen anderen Fabrikationszweig pflegt, verfällt die Konventionalstrafe mangels Interesses der Gesellschaft nicht, wenn der ausgeschiedene Geschäftsführer das Konkurrenzverbot durch Betrieb der Holzschraubenfabrikation übertritt.

2. **RG.** BauersZ. **13** 130 = JDR. **4** Note 2.

3. KG., GoldschmidtsZ. **58** 318, KGJ. **29** A 95 = JDR. **4** Note 3.

4. Gesellschafter als Geschäftsführer. Sonderrecht? **a)** BauersZ. **14** 180, HessRspr. **6** 169 (Darmstadt). Daraus, daß ein Gesellschafter bei Errichtung der Gesellschaft zum Geschäftsführer bestellt ist, folgt nicht, daß ihm diese Stellung in seiner Eigenschaft als Gesellschafter übertragen sei, und daher verbleiben müsse, solange er Gesellschafter sei. Im Zweifel ist anzunehmen, daß die Berufung zum Geschäftsführer nur bei Gelegenheit der Gründung erfolgt ist und keinen Bestandteil des Gesellschaftsvertrags bildet. Die Stellung des Geschäftsführers kann daher nach allgemeinen Grundsätzen auch ohne Abänderung des Gesellschaftsvertrags gekündigt werden. **b)** BauersZ. **14** 276 (Hamm). Der Geschäftsführer war zu seinem Amte in dem Gesellschaftsvertrage berufen, in dem der Widerruf gemäß Abs. 2 auf wichtige Gründe beschränkt war. Nachträglich wurde gegen seinen Willen diese Bestimmung mit statutengemäßer Majorität geändert und er entlassen. Er kann diesen Beschluß in seiner Eigenschaft als Gesellschafter nur anfechten, wenn ihm die Beschränkung

des Widerrufs als Sonderrecht zugebilligt war. Dies ist im Zweifel nicht anzunehmen. c) BauersZ. **14** 276 bekämpft diese Auffassung; maßgebend ist der Anstellungsvertrag, dessen wesentlicher Bestandteil die Unwiderruflichkeit geworden ist; sie kann nicht einseitig abgeändert werden.

5. Kontrahieren mit sich selbst. a) Vgl. JDR. **4** Note zu § 44. b) KGJ. **26** 100, BauersZ. **13** 109 (KG.). Es steht nichts im Wege, daß der Geschäftsführer einer GmbH. im eigenen Namen mit der Gesellschaft, vertreten durch seine Stellvertreter, kontrahiert. c) **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 18, BauersZ. **13** 130. Es steht nichts im Wege, daß der Geschäftsführer von der Generalversammlung stillschweigend ermächtigt wird, im Namen der GmbH. mit sich selbst zu kontrahieren.

6. Gesamtvertretung. BauersZ. **15** 62, ElsLothJZ. **32** 545, ElsLoth. NotZ. **27** 321 (Colmar). Tritt einer von zwei mit Kollektivvertretungsbefugnis ausgestatteten Liquidatoren zurück, so gewinnt damit allein der andere Liquidator noch nicht die Befugnis zur Einzelvertretung der Gesellschaft; bis zur Erteilung der Einzelvertretungsbefugnis an ihn oder Ernennung eines neuen Liquidators fehlt es an einem zur Vertretung befugten Organe.

7. Beschwerderecht bei Gesamtvertretung. BauersZ. **15** 48, OLG. **15** 243 (Colmar). Nach Abs. 2 i. V. mit § 208 KO. ist jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator zum Konkursantrage berechtigt; er muß also auch für sich berechtigt sein zur Abwehr eines solchen von einem Gläubiger gestellten Antrags; mithin auch zur Beschwerde gegen den Konkurseröffnungsbeschluß auf Grund solchen Antrags.

8. Antrags- und Beschwerderecht der Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten. a) RJA. **8** 199, ZBlFG. **8** 98 (KG.). Dem einzelnen Gesellschafter als solchem steht in Registerangelegenheiten der Gesellschaft regelmäßig ein Antrags- und Beschwerderecht nicht zu. b) OLG. **14** 366, RJA. **8** 210, R. **07** 132, ZBlFG. **8** 107 (KG.). Von diesem Grundsatz ist eine Ausnahme für den besonderen Fall der Stellung von Anträgen aus § 29 BGB. zuzulassen; der einzelne Gesellschafter ist zur Stellung solcher Anträge, zur Beschwerde im Falle der Ablehnung, ferner zur Stellung von Anträgen auf Rückgängigmachung solcher Bestellung u. ähnl. legitimiert. c) Vgl. Note 2 zu § 54.

§ 37. BauersZ. **13** 254. Wann ist der Geschäftsführer gehalten, sich des Einverständnisses einer dritten Person bei der Vornahme von Rechtsgeschäften zu sichern? Das. **14** 178. Das Verhältnis der Geschäftsführer zu den gefaßten Versammlungsbeschlüssen der GmbH. Das. **14** 178. Der Geschäftsführer hat die Versammlungsbeschlüsse der Gesellschafter zu beachten, falls sie nicht dem Gesetz oder dem Statute zuwiderlaufen.

§ 38. Vgl. die Noten zu § 35.

§ 40. Zeichnung der Liste. GoldschmidtsZ. **60** 506 (KG.) = JDR. **4** Note zu § 40.

§ 41. Literatur: Plutus **07** 312. Die Bilanz der GmbH. — Oppenheimer, Haftpflicht und Bilanzpublikation, Plutus **07** 332.

Publikationspflicht. 1. Plutus aaO. Die Gesellschafter sind verpflichtet, die von ihnen aufgestellte Bilanz zu veröffentlichen, einerlei, ob sie genehmigt ist oder nicht. Andererseits könnten sie durch Schaffung künstlicher Differenzen mit der Gesellschafterversammlung das Gesetz umgehen. Die Nichtveröffentlichung zieht eine Schadensersatzpflicht nicht nach sich. Darum empfiehlt sich eine Verstärkung der Befugnisse des Registerrichters.

2. Oppenheimer aaO. führt aus, daß die die Veröffentlichung unter-

lassenden Geschäftsführer sich aus § 823 Abs. 2 BGB. schadensersatzpflichtig machen.

3. Abs. 4. HoldheimsMSchr. **06** 338 teilt Marcus eine registergerichtliche Entscheidung mit, wonach die Bilanz der GmbH. nicht bereits dann veröffentlicht werden muß, wenn im Gesellschaftsvertrag u. a. Bankgeschäfte als Gegenstand des Unternehmens angeführt sind, sondern nur dann, wenn wirklich Bankiergeschäfte gemacht werden.

§ 42. 1. Frankenberger, SeuffBl. **07** 99. Eigene erworbene Stammanteile dürfen gemäß § 40 BGB. nur zu dem wahren inneren Werte in die Bilanz eingestellt werden.

2. **RG.** GoldschmidtsZ. **58** 320 = JDR. **4** Note 2.

§ 45. Literatur: Wehrmann, Die Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafter einer GmbH. durch einen Einzelgesellschafter, KGBl. 06 61 ff. — BauersZ. **13** 109. — Das. **13** 274. — Das. **15** 16. Zur Frage, wann der ausscheidende Gesellschafter das Anfechtungsrecht von Versammlungsbeschlüssen verliert. — Das. **15** 60 (s. Note 2c).

1. Anspruch eines Gesellschafters auf Abschriften der Bilanz usw. OLG. **14** 369, BauersZ. **14** 253 (Jena). Die GmbH. erkannte den Anspruch ihres Gesellschafters auf Abschrift der Bilanz nebst Gewinn- und Verlustrechnung an, machte aber die Erteilung der Abschriften von vorheriger Erstattung der Kosten abhängig. Hierzu ist sie berechtigt, da der Gesellschafter durch sein Verschulden die Ladung zu der Generalversammlung in der die Bilanz usw. vorgelegt worden ist, unmöglich gemacht hat.

2. Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen. **a)** Allgemeines. α. Wehrmann aaO. Das Anfechtungsrecht des einzelnen Gesellschafters ist ein Ausfluß seiner individuellen Rechtsstellung gegenüber dem Gesellschaftskörper; es ist gerichtet gegen gesetz- und statutenwidrige Beschlüsse der Gesellschafter. Die Anfechtungsklage ist Leistungsklage; das Urteil bewirkt die erstrebte Rechtsänderung unmittelbar. Die Klage muß gerichtet sein gegen die Gesellschaft und gegen so viele der an dem Zustandekommen des anzufechtenden Beschlusses beteiligten Gesellschafter, als zu der Bildung der siegreichen Mehrheit erforderlich waren. Haben z. B. von 15 Gesellschaftern 12 für den Beschluß, 3 dagegen gestimmt, so brauchen nur 8 von den 12 verklagt zu werden. Mit der Anfechtungsklage kann die Feststellungsklage dahin, daß der Beschluß nichtig sei, verbunden werden. β. BauersZ. **13** 274. Eine Anfechtungsklage braucht nur gegen die GmbH. gerichtet zu werden, nicht auch gegen die Urheber des anzufechtenden Beschlusses. γ. Cohn (vor § 13) 84 schließt sich 1 mit Modifikation 2 an. **b)** Anfechtung nach Ausscheiden. BauersZ. **15** 16. Der Gesellschafter ist nach seinem Ausscheiden zur Fortsetzung eines Anfechtungsprozesses nur insoweit noch legitimiert, als er ein begründetes Interesse an der Vernichtung eines gesetz- und statutenwidrigen Beschlusses hat. **c)** Anfechtung eines vor dem Eintritte des Anfechtenden gefaßten Beschlusses. BauersZ. **15** 60. Der Erwerber eines Geschäftsanteils ist zur Anfechtung eines vor dem Erwerbe gefaßten ungesetzlichen Versammlungsbeschlusses befugt. **d)** Widerspruch gegen die Eintragung des anzufechtenden Beschlusses ins Handelsregister. RJA. **7** 241, BauersZ. **14** 137 (Hamburg). Der Gesellschafter, welcher gegen einen Gesellschaftsbeschluß Widerspruch erhoben hat, ist nicht berechtigt, gegen die Eintragung dieses Beschlusses ins Handelsregister Beschwerde einzulegen. **e)** Keine Anfechtungsfrist. BauersZ. **13** 109 führt des näheren aus, daß für die Anfechtung von Versammlungsbeschlüssen einer GmbH. im Klagewege keine Ausschlußfrist besteht.

§ 46. Ziff. 8. a) RIA. 8 210, OLG. 14 366, R. 07 132, ZBlFG. 8 107 (KG.). Nr. 8 gilt für sämtliche gegen Geschäftsführer anzustrengende Prozesse, auch wenn diese dabei der Gesellschaft als Dritte gegenüberstehen. b) Über die Vertretung im Prozesse vgl. auch KG. Note 2 d vor § 1.

§ 47. Literatur: Hachenburg, Der Ausschluß des Stimmrechts bei der GmbH., LeipzZ. 07 460. — Marcus, Darf der Gesellschafter einer GmbH., dessen Bestellung zum Geschäftsführer in Frage steht, bei dem Beschlusse hierüber mitwirken? Darf der Registerrichter die Eintragung eines so gewählten Geschäftsführers wegen Protestes eines Gesellschafters verweigern? HoldheimsMSchr. 06 313. — BauersZ. 14 252 (s. Note 1).

1. Verträge über die Abstimmung. BauersZ. 14 252. Ein Vertrag, durch den sich ein Gesellschafter einem Konkurrenten der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, nach dessen Weisungen in den Generalversammlungen das Stimmrecht zu gebrauchen, ist unwirksam.

2. Ausschluß des Stimmrechts. a) Hachenburg aaO. Die Rechtsgeschäfte, von denen Abs. 4 spricht, sind nur solche, welche die Gesellschaft dem Gesellschafter als Dritten gegenüber vornimmt; dagegen bezieht sich Abs. 4 Satz 2 nicht auf die Ordnung der inneren Angelegenheiten der Gesellschaft. Bei diesen ist im Einzelfalle zu prüfen, ob die Ausübung des Stimmrechts ein Mißbrauch gegen Treu und Glauben ist; bejahendenfalls ist der Gesellschafter von der Abstimmung ausgeschlossen. Dieser Maßstab ergibt sich aus der Erwägung, daß Abs. 4 Satz 1 nur ein Teil des allgemeinen Prinzips ist, das den Mißbrauch des zum Zwecke der Gesellschaft gegebenen Rechtes auf Mitwirkung bei ihren Lebensfunktionen verbietet. Die Vorschrift des Abs. 4 kann gemäß § 45 durch Gesellschaftsvertrag abgeändert werden; aber auch dann tritt jener Grundsatz in Kraft. b) Marcus aaO. Die Beschlußfassung aus § 46 ^{5} fällt nicht unter § 47 ^{4}. Es handelt sich nicht um ein Rechtsgeschäft mit einem Gesellschafter, sondern um den socialrechtlichen Akt der Organbildung für die GmbH. c) **RG. 64** 14, BauersZ. **16** 14, JW. **06** 576. Abs. 4 verbietet nicht, daß eine oHG., deren einer Teilhaber durch die Beschlußfassung entlastet werden soll, an der Abstimmung teilnimmt; gleichgültig ist auch, ob sie durch den zu entlastenden abstimmt, wenn dieser nur befugt ist, sie zu vertreten.

3. Über die Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen vgl. Note 2 zu § 45.

§ 51. **RG.** GoldschmidtsZ. **58** 322 = JDR. **4** Note 1.

§ 52. Literatur: BauersZ. **13** 156. Die Amtsdauer des zweiten und jedes folgenden Aufsichtsrats bei GmbH. falls der Gesellschaftsvertrag nichts bestimmt. — Das. **14** 135. Ein Aufsichtsratsmitglied kann zum Geschäftsführer oder Prokuristen der GmbH. bestellt werden. Voraussetzung ist aber, daß durch das Statut des § 248 HGB. außer Anwendung gesetzt ist. — Das. **14** 280. Zur Frage der Beseitigung des Aufsichtsrats bei GmbH.

1. Der Aufsichtsrat als Schiedsrichter zwischen Gesellschaft und Gesellschafter. OLG. Karlsruhe, BauersZ. **14** 281 vgl. oben zu § 246 HGB.

2. **RG. 57** 205, JW. **04** 266 = JDR. **4** Note 1.

3. Abschaffung des Aufsichtsrats. a) DJZ. **07** 601, BauersZ. **14** 214 (KG.). Der Aufsichtsrat ist, wenn er einmal bestellt ist, als dauernd organische Einrichtung der Gesellschaft gewollt und eingesetzt. Deshalb müssen zu seiner gültigen Abschaffung entweder wichtige Gründe vorliegen, oder es muß Einstimmigkeit für den Beschluß der Gesellschafter verlangt werden. b) BauersZ. **14** 280 polemisiert gegen die Entscheidung des KG. (Note 1), daß ein vorhandener Aufsichtsrat nur dann mit Dreiviertel-Majorität beseitigt werden könne, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen. Die Beseitigung des Aufsichtsrats stellt sich als Statutenänderung dar und unterliegt den Bestimmungen für diese; die Ein-

führung eines Aufsichtsrats begründet aber kein Individualrecht auf seine Beibehaltung. c) BayerZ. aaO. Der Aufsichtsrat kann jederzeit durch einfachen Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter abgerufen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag die Amtsdauer nicht festgelegt. Für letzteren Fall ist § 243 Abs. 4 HGB. heranzuziehen.

4. Der Aufsichtsrat nach innen und außen. RJA. **6** 190, BayerZ. **13** 157, KGJ. **31** A 197, OLG. **12** 431, ZBlFG. **6** 709 (KG.). Bei Beurteilung der Rechtshandlungen des Aufsichtsrats ist naturgemäß zwischen seiner inneren Geschäftsführung und seinem Auftreten nach außen zu unterscheiden. Wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, kann nach außen der Aufsichtsrat, wie bei der AG., nur kollektivisch unter Mitwirkung aller Mitglieder handeln. Dies ist selbst dann erforderlich, wenn für das innere Verhältnis nach dem Gesellschaftsvertrag ein Mehrheitsbeschluß genügt. Diejenigen Mitglieder, die nicht bei der Beschlußfassung mitgewirkt oder dissentiert haben, können durch Klage zur Mitwirkung bei Kundbarmachung des Beschlusses nach außen genötigt werden.

Vierter Abschnitt. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

§ 53. 1. Änderungen, wenn nur ein Gesellschafter vorhanden. Marcus teilt, HoldheimsMSchr. **06** 203, eine Entscheidung mit, wonach, entgegen Neukamp und Gierke, ein Gesellschafterbeschluß i. S. des § 53 auch dann möglich ist, wenn nur ein Gesellschafter vorhanden ist.

2. Bedingte Auflösung. **RG. 65** 264, BayerZ. **14** 231, DNotV. **7** 687, JW. **07** 31 Ziff. 21. Die Auflösung der Gesellschaft kann unter einer Bedingung oder Befristung beschlossen werden; ein solcher Beschluß stellt sich aber, anders wie der einfache Aufhebungsbeschluß als Abänderung des Gesellschaftsvertrags dar, und bedarf zu seiner Gültigkeit der Form des § 53 ² und der Eintragung ins Handelsregister nach § 54.

3. Ermächtigung des Aufsichtsrats zu Änderungen. BayerZ. **14** 59. Den Geschäftsführer oder den Aufsichtsrat mit Vornahme der vom Registerrichter gewünschten Änderungen des Gesellschaftsvertrags oder eines einzutragenden Beschlusses zu beauftragen, ist ungültig. § 274 Abs. 1 HGB. gilt für die GmbH. nicht.

4. Änderungen des Gesellschaftsvertrags während der Liquidation. Vgl. u. zu § 70.

5. Abs. 3. **a)** Vgl. JDR. **4** Note 1, 2. **b)** BayerZ. **13** 110. Zu einer Herabsetzung des Nennbetrags der Stammeinlage zur Tilgung einer Unterbilanz bedarf es nicht nur der Beobachtung der Vorschriften über Änderung des Gesellschaftsvertrags, sondern weitergehend gemäß § 34 der Zustimmung aller Gesellschafter.

§ 54. 1. Wiedemann, Ideale Vereine 636. Diese Eintragung hat rechtsbegründende Wirkung (vgl. § 21 BGB.).

2. Beschwerderecht der Gesellschafter. **a)** Vgl. Note 8 zu § 35. **b)** RJA. **7** 241, KGJ. **32** A 315 (Hamburg). Gegen die Eintragung von Beschlüssen der Gesellschafter in das Handelsregister steht einem Gesellschafter, der dem Beschlusse widersprochen hat, eine Beschwerde nicht zu, jedenfalls dann nicht, wenn es sich nicht um einen Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften handelt. Das Beschwerderecht setzt voraus, daß eine Verfügung des Registerrichters vorliegt, welche ein Recht des Beschwerdeführers verletzt. Beide Voraussetzungen fehlen. In der Anordnung der Eintragung liegt keine „Verfügung" des Registerrichters; auch beeinträchtigt gegebenenfalls nicht die Eintragung, sondern nur der Beschluß selbst die Rechte der Gesellschafter.

§ 55. 1. Übernahme durch Bevollmächtigte. a) Vgl. JDR. **4** Note 3, 4. b) Neukamp, GoldschmidtsZ. **57** 485. Der Bevollmächtigte bedarf zur Abgabe der Übernahmeerklärung einer öffentlich beglaubigten Vollmacht. § 2 Abs. 2 ist entsprechend anzuwenden, da die Kapitalserhöhung ihrem Wesen nach eine Art Neugründung auf veränderter Kapitalsbasis ist.

2. Notwendiger Inhalt des Erhöhungsbeschlusses, BauersZ. **14** 254, LeipzZ. **07** 843 (Dresden). Neben dem Beschlusse der Gesellschafter auf Erhöhung des Stammkapitals bedarf es nicht noch eines besonderen Beschlusses auf (redaktionelle) Abänderung des Gesellschaftsvertrags.

§ 56. 1. Aufrechnung? **RG. 62** 425, BauersZ. **13** 230, GoldschmidtsZ. **60** 508, JW. **06** 364, R. **06** 696. Im Falle der Erhöhung des Stammkapitals ist die Aufrechnung gegenüber der Forderung auf Einzahlung der erhöhten Stammeinlage ausgeschlossen. Daraus, daß im Abs. 2 des § 56 die entsprechende Anwendung des Abs. 3 des § 19 vorgeschrieben ist, darf man nicht schließen, daß Abs. 1 und 2 des § 19 keine Anwendung bei Erhöhung der Stammeinlage finden sollen. Sie finden nicht „entsprechend", sondern unmittelbar Anwendung (vgl. auch die Mot. zu §§ 56—58).

2. Sacheinlage durch Einbringung einer Forderung gegen die GmbH. BauersZ. **15** 17 (Dresden). Das im § 19 ² bestimmte Aufrechnungsverbot greift nur Bareinlagen gegenüber Platz, verbietet dagegen nicht, den Gegenwert für die Übernahme eines Anteils am erhöhten Geschäftskapitale durch Sacheinlage, z. B. Einbringung einer Forderung gegen die Gesellschaft zu leisten.

§ 57. 1. KG., GoldschmidtsZ. **58** 322, ThürBl. **53** 111 = JDR. **4** Note 1.

2. OLG. Hamburg, GoldschmidtsZ. **58** 324 = JDR. **4** Note 2.

§ 58. Sicherstellung bestrittener Forderungen. RJA. **9** 37, ZBlFG. **8** 431 (KG.). Eine angemeldete Forderung ist auch dann sicherzustellen, wenn sie bestritten ist. Die Gesellschaft wird nicht, wie Staub (2) Anm. 26 annimmt, dadurch von der Pflicht zur Sicherstellung befreit, daß sie nach sorgfältiger Prüfung zu der Überzeugung gelangt ist, die Forderung bestehe nicht zu Recht. Sache der Gesellschaft ist es eventuell, dem Registergericht eine Entscheidung des Prozeßgerichts beizubringen, nach welcher sie nicht oder nur in geringerem Maße zur Sicherstellung verpflichtet ist.

Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 60. 1. Verlängerung der auf bestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft. a) RJA. **7** 209, BauersZ. **14** 113, KGJ. **32** A 154, ZBlFG. **7** 438 (KG.). Die GmbH. wird durch den Ablauf der im Gesellschaftsvertrage bestimmten Zeit von selbst endgültig aufgelöst. Durch einen vor dem Termine gefaßten, den Erfordernissen für Statutenänderung genügenden Beschluß kann ihre Gültigkeitsdauer verlängert werden; ein nach dem Termine zustande gekommener Beschluß hat diese Wirkung nicht. Nach erfolgter Auflösung sind die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit nicht mehr die Gesellschaftsversammlung mit der Zuständigkeit gemäß §§ 45 ff., 53; sie können nur noch die dem Wesen der Liquidation entsprechenden Beschlüsse fassen. Dagegen können sie nicht mehr Geschäftsführer bestellen. Die gleichwohl dazu gewählten Personen können die Gesellschaft nicht vertreten. Eine mangels der vorgeschriebenen Form ungültige Vereinbarung der Gesellschafter über die Fortdauer der Gesellschaft konvaleszierte nicht, wenn nach der Auflösung die Fortdauer unter Beachtung der vorgeschriebenen Formen beschlossen wird. — Die für die oHG. geltenden Vorschriften können bei der inneren Verschiedenheit der oHG. und GmbH. keine entsprechende Anwendung finden. b) RJA. **8** 199, R. **07** 1018, RheinARV. **25** 40, ZBlFG.

8 98 (KG.). Der Verlängerungsbeschluß ist nur dann wirksam, wenn er vor Ablauf der ursprünglichen Gesellschaftsdauer ins Handelsrichter eingetragen ist (§ 54 [3]); daß er vor dem Ablaufe gefaßt ist, genügt nicht. Ist die Eintragung nicht vorher erfolgt, so ist die Gesellschaft aufgelöst; die Wirkungen der Auflösung können weder durch tatsächliche Weiterführung des Unternehmens, noch durch nachträgliche Anmeldung und Eintragung der Fortsetzung der Gesellschaft beseitigt werden; es bedarf vielmehr der Neugründung.

2. Bedingte Auflösung. Vgl. Note 2 zu § 53.

3. Kosten des Auflösungsbeschlusses. BauersZ. **13** 260 (KG.). Der Beschluß der Gesellschafter, die Gesellschaft aufzulösen und einen Liquidator zu bestellen, beendet die Gesellschaft nicht. Die Gebühr für die Protokollierung ist, da ein bestimmter Geldwert nicht erhellt, nach einem Objekte von 200 bis 20 000 M. zu berechnen (§§ 2, 5 NotGebO.).

4. Verlegung in das Ausland. R. **07** 839 (Hamburg). Eine GmbH. gibt ihre im Deutschen Reich anerkannte Rechtspersönlichkeit auf, wenn sie ihren Sitz in das Ausland verlegt; sie tritt damit in Liquidation, und bleibt, solange die Liquidation noch nicht beendet ist, partei- und prozeßfähig.

§ 61. Literatur: Marcus, Die Klage des Gesellschafters einer GmbH. auf deren Auflösung durch Richterspruch, HoldheimsMSchr. **07** 9 ff.

1. Marcus aaO. Auch der Einzelgesellschafter hat das Klagerecht aus § 61. Schon die wiederkehrende Weigerung oder Verzögerung der Einzahlungen auf die Stammeinlage kann die Auflösungsklage rechtfertigen, sofern solche Verletzungen der Gesellschaftspflichten die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich machen. — Vertragsbestimmungen, welche bestimmte Tatbestände als Gründe der Auflösungsklage ausschließen, müssen nichtig sein, wenn jene objektiv derartige sind, daß durch ihren Eintritt dem Satzungszwecke gegenüber der Gesellschaftszweck als unmöglich geworden erscheint.

2. Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks. Marcus teilt HoldheimsMSchr. **06** 339 eine Entscheidung mit, wonach die Erreichung des Gesellschaftszwecks unmöglich wird, wenn der eine von zwei Gesellschaftern, die nur zusammen die G. vertreten können, sein Amt niederlegt und dem Vorschlage der anderweiten Ernennung eines Geschäftsführers nicht zustimmt. Hier gibt es nur die Auflösungsklage, kein Verfahren nach § 29 BGB.

§ 62. Maßnahmen der Verwaltungsbehörden gegen die GmbH. Vgl. Note 2 zu § 23.

§ 63. Literatur: Wiesener, Der Konkurs der GmbH., ABürgR. **28** 298 ff.

1. *Wiesener aaO. I. Die Konkursvoraussetzungen. Die GmbH. ist rechtsfähig, sonach konkursfähig, und zwar auch dann, wenn sie sich im Zustande der Liquidation befindet oder wenn sie nichtig ist. Konkursgründe sind Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Letztere ist nicht gleich Unterbilanz, sondern bedeutet das Überwiegen der Schulden über die nach dem objektiven Veräußerungswert anzusetzende Aktiva. Neben dem Rechte zur Stellung des Antrags auf Konkurseröffnung besteht eine Antragspflicht der Geschäftsführer bzw. Liquidatoren, deren schuldhafte Verletzung Schadensersatzpflicht und Strafe nach sich zieht. II. Die Konkursbeteiligten. Gemeinschuldner ist die GmbH. als solche, obschon sie von Konkurseröffnung an in Auflösung begriffen ist. Die Gesellschaftsorgane fungieren weiter zur Vornahme der Handlungen, welche die KO. dem Gemeinschuldner zuweist oder welche durch den Konkursbeschlag nicht berührt werden. Die Geschäftsführer sind der Gesellschafterversammlung untergeordnet, nicht dagegen der Konkursverwalter. — Konkursgläubiger können auch die Gesellschafter sein, nicht zwar hinsichtlich der Stammeinlagen, wohl aber hinsichtlich festgestellter Dividendenansprüche u. a. III. Die

Konkursmasse. Die Grundlage des Aktivvermögens der Gesellschaft wird durch die Stammeinlagen geschaffen. Rückständige Einzahlungen auf die Stammeinlagen hat der Konkursverwalter gleichmäßig und nur soweit zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich einzuziehen. Für uneinbringliche Einzahlungen haften sämtliche Gesellschafter subsidiär, wodurch die Konkursmasse einer GmbH. (im Gegensatze zum Aktienrecht) einen besonderen Rückhalt erhält. Ein weiterer Unterschied vom Aktienrechte liegt in der Nachschußpflicht der Gesellschafter, welche eventuell der Konkursmasse zugute kommen kann. IV. Konkursbeendigung. Das Verfahren wird beendet, wie im Regelfalle durch Einstellung oder Aufhebung. Ein Zwangsvergleich ist zulässig; hinsichtlich der analogen Anwendung der §§ 175, 197, 186 $_2$, 187 KO. ist nach der ratio der einzelnen Bestimmungen verschieden zu entscheiden. Ist bei Konkursbeendigung noch Vermögen vorhanden, so tritt die Gesellschaft in Liquidation. Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Gesellschaft durch einen Gesellschafterbeschluß (einfache Majorität genügt) fortgesetzt werden. Auch abgesehen von diesem Falle ist die Erhaltung des Unternehmens wünschenswert.

2. Wirkung der Konkurseröffnung. DJZ. **06** 85 (Kais. PA.). Die GmbH. geht mit dem Konkurse nicht unter, sondern tritt nur gewisse Funktionen an den Konkursverwalter ab. Die Nichtigkeitsklage über ein Patent betrifft nicht die Konkursmasse; ihr Gang bleibt vom Konkurs unbeeinflußt.

3. Stellung des Verwalters nach beendetem Konkurse. SchlHolstAnz. **07** 332 (Kiel). Der Grundsatz, daß der Konkursverwalter nach der Beendigung des Konkursverfahrens nicht mehr berechtigt ist, die für die Konkursmasse anhängigen Prozesse weiter zu führen, findet keine Anwendung, wenn ein Konkursverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung stattgefunden hat.

4. Über die Beschwerdebefugnis gegen die Eröffnung des Konkurses vgl. Note 7 zu § 35.

§ 64. 1. Die Pflicht zur Konkursanmeldung. a) R. **07** 70 (Cassel). Die Verpflichtung zur Konkursanmeldung besteht nur zum Schutze der Gesellschaft, nicht auch der Gesellschaftsgläubiger. Dies ergeben die Motive zu § 64. Der eventuelle Ersatzanspruch steht daher auch nur der Gesellschaft, nicht deren Gläubigern zu. b) KGBl. **06** 52, BayersZ. **13** 208, ZAktWes. **16** 216 (KG.). Die §§ 64, 84 sind ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB.

2. Konkursgrund. **RG.** (Straff.) SeuffBl. **07** 787. Bilanz i. S. des § 64 ist jede zu welchem Zwecke, bei welcher Gelegenheit und in welcher Form auch immer erfolgte Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva, die den Vermögensstand der Gesellschaft zur Anschauung bringt. — Aus der Nichtbezahlung von Wechselschulden kann trotz Stundung und Annahme von Prolongationswechseln die Zahlungsunfähigkeit zu folgern sein.

§ 66. 1. Sind die §§ 29, 48 BGB. anwendbar auf die GmbH.? RJA. 8 267, BayersZ. **15** 63, R. **07** 1288, ZBlFG. **8** 291 (KG.). Der Registerrichter kann Liquidatoren gemäß §§ 29, 48 BGB. berufen; es ist aber seine Pflicht, die hierzu geeigneten und bereiten Persönlichkeiten heranzuziehen. Er kann, in Ermangelung einer anderen gesetzlichen Bestimmung, niemanden zwingen, das Amt zu übernehmen. Eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Übernahme besteht nicht, eine etwa bestehende privatrechtliche ist er nicht befugt, zur Durchführung zu bringen (s. auch vor § 1 Anm. 3).

2. Das Verfahren im Falle des Abs. 3. ZBlFG. **8** 337 (Dresden). Abberufung und Ernennung des Liquidators einer GmbH. ist im

Wege der einstweiligen Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO. unzulässig, erfolgt vielmehr ausschließlich im Beschlußverfahren der FG.

§ 67. Wirkung der Eintragung der Beendigung der Liquidation. a) OLG. **14** 369 (Hamburg). Die Eintragung, daß die Liquidation der Gesellschaft beendet sei, wirkt nicht konstitutiv, sondern nur deklaratorisch. Ist trotz der Eintragung noch Vermögen vorhanden, so besteht die Gesellschaft gleichwohl noch in Liquidation weiter. **b)** Vgl. KG., OLG. **14** 158 zu § 84 GenG.

§ 68. Gesamtvertretung vgl. Note 5 zu § 35.

§ 69. Schlegelberger, BuschsZ. **37** 115. § 35 Abs. 2 Satz 3 gilt auch für die Liquidatoren.

§ 70. Änderung des Gesellschaftsvertrags während der Liquidation. BauersZ. **14** 183, OLG. **14** 370, R. **07** 137 (Dresden). Der Gesellschaftsvertrag kann auch noch im Liquidationsstadium abgeändert werden, mindestens insoweit, als sich aus dem Wesen der Liquidation nichts anderes ergibt. Mithin kann die Gesellschaft in der Liquidation ihr Geschäft mit ihrer Firma veräußern, und bis zur Beendigung der Liquidation eine neue Firma annehmen. Dies bedingt zwar eine Änderung des Gesellschaftsvertrags; diese Änderung ist aber mit dem Wesen der Liquidation verträglich.

§ 74. OLG. Hamburg, BauersZ. **13** 136, **14** 211 = JDR. **4** Note 1.

§ 75. RJA. 8 114 (KG.). § 3 Nr. 2 ist zwingend insoweit, als er die Angabe des Gegenstandes des Unternehmens überhaupt verlangt, dagegen bloße Ordnungsvorschrift, insofern aus ihm die Notwendigkeit einer Individualisierung des angegebenen Gegenstandes hervorgeht (vgl. Note 1 b zu § 3).

Sechster Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 78. Literatur: BauersZ. **14** 180. Bei Anmeldungen zum Handelsregister kann der Prokurist nicht einen Kollektivvertreter ersetzen.

BauersZ. aaO. gelangt zu dem in der Überschrift mitgeteilten Ergebnis auch für den Fall, daß das Statut Kollektivvertretung durch einen Geschäftsführer mit einem Prokuristen vorsieht, und rechtfertigt es damit, daß die Anmeldepflicht öffentlichen Rechtes ist.

§ 80. Verstempelung. **RG. 64** 10, HoldheimsMSchr. **07** 153. Bei Umwandlung einer AG. in eine GmbH. unterliegt die Einbringung des bisherigen Vermögens der AG. in die GmbH. von seiten der bisherigen Aktionäre und künftigen Gesellschafter der GmbH. dem Einbringungsstempel der Tarifst. 25 c PrStempStG. vom 31. Juli 1895.

§ 82. 1. Geschäftsführer und Mitglieder in Ziff. 1. **RG.** (Strafs.) BankA. 7 25, JW. **07** 564. Wenn § 82 Ziff. 1 GmbHG. nicht nur Geschäftsführer, sondern auch Mitglieder einer GmbH., welche behufs Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister wissentlich falsche Angaben machen, mit Strafen bedroht, so beruht die Strafandrohung gegen die Mitglieder auf einem offenbaren redaktionellen Versehen, da § 78 des Gesetzes im Gegensatze zu dem ursprünglichen Entwurfe die Mitglieder zur Mitwirkung bei der Anmeldung nicht verpflichtet. Das Gericht ist in einem solchen Falle zur kritischen Sichtung und Richtigstellung des Gesetzestextes unter Berücksichtigung des wahren Willens des Gesetzgebers befugt.

2. Einzahlungen i. S. der Ziff. 1. **RG.** (Strafs.) **38** 128. Unter Einzahlungen i. S. des Abs. 1 Ziff. 1 dieses Paragraphen sind nicht Geldleistungen, sondern auch Sacheinlagen zu verstehen. Der Wortlaut widerspricht nicht dieser Auffassung, die mit dem Zwecke des Gesetzes und seiner Vorgeschichte (§ 79 Entw., Mot. 92) in Einklang steht.

§ 83. Strafhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters? **RG.** (Straff.) **39** 217, BauersZ. **14** 155, DJZ. **07** 716. Nach § 83 i. V. mit §§ 239—241 KO. ist strafbar auch ein früherer Geschäftsführer, der z. Z. der Zahlungseinstellung das Amt nicht mehr bekleidet, vorausgesetzt, daß er während der Zeit seiner Tätigkeit die Bankrotthandlung, hier unordentliche Bücherführung begangen hat. Bei anderer Auslegung könnte er sich der Strafe leicht durch Abberufung vom Amte oder Amtsniederlegung entziehen.

Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Vom 1. Mai 1889/20. Mai 1898.

Vorbemerkung: Der Bericht umfaßt die Jahre 1906 und 1907. Es ist vorweg generell auf die Berichte über das Vereinsrecht, und das Recht der Handelsgesellschaften und GmbH. zu verweisen. Die Aufsätze der BlGenossWes. sind meist nur dem Titel nach zitiert, da sie für nicht juristisch gebildete Leser bestimmt sind und selten juristisch Förderliches enthalten. — Hervorzuheben sind aus der Zahl der Entscheidungen: die Entscheidungen des RG. darüber, ob der Geschäftsanteil durch eine Sacheinlage beglichen werden kann (Note 4 zu § 7), über die Zulässigkeit der Erhebung eines Eintrittsgeldes (Note 5 zu § 15), über die Erfordernisse des Inhalts der Bekanntmachung einer Generalversammlung (Note 2 zu § 46), über die Fortdauer des Anfechtungsrechts nach dem Ausscheiden des Anfechtenden (Note 5 zu § 51). Wichtig ist auch die Entscheidung im Prozesse der Milchzentrale (Noten zu §§ 7, 15, 51, 134). Das KG. hat in mehreren grundsätzlichen Entscheidungen die Stellung des Registerrichters präzisiert (Noten zu § 15, Note 2 zu § 16, Note zu § 28). Bedeutsam ist auch die Note 1, 2 zu § 47 mitgeteilte Entscheidung über das Recht zur Einsicht des Protokollbuchs. Vgl. ferner Note 3 zu § 7 (keine Einzahlungspflicht über den Geschäftsanteil hinaus), Note 1 b zu § 25 (es genügt, daß die Zeichnung erkennbar für die Genossenschaft erfolgt. Nichtbeachtung von § 25 Abs. 2 macht sie nicht nichtig), Note zu § 36 (es genügt, wenn das Statut einen Aufsichtsrat von „mindestens 6 Mitgliedern" vorsieht). Das BayObLG. hat entschieden, daß die Genossenschaft keine Beschwerde gegen die Auswahl der Publikationsorgane durch das Gericht hat (Note 2 zu § 156); vgl. auch Note zu § 71. — Wichtig sind endlich die Entscheidungen Note 2 zu § 68 über die Nachprüfung der Berechtigung des Ausschlusses eines Mitglieds, und Note 1 zu §§ 69, 70 über die Weiterhaftung des ausgetretenen Genossen, dessen Aufkündigung der Vorstand schuldhafterweise dem Registergerichte nicht eingereicht hat. — Aus der spärlichen Zahl der Aufsätze sind hervorzuheben die von Brückmann (zu § 7), Marcus (zu § 77), Josef (zu § 156).

Literatur: Brückmann, Grundbegriffe des Genossenschaftsrechts, ABürgR. **28** 223—270. — Crüger, Einführung in das deutsche Genossenschaftswesen. Berlin 1907. — Musterformulare für den Geschäftsverkehr der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Berlin 1907. — Pape, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Berlin 1907 (Hillgers illustrierte Volksbücher). — Kommentare: Parisius u. Crüger (5). Berlin 1906. — Textausgaben mit Anmerkungen: Merzbacher (2). München 1907. — Parisius-Crüger (12). Berlin 1907.

Erster Abschnitt. Errichtung der Genossenschaft.

§ 1. 1. Das Wesen der Genossenschaft. Langen, ABürgR. **30** 228. Man wird unter Berücksichtigung der historischen Entwickelung die Grenze zwischen der eintragbaren Genossenschaft und anderen Handelsvereinigungen begrifflich dahin zu ziehen haben, daß letztere einen selbständigen Vermögenserwerb für ihre Mitglieder bezwecken, dagegen die Genossenschaften, so-

weit sie Erwerbszwecke verfolgen, den Erwerb nicht selbständig, sondern nur durch Förderung des eigenen Gewerbes ihrer Mitglieder erzielen dürfen.

2. Genossenschaften und das PrivVUntG. BlGenossWes. **06** 147, KGJ. **32** A 164, RJA. **7** Ziff. 104, ZBlFG. **7** 139 (KG.). Seit dem Priv. VUntG. vom 12. Mai 1901 kann eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit nicht mehr in der Form der Genossenschaft begründet werden. Eine gleichwohl eingetragene Genossenschaft ist gemäß §§ 147, 142 FGG. von Amtswegen zu löschen. Die Zulassung würde eine Umgehung der §§ 4, 15 aaO. ermöglichen. Ist den Mitgliedern kein Rechtsanspruch im Versicherungsfalle gewährt, so kann die Form der Genossenschaft gewählt werden; ob ein Rechtsanspruch gewährt wird, ist nach dem Gesamtinhalte der Statuten zu entscheiden, und kann u. U., auch wenn sie eine ausdrückliche Bestimmung des Gegenteils enthalten, bejaht werden.

§ 3. 1. Sachfirma. KGJ. **30** A 145, GoldschmidtsZ. **60** 476 (KG.). Die Firma „Maschinengenossenschaft" e. GmbH. ist zulässig, obwohl sie nicht erkennen läßt, ob der Handel mit Maschinen oder deren Benutzung bezweckt wird. Die Sachfirma einer eingetragenen Genossenschaft muß zwar den Gegenstand des Unternehmens im wesentlichen erkennen lassen, braucht ihn aber nicht erschöpfend wiederzugeben. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß außer dem Objekte des Geschäftsbetriebs auch die Betriebsart angegeben wird.

2. Bank. OLG. **14** 339, BlGenossWes. **07** 617 pass. Genossenschaften, die Bankgeschäfte betreiben, können ihrer Firma die Bezeichnung „Bank" zusetzen.

§ 6. Gegenstand des Unternehmens. Änderung desselben. BlGenossWes. **07** 682, LeipzZ. **07** 758 (Dresden). Eine Änderung des Zweckes einer auf Ein- und Verkauf von Lebensbedürfnissen gerichteten Genossenschaft liegt nicht vor, wenn sie beschließt, den Gewinn nicht auszuzahlen, sondern zu einem Fonds zu vereinen, aus dem Sterbegelder gezahlt werden sollen. Erst wenn zu letzterem Zwecke Beiträge gefordert würden, würde eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens gegeben sein.

§ 7. Literatur: Brückmann, Grundbegriffe des Genossenschaftsrechts, ABürgR. **28** 223—270. — BlGenWes. **06** 177. Die rechtliche Natur des Geschäftsguthabenbuchs.

1. *Brückmann aaO. untersucht die Begriffe „Geschäftsanteil", „Einlage" und „Geschäftsguthaben". Der Geschäftsanteil ist die Grundlage, auf der die Beteiligung der Genossen mit Vermögen zugelassen wird. Der genossenschaftliche Vorgang stellt sich so dar, daß die Einlage oder vielmehr das Einlegen auf der Grundlage des Geschäftsanteils zur Entstehung des Geschäftsguthabens führt. Die Einlage ist das Mittel, durch das die Beteiligung der Genossen erfolgt. Sie wird bestimmt von den Zahlungen, die geleistet, dem Gewinne, der gutgeschrieben, und dem Verluste, der abgeschrieben wird. Sie steht lediglich im Eigentume der Genossenschaft. Dem Einlegenden wird als Äquivalent für das Einlegen das Geschäftsguthaben gewährt. Die Einlage bildet das reale Substrat des zu ermittelnden Geschäftsguthabens. Schon mit der ersten Einzahlung bildet sich eine Einlage, also auch bereits ein Geschäftsguthaben (s. unten § 19). Dieses selbst stellt eine Forderung dar, die dasjenige, was dem Genossen bei der Auseinandersetzung zukommt, zum Gegenstande hat. Demnach können sich Streitfragen über die „Eigentumsverhältnisse" am Geschäftsguthaben nicht ergeben. Es ist nach der juristischen Natur dieses dem Genossen als Äquivalent für seine Einlage aus dieser emporgewachsenen Anspruchs unzweifelhaft, daß er zu seinem Vermögen gehört (223—251). — Im folgenden (251 ff.) wird näheres vom Geschäftsguthaben erörtert, insbesondere die Abtretbarkeit, die Natur des Anspruchs als eines betagten oder bedingten,

zukünftigen oder gegenwärtigen untersucht. — Die Abtretbarkeit wird bejaht. Es handelt sich ferner um einen gegenwärtigen Anspruch, dessen Eigenart darin besteht, daß sich sein bestimmter Inhalt erst aus Anlaß eines gewissen zukünftigen Ereignisses (Auseinandersetzung, Ausscheiden u. dgl.) herausstellt.

2. Geschäftsanteil. a) Vgl. JDR. **2** Note 3, 4. b) **RG. 62** 303, BayRpflZ. **06** 294, BlGenossWes. **07** 96, JW. **06** 773. Unter „Geschäftsanteil" versteht das Gesetz den Höchstbetrag der jeweiligen Geschäftseinlagen.

3. Ist eine statutarische Bestimmung gültig, die eine Einzahlung über den Geschäftsanteil hinaus vorschreibt? RJA. 8 202, BlGenossWes. **07** 468, ZBlFG. 8 101 (KG.). Geschäftsanteil ist der Betrag, bis zu welchem die einzelnen Genossen sich mit Einlagen beteiligen können, Geschäftsguthaben derjenige, welchen die auf den Geschäftsanteil bewirkten Mitgliedereinlagen bereits erreicht haben. Letzteres kann also begrifflich den Geschäftsanteil nicht übersteigen. Beläßt der Genosse einen seinen Geschäftsanteil übersteigenden Betrag bei der Genossenschaft, so steht er insoweit der Genossenschaft nicht als Genosse, sondern als Gläubiger gegenüber. Daher kann rechtsgrundsätzlich weder im Statute, noch in einem Generalversammlungsbeschlusse den Genossen die Verpflichtung zu Mitgliedereinlagen über den Betrag des Geschäftsanteils hinaus auferlegt werden. Eine solche Bestimmung würde auch gegen Sinn und Zweck von § 131 verstoßen. Geht das Bedürfnis der Genossenschaft an Kapital über die Summe der Geschäftsanteile hinaus, so muß sie die Geschäftsanteile erhöhen.

4. Die Bildung von Geschäftsguthaben mittels Sacheinlagen ist bei e. G. unzulässig. **RG. 65** 223, BlGenossWes. **07** 295, JW. **07** 176 Ziff. 42, R. **07** 839. Der Geschäftsanteil kann nicht aus einer Sacheinlage bestehen, nicht aus einer solchen gebildet werden. Nach Ziff. 2 Abs. 1 kann er nur eine Summe, nicht etwa eine Sache sein. Die Unmöglichkeit folgt auch daraus, daß er für alle Genossen gleich sein muß (**RG. 62** 308). Dagegen kann fraglich sein, ob Leistungen, die nicht Geldleistungen sind, als Leistungen auf den Geschäftsanteil gelten und demgemäß zur Bildung eines Geschäftsguthabens dienen können. Der in concreto geschlossene Vertrag, in dem es sich um durch Einbringung des Reginarisbrunnens gedeckte und daraus gebildete Geschäftsanteile nach vereinbarter Werttaxe handelt, ist nach § 134 BGB. nichtig.

5. Vgl. zu § 18.

6. Bilanzvorschriften. a) **RG** (Strafs.) **38** 1. Die Genossenschaft kann bei Festsetzung der Bilanzvorschriften die Bestimmungen des HGB. über die Bilanzen, die nach § 17 GenG. auf sie Anwendung finden, nicht abändern. In sinngemäßer Ausdehnung des für die AG. und KAG. im § 261 Ziff. 1 festgelegten Grundsatzes dürfen auch sie den Wert der selbst hergestellten, zum Verkaufe bestimmten Waren nur mit einem dem Herstellungspreise gleichkommenden Geldbetrag in die Bilanz einstellen. b) Vgl. Note 1 zu § 33.

§ 8. Ziff. 4. Grundsatz des gleichen Stimmrechts. a) Vgl. JDR. **2** Note 1. b) SchlHolstAnz. **07** 84 (LG. Kiel). Zulässig ist eine Bestimmung des Statuts, daß, wenn sich beim Stattfinden einer engeren Wahl Stimmengleichheit ergibt, das durch den Vorsitzenden gezogene Los entscheiden soll. Dadurch wird der Grundgedanke des Gesetzes, daß alle Genossen gleiches Stimmrecht haben sollen, nicht verletzt.

§ 9. Literatur: BlGenossWes. **07** 85. Inwieweit kann das Statut die Wählbarkeit in den Vorstand und Aufsichtsrat einer Genossenschaft von weiteren Voraussetzungen als den gesetzlichen abhängig machen?

§ 10. Stellung des Registergerichts. a) Allgemeine Anweisungen

über diese gibt das BadJM. in MV. vom 16. Juni 1906. b) Vgl. Vorbemerkung.

§ 13. 1. *Wiedemann, Ideale Vereine 636. Diese Eintragung hat rechtsbegründende Wirkung (vgl. § 21 BGB.).

2. Rechtsgeschäfte für die Genossenschaft im Gründungsstadium. **RG. 64** 188, JW. **06** 776, BlGenossWes. **07** 96. Das Gesetz erkennt an, daß im Zeitraume der Gründung für die zu gründenden Genossenschaften Rechte und Verbindlichkeiten begründet werden können, die dann beim Entstehen der Genossenschaft auf diese übergehen und daß insbes. das Statut der Ort ist, die Verbindlichkeiten der eintretenden Genossen festzusetzen (§§ 2, 7). Diese Sätze folgen unmittelbar aus dem Gesetz und brauchen nicht aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsbesorgung für die zu gründende Genossenschaft hergeleitet werden.

§ 15. BlGenossWes. **06** 254. Ein Einzelkaufmann kann nicht mit seiner Handelsfirma in die Liste der Genossen eingetragen werden. — Das. **06** 348. Zwei Gerichtsentscheidungen über die Zulässigkeit des Beitritts von GmbH. zu eingetragenen Genossenschaften. — Das. **07** 441. — Das. **07** 693. Wird der öffentliche Glaube der gerichtlichen Liste der Genossen wieder hergestellt?

1. Muß die Beitrittserklärung eigenhändig geschrieben sein? a) Vgl. JDR. **2** Note 2, 3. b) **RG.** BlGenossWes. **06** 40, Gruchots Beitr. **50** 694, HoldheimsMSchr. **06** 52, JW. **06** 39. Für den Beitritt zu einer Genossenschaft ist einfache Schriftform vorgeschrieben. Ob die Beitrittserklärung von dem Beitretenden selbst unterschrieben werden muß oder von einem Dritten in seinem Namen gezeichnet werden kann, entscheidet sich nach allgemeinen Grundsätzen, und ist für das ALR. i. S. der zweiten Alternative zu entscheiden. Das GenG. gibt keinen Anhalt zur Auslegung i. S. der ersteren Alternative. Wo wie im § 43 Abs. 4 Bevollmächtigte ausgeschlossen sein sollten, ist es besonders gesagt.

2. Bedarf der Beitritt Minderjähriger u. ähnl. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts? a) Vgl. JDR. **4** Note 3. b) KG. R. **06** 137 = JDR. **4** Note 3. c) BlGenossWes. **07** 441. Der gesetzliche Vertreter eines Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten bedarf zur Beitrittserklärung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts; der Registerrichter hat deren Vorhandensein zu prüfen.

3. Beitritt einer Landgemeinde. KGJ. **34** A 193, BlGenossWes. **07** 682 (KG.). Eine schlesw.-holst. Landgemeinde bedarf zu ihrem Beitritte zu einer e. GmuH. nicht der Genehmigung des Kreisausschusses.

4. Rechtliche Bedeutung der Eintragung in die Liste. a) **RG.** BlGenossWes. **06** 28 = JDR. **4** Note 7. b) BlGenossWes. **07** 693 behandelt die Rechtsprechung über die Bedeutung der Eintragung in die Liste. c) BlGenossWes. **06** 254. Der gesetzliche Zweck der Genossenliste ist, jedermann zu jeder Zeit einen Überblick über die haftpflichtigen Genossen zu geben. Die Erreichung dieses Zweckes wird aber gefährdet, wenn man die Eintragung von Einzelfirmen zuläßt.

5. Beitrittsgeld. **RG. 62** 303, BayRpflZ. **06** 294, BlGenossWes. **06** 283, HoldheimsMSchr. **06** 135, JW. **06** 180. Da die Genossenschaft keine Verpflichtung zur Aufnahme von Genossen hat, soweit sie sich selbst eine solche Verpflichtung nicht auferlegt, kann sie den Beitritt von beliebigen Bedingungen abhängig machen, wenn diese nur an sich erlaubt sind. Das Eintrittsgeld kann auch so normiert werden, daß es erst bei Eintritt einer weiteren Bedingung fällig wird.

6. Das Prüfungsrecht des Registerrichters. a) Vgl. JDR.

2 Note 7. b) Prüfung, ob die Beitrittserklärung mit dem richtigen Namen unterzeichnet wird. KGJ. **32** A 163, BlGenoss. Wes. **07** 456 (KG.). Der Beschluß des KG. vom 21. Mai 1902, daß das Registergericht die Richtigkeit der Namensunterzeichnung unter den Beitrittserklärungen bei gegründetem Anlaß in Zweifel ziehen könne und nach § 12 FGG. vor der Eintragung in die Genossenschaftsliste die zur Feststellung des richtigen Namens erforderlichen Ermittelungen anzustellen habe, läßt sich nicht aufrechterhalten. Aus der Entstehungsgeschichte folgt, daß die allgemeine Ermittelungspflicht des § 12 FGG. für diesen Sonderfall sogar hinsichtlich der Echtheit der Unterschrift ausgeschlossen ist, um so mehr hinsichtlich der Frage, ob der unterschriebene Name in Form und Schreibweise richtig ist. c) Prüfung der Annahme der Beitrittserklärung. RJA. 8 105, ZBlFG. **7** 909, (KG.). Die nach Abs. 2 eingereichten Beitrittserklärungen hat das Gericht nicht nach der Richtung zu prüfen, ob eine rechtswirksame Annahme des Beitritts erfolgt ist. Der Nachweis der Zulassung des Beitritts soll dadurch ersetzt werden, daß seine formell ordnungsmäßige Einreichung durch den Vorstand erfolgt. Diese selbst ist aber ein abstraktes Rechtsgeschäft des Vorstandes, dessen Rechtswirksamkeit dem Gerichte gegenüber unabhängig davon ist, ob eine gehörige Zulassung des Beitretenden vorausgegangen ist, sowie, ob der Vorstand dabei im Verhältnisse zur Genossenschaft innerhalb seiner Befugnisse gehandelt hat. Dies ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte.

§ 16. Literatur: BlGenossWes. **06** 392. Die bei der Anmeldung von Statutenänderungsbeschlüssen zur Eintragung in das Genossenschaftsregister zu beobachtenden Formvorschriften.

1. *Wiedemann, Ideale Vereine 636. Diese Eintragung hat rechtsbegründende Wirkung (vgl. § 21 BGB.)

2. Prüfung des ordnungsmäßigen Zustandekommens der Statutenänderung. a) BlGenossWes. aaO. empfehlen, bei der Anmeldung eine Erklärung abzugeben, daß die Generalversammlung, welche die Statutenänderung beschlossen hat, ordnungsmäßig berufen und die Statutenänderung gesetz- und satzungsgemäß zustande gekommen ist. b) RJA. **9** 34, OLG. **16** 93, ZBlFG. 8 429 (KG.). Das Registergericht hat zu prüfen vor der Eintragung einer Abänderung des Genossenschaftsstatuts, ob die Abänderung mit der im Gesetz oder Statute vorgeschriebenen Stimmenmehrheit beschlossen ist, und verneinendenfalls die Eintragung abzulehnen. Ein Beschluß ohne die vorgeschriebene Stimmenmehrheit ist ein nihil actum, das auch nicht durch Ablauf der Anfechtungsklage wirksam wird.

Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen.

Literatur: BlGenossWes. **06** 119. Statutenbestimmungen, welche die endgültige Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Genossenschaft und Genossen unter Ausschluß des Rechtswegs dem Aufsichtsrat oder der Generalversammlung überweisen, sind rechtsunwirksam.

§ 17. Literatur: BlGenossWes. **06** 119. Darf eine e. G. Mitglied einer GmbH. sein und als solches mit ihrer Genossenschaftsfirma in das Handelsregister eingetragen werden?

BlGenossWes. aaO. 119 bejahen die in der Überschrift gestellte Frage.

§ 18. 1. Über das Verhältnis von Statut und Gesetz bezüglich der Verpflichtungen der Genossen vgl. Note 2 bei § 77.

2. Verpflichtung zu Leistungen über den Geschäftsanteil hinaus. a) **RG.** BlGenossWes. **06** 283, HoldheimsMSchr. **06** 138, JW. **06** 180.

Die Genossen können — mit Ausnahme der Nachschußpflicht im Konkurse der Genossenschaft §§ 105 ff., 141, und bei der Auseinandersetzung § 73 Abs. 2 — zu anderen Geldleistungen als den Einzahlungen auf den Geschäftsanteil oder den erhöhten Geschäftsanteil nicht angehalten werden. [Ein entsprechender Beschluß ist nichtig auch bei Einstimmigkeit; Anm. (s. zu §§ 134, 15, 51)]. **b)** LeipzZ. **07** 443, BlGenossWes. **07** 204 (Celle). Der Beschluß einer Gen. mbH., zur Deckung von Verlusten Abschreibungen auf die vollbezahlten Geschäftsanteile vorzunehmen und in gleicher Höhe die Geschäftsanteile wieder aufzufüllen, ist nichtig, weil es gegen § 7 Ziff. 2 verstößt. Der zitierte Paragraph begrenzt die Einlagepflicht; ein Umlageverfahren gibt es nur im Konkurs; erweiterte Einzahlungen widersprechen dem Wesen der Gen. mbH. (s. Note 1 a zu § 51).

3. Einfluß des Austritts auf die Verpflichtung zur Leistung der Einlage PosMSchr. **07** 10 (Posen). Forderungen der Genossenschaft auf Einzahlung fälliger Geschäftsanteile können nach dem Ausscheiden des Genossen selbständig nicht mehr geltend gemacht werden. Vielmehr löst sich das Rechtsverhältnis in einen dem Genossen oder der Genossenschaft zustehenden Anspruch auf Zahlung derjenigen Geldsumme auf, die sich aus der Vermögenslage der Genossenschaft, aus der Zahl der vorhandenen Genossen im Zeitpunkte des Ausscheidens und aus der Höhe der vom Ausscheidenden auf den Geschäftsanteil bereits eingezahlten oder noch rückständigen Beträge ergibt. In diesem Auseinandersetzungsanspruch erschöpfen sich die nach dem Austritte des Genossen noch verbleibenden beiderseitigen Rechtsbeziehungen.

4. Einfluß des Konkurses auf die Pflicht zur Leistung der Einlage. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 5 zu § 7. **b)** BlGenossWes. **07** 589, LeipzZ. **07** 759, OLG. **16** 104 (Königsberg). Die Pflicht der Genossen zur Leistung seiner Beiträge zum Geschäftsanteile steht die Verpflichtung der Genossenschaft gegenüber, zur Gewährung der entsprechenden Beteiligung am Ergebnisse der im Statute vorgesehenen Geschäfte. Jene ist also nicht unabhängig vom Geschäftsbetriebe begründet; vielmehr bedeutet die Einzahlung zugleich die Erhöhung der Beteiligung der Genossen am Geschäftsbetrieb und die Verstärkung des Geschäftsguthabens. Beides wird mit der Konkurseröffnung unmöglich; mithin werden die Genossen nach § 275 BGB. von der Verpflichtung zur Leistung von nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Beträgen der Einlage frei.

5. Verträge mit einzelnen Genossen? **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 19, BlGenossWes. **06** 67, PucheltsZ. **07** 3. Aus § 18 kann nicht hergeleitet werden, daß die Genossenschaft nicht mit einzelnen Genossen über die Regelung ihrer genossenschaftlichen Verpflichtungen bindende Verträge abschließen kann. Sie muß sich nur in den von den §§ 22, 27 gezogenen Grenzen halten. So kann sie sich verpflichten, eine bestimmte Entrahmungsstation zu errichten. Der betreffende Genosse erhält durch einen darüber geschlossenen Vertrag ein unentziehbares Sonderrecht i. S. des § 35 BGB. auf die Errichtung dieser Station. **b)** Einrede der Simulation des Statuts? BlGenossWes. **07** 253 (LG. Berlin I). Die Genossenschaft, deren Statut als Gegenstand ihres Unternehmens die gemeinschaftliche Verwertung der in eigener Wirtschaft gewonnenen Milch bezeichnete, verlangte von einem ihrer Genossen die Lieferung der bei ihm gewonnenen Milch. Der Genosse wandte ein, daß die Bestimmung des Statuts auf Simulation beruhe; das Gericht ließ den Einwand zu, da die Bestimmung die Ziele und Zwecke der G. nur scheinbar und in der erkennbaren Absicht wiedergibt, eine rein formale Anwendung des GenG. zu ermöglichen.

§ 19. *Brückmann aaO. 242 ff. (s. oben § 7 Ziff. 1). Die Auffassung, daß im ersten Jahre nur von einer Summe der geleisteten Einzahlungen, noch

nicht aber von einem eigentlichen Geschäftsguthaben gesprochen werden könne, daß ein solches erst vorhanden sei, wenn mit seinem Abschlusse je nach dem Geschäftserfolg entweder ein Plus oder ein Minus hinzutrete, ist unhaltbar. Wenn nach Abschluß des ersten Jahres weder ein Gewinn noch ein Verlust den Einzahlungen hinzutreten würde und so auch nicht in den folgenden Jahren, dann würden nur „Geschäftsguthaben" entstehen können, sondern die „Einzahlungen" als solche dauernd verfestigt bleiben. Schon mit der ersten Einzahlung bildet sich eine Einlage, also auch bereits ein Geschäftsguthaben.

§ 20. Pfäfflin, R. **07** 1525 (gegen Parisius-Crüger, Komm. z. GenG. [5] 129). Die Unabänderlichkeit ist für den angesammelten Reservefonds so lange in Anspruch zu nehmen, als er die im Statute bestimmte Minimalhöhe noch nicht überschritten hat.

Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung.

§ 24. Literatur: BlGenossWes. **06** 375. Widerruflichkeit der Bestellung der Vorstandsmitglieder von Genossenschaften und vorzeitige Amtsniederlegung seitens der Vorstandsmitglieder. — Das. **07** 60. Berechnung der den Vorstandsmitgliedern von Genossenschaften gewährten Tantièmen. — Das. **07** 186. Entlastung des Vorstandes und Aufsichtsrats eingetragener Genossenschaften. — Das. **07** 174, 241. Tantièmen der Vorstandsmitglieder. — Das. **07** 432. Einfluß des Registerrichters auf das Vorhandensein der statutarisch vorgeschriebenen Zahl von Vorstandsmitgliedern bei e. G. —

1. Anspruch des Vorstandes auf Entlastung. BlGenossWes. **07** 174. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen sowie indirekt aus § 37 ist zu folgern, daß der Vorstand Entlastung durch die Generalversammlung fordern kann. Der Aufsichtsrat hat einen solchen Anspruch nicht.

2. JustdRundsch. **5** 14 (LG. Straubing). Eine Bestimmung des Statuts, wonach der Genossenschaftsvorstand aus fünf Mitgliedern besteht, von denen drei zusammen vertretungsberechtigt sind, und daß, falls zwei Mitglieder wegfallen, keine Ergänzungswahlen stattfinden, die Neuwahl vielmehr erst bei der nächsten ordentlichen Generalversammlung erfolgen soll, ist gültig.

3. Beschwerderecht des Genossen in Angelegenheiten der Genossenschaft. BlGenossWes. **06** 449 (KG.). Wie dem Aktionär in Angelegenheiten der Aktiengesellschaft grundsätzlich ein Beschwerderecht nicht zuzubilligen ist (Beschl. des KG. vom 22. Februar 1904, RJA. **4** 147, OLG. **8** 235, R. **04** 414), ebenso ist ein solches Recht des Genossen zu verneinen. Eine Ausnahme von dieser Regel könnte nur dann gemacht werden, wenn dem einzelnen Genossen ein bezügliches Sonderrecht eingeräumt wäre.

4. Verhältnis des Vorstandes zum Aufsichtsrate. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1156 pass. Aufsichtsrat und Vorstand stehen sich als gleichberechtigte Organe der Genossenschaft mit vollständig getrennten Funktionen und mit besonderen Rechten und Pflichten gegenüber. Daher wird eine statutenwidrige Handlungsweise des Vorstandes nicht dadurch geheilt, daß der Aufsichtsrat beistimmt (s. auch zu § 34).

§ 25. Literatur: BlGenossWes. **06** 104. Form der Unterschrift von Vorstandsmitgliedern bei Zeichnungen für die Genossenschaft.

1. Tragweite der Vorschriften über die Art der Firmenzeichnung. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 2. **b)** BlGenossWes. aaO. führen aus, daß der Registerrichter die Vorstandsmitglieder nicht nach § 160 zwingen kann, die Genossenschaft in der Form des § 28 ² zu zeichnen; auch zivilrechtlich knüpfen sich keine Nachteile an ungenaue Zeichnung, solange nur die Absicht, für die Genossenschaft zu handeln, erhellt. **c)** KGJ. **32** A 156, BlGenossWes. **07** 431 (KG.). § 25 enthält nur Ordnungsvorschriften, zu deren Einhaltung der Vor-

stand gemäß § 27 der Genossenschaft gegenüber verpflichtet ist. Geben die Vorstandsmitglieder eine Willenserklärung in anderer Form ab, ohne daß ein Zweifel daran bestehen kann, daß sie für die Genossenschaft handeln, so ist diese Erklärung wirksam, wenn sie die in den allgemeinen Gesetzen für solche Willenserklärungen vorgesehenen Formerfordernisse erfüllt. Danach ist eine Urkunde wirksam, in der die Vorstandsmitglieder erklärt haben, im Namen der Genossenschaft zu handeln, und die sie lediglich mit ihren Namen unterzeichnet haben; ist sie ordnungsmäßig unterzeichnet, so genügt sie auch für den Grundbuchverkehr.

2. Bevollmächtigung eines Kollektivvertreters durch den anderen. a) Vgl. JDR. **2** Note 1, **4** Note 1 zu § 24 und § 25. b) BayObLG., OLG. **15** 319, BlGenossWes. **07** 139, BankA. **6** 255, BayNotZ. **8** 87, BayRpflZ. **07** 149, SeuffBl. **07** 304. Abs. 1 Satz 3 verbietet nicht die Bevollmächtigung eines Vorstandsmitglieds zur Wahrnehmung von Grundbuch- und Zwangsversteigerungsangelegenheiten; hierfür spricht auch § 42. Ein solcher Vertreter kann namens der Genossenschaft mit einem der Vorstandsmitglieder, die ihn bevollmächtigt haben, als Privatperson einen Vertrag abschließen, ohne daß § 131 BGB. hindernd im Wege stünde; er ist nicht Bevollmächtigter der Vorstandsmitglieder, sondern der Genossenschaft.

3. Genehmigung des nur von einem Teile der zur Gesamtvertretung Berufenen abgeschlossenen Vertrags durch den anderen Teil. **RG. 61** 223 f. JDR. **5** zu § 232 HGB.

§ 26. Literatur: BlGenossWes. **06** 264. Legitimation der Vorstandsmitglieder vor dem Grundbuchamte.

§ 28. 1. BlGenossWes. **06** 205. Bei der Anmeldung eines neugewählten Vorstandsmitglieds unter Mitwirkung des letzteren bedarf es nicht noch der Einreichung einer besonderen Unterschriftszeichnung desselben.

2. Umfang des Prüfungsrechts des Registergerichts. RJA. 8 191, ZBlFG. 8 93, R. **07** 1016 (KG.). Wenn das Gesetz die Einreichung bestimmter Urkunden an das Registergericht vorschreibt, hat das den Zweck, daß das Gericht sie einer Prüfung unterwirft dahin, ob durch ihren Inhalt die nachgesuchte Eintragung der neuen Vorstandmitglieder gerechtfertigt wird. Damit wird aber gleichzeitig der Umfang der Prüfungspflicht dahin begrenzt, daß es regelmäßig einen weiteren Nachweis als eine ordnungsmäßige vollständige Urkunde über die Bestellung nicht zu verlangen hat. Form und Inhalt der Urkunden bestimmt sich, sofern die Bestellung durch die Generalversammlung erfolgt, nach § 47 und den Bestimmungen des Statuts; es gibt keine Vorschrift, welche fordert, daß die Beobachtung aller Punkte, welche für die Ordnungsmäßigkeit der Bestellung der Vorstandsmitglieder von Bedeutung sind, aus der einzureichenden Urkunde erhellen muß. Die Heranziehung der entsprechenden Vorschriften des HGB. usw. ist nicht zulässig.

§ 29. *Wiedemann, Ideale Vereine 369. Diese Eintragung hat rechtsbestärkende oder modifiziert deklarative Wirkung. Der Eintritt dieser Wirkung beginnt mit der Veröffentlichung der Eintragung (vgl. § 64 BGB.).

§ 33. Literatur: Kramer, Genossenschaftsgesetz und Aktienrecht, BlGenoss. Wes. **06** 427—428, 449—450. — Schumann, Dasselbe, BlGenossWes. **06** 471.

1. Bilanz und Buchführung. a) BlGenossWes. aaO. 427. Das Gericht hat die Befugnis zur Prüfung der veröffentlichten Bilanz (vgl. JDR. **2** Note 4). b) **RG.** BlGenossWes. **07** 615. Die Genossenschaften sind nach §§ 17 ² GenG., §§ 38 ff. HGB. verpflichtet, bei dem Beginn ihres Handelsgewerbes eine Bilanz aufzustellen. Aus § 33 läßt sich nicht folgern, daß die §§ 38 ff. aaO. für die Genossenschaften nicht gelten. c) BlGenossWes. **07** 615 bespricht diese Ent-

scheidung kritisch und gibt eine Übersicht der für die Aufstellung der Bilanz maßgebenden Vorschriften und Gesichtspunkte. **d)** Vgl. Note 6a zu § 7.

2. Strafbarkeit wegen mangelhafter Buchführung. **a) RG.** BlGenossWes. **07** 239. Der Mangel an eigener Einsicht und eigener kaufmännischer Bildung mußte den Angeklagten Anlaß geben, die ihnen angebotene Stellung als Vorstandsmitglied abzulehnen, keinesfalls aber kann er eine Entschuldigung dafür sein, daß die Angeklagten sich über die Erfüllung der ihnen aus der Übernahme der Stellung erwachsenden Pflichten hinweggesetzt haben. Je mehr die Angeklagten sich ihrer eigenen Unfähigkeit bewußt waren, um so dringenderen Anlaß hatten sie, in anderer Weise dafür Vorsorge zu treffen, daß dem Gesetze genügt wurde. Statt dessen haben sie sich dabei beruhigt, daß die Bücher und die Bilanz bisher von keiner Seite und auch nicht von der Aufsichtsbehörde oder dem Bücherrevisor beanstandet worden sind. **b) RG.** (StrafS.) **39** 217, BauersZ. **14** 155, DJZ. **07** 716. Die Anlegung neuer Bücher für die zurückliegenden 7 bis 8 Monate ist keine Führung von Handelsbüchern für diese Zeit nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung. Diesen widerspricht es, die Handelsgeschäfte nicht fortlaufend, die Geschäftsvorfälle nicht nach der Zeitfolge, und zwar binnen kurzer Frist nach dem Vorgange zu buchen, sondern erst am Ende längerer Zeiträume.

3. Die Zahl der am Jahresschlusse der Genossenschaft angehörigen Genossen. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 3, **4** Note 1. **b)** R. **07** 584, BlGenossWes. **07** 302 (KG.). In die nach Abs. 2 zu veröffentlichende Zahl der Genossen sind die nach §§ 65, 67, 68 ff. durch Kündigung, Ausschließung oder Tod zum Schlusse des Geschäftsjahrs ausscheidenden Genossen nicht mitzuzählen. Unter „am Jahresschlusse" ist der Zeitpunkt nach Ablauf des ersten Jahres zu verstehen (so **RG. 56** 425 f. JDR. **4** Note 1 zu § 33). Diese Auslegung folgt aus dem Zwecke und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und ist auch mit seinem, allerdings nicht ganz zweifelsfreien, Wortlaute vereinbar. **c)** Langen, ABürgR. **30** 289. Mit **RG. 56** 425 und dem KG. ist gegen Parisius-Crüger (5) anzunehmen, daß bei der zu veröffentlichenden Übersicht die mit dem betreffenden Geschäftsjahr ausscheidenden Genossen nicht mitzuzählen sind.

§ 34. 1. Einfluß der Genehmigung des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung auf die Haftpflicht des Vorstandes. ElsLothJZ. Z. **31** 45 (Colmar) (alte Fassung). Der Vorstand macht sich schadensersatzpflichtig, wenn auf Grund unrichtiger Bilanzen Gewinnauszahlungen zu Unrecht erfolgen. Er wird dadurch nicht entlastet, daß er im Auftrage des Aufsichtsrats die Bilanz unrichtig aufgestellt hat. Ebensowenig durch die auf die Bilanz ergangenen Entlastungsbeschlüsse der Generalversammlung und die Genehmigung der Gewinnverteilung durch sie. Beide wirken nur unter der Voraussetzung, daß der Generalversammlung die Geschäftslage vollständig klargelegt ist. Der Vorstand kann in Anspruch genommen werden, auch ohne daß die Generalversammlungsbeschlüsse angefochten sind, da seine Schadensersatzpflicht durch §§ 32, 141 (§§ 34, 142 jetzige Fassung) unmittelbar begründet ist.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1153 (alte Fassung). Aus § 32 (jetzt § 34) Abs. 2 und dem übrigen Gesetzesinhalte läßt sich eine Vorschrift des Inhalts, daß die Schadensersatzpflicht des seine Obliegenheiten verletzenden, insbesondere seine Befugnisse überschreitenden Vorstandsmitglieds dann nicht eintreten oder wegfallen solle, wenn der Vorstand als solcher oder der Aufsichtsrat mit dem die Schadensersatzpflicht begründenden Verhalten des Vorstandsmitglieds einverstanden gewesen ist, nicht herleiten. Das Einverständnis dieser Organe ist ohne Wirkung der Genossenschaft gegenüber, da diese dem Gesetz und dem Statut in gleicher

Weise unterworfen sind, wie das schuldhaft handelnde Vorstandsmitglied. Unerheblich ist auch ein im voraus kundgegebenes Einverständnis der Generalversammlung, da eine solche den Grundprinzipien des Genossenschaftsrechts widersprechende Willensäußerung der Generalversammlung, als der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufend, nichtig sein würde. Dagegen kann das statutenwidrige Verhalten des Vorstandsmitglieds durch einen nachträglichen Beschluß der Generalversammlung genehmigt werden, nämlich dann, wenn aus den Vorlagen oder Mitteilungen an die Generalversammlung nicht nur die statutenwidrige Handlung selbst, sondern auch die Tatsache ihrer Statutenwidrigkeit unzweideutig ersichtlich gewesen ist.

§ 36. Zahl der Mitglieder des Aufsichtsrats. RJA. 8 202, ZBlFG. 8 101 (KG.). Satz 1 legt den Genossenschaften nicht die Verpflichtung der Festsetzung einer einzelnen bestimmten Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern auf, sondern läßt ihnen hierbei Spielraum, so daß auch eine Bestimmung „der Aufsichtsrat besteht aus mindestens 6 Mitgliedern" dem Gesetze genügt.

§ 38. Literatur: Brodführer, Die Behandlung des Wechseldiskontgeschäfts hinsichtlich der Genehmigung durch den Aufsichtsrat, BlGenossWes. **07** 70. — BlGenoss. Wes. **06** 425. Ist der Aufsichtsrat befugt, ohne Genehmigung der Generalversammlung ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern Ruhegehälter zu bewilligen?

BlGenossWes. aaO. verneint die Frage, falls nicht das Statut eine solche Ermächtigung erteilt.

§ 39. Literatur: BlGenossWes. **07** 600. Die Vertretung des Vertragsteils beim Abschlusse von Verträgen zwischen einer e. G. und deren Vorstandsmitgliedern (Selbstbevollmächtigung).

§ 44. Literatur: Fricke, Die Generalversammlung der e. G. Dresden 1907.

§ 46. 1. Bekanntmachung der Generalversammlung. JustdRundsch. **25** 14 (LG. Straubing). Eine Bestimmung, wonach die Generalversammlung durch Anschlag an der Kirchentür bekannt zu machen ist, ist gültig.

2. Bekanntmachung des Zweckes der Generalversammlung, insbesondere bei Statutenänderungen. **RG.** BlGenoss. Wes. **07** 343, GruchotsBeitr. **51** 824, LeipzZ. **07** 352, R. **07** 461. Zur ordnungsmäßigen Bekanntmachung der Tagesordnung ist erforderlich, aber auch genügend jede Angabe, die in Anbetracht der jeweiligen Sachlage geeignet ist, die Genossen erkennen zu lassen, worüber verhandelt und Beschluß gefaßt werden soll. Die Ankündigung „Abänderung der §§ 1 und 16 des Statuts" genügt dem Gesetze, das eine dem § 274 Abs. 2 HGB. entsprechende Vorschrift nicht kennt.

§ 47. 1. Erzwingung des Rechtes auf Einsicht des Protokollbuchs. RJA. **6** 194, KGJ. **31** A 201, ZBlFG. **6** 712 (KG.). Der einzig zulässige Weg für die Durchsetzung des Rechtes eines Genossen auf Einsicht des Protokollbuchs mit Hilfe des Registergerichts ist das gemäß § 160 dieses Gesetzes über § 132 FGG. einzuleitende handelsgerichtliche Ordnungsstrafverfahren.

2. Einsichtnahme durch einen Vertreter. KG. (s. o. Ziff. 1). Das Recht zur Einsicht des Protokollbuchs kann durch einen Vertreter ausgeübt werden. Dafür spricht der Vergleich mit § 43 Abs. 4 GenG. und § 118 HGB. Die Entstehungsgeschichte steht dem nicht entgegen. Auch fehlt es an allgemeinen Gründen, um von dem Grundsatze der Zulässigkeit der Stellvertretung abzuweichen. Der häufig niedrige Bildungsgrad der Genossen spricht sogar für seine Anwendung. — Damit ist nicht gesagt, daß die G. nicht aus besonderen Gründen einen Vertreter sollte zurückweisen können, weil ihr Schaden von ihm droht.

§ 49. Literatur: Diehl, Festsetzung der Höchstkreditgrenze nach § 49 Abs. 2 GenG., BlGenossWes. **07** 17. — Flacho, § 49 GenG., BlGenossWes. **06** 51. — Schaar, Festsetzung des Höchstbetrags der Kreditgewährung an Genossen, das. **06** 593. — Stenger, Festsetzung des Höchstbetrags der Kreditgewährung an Genossen, Bl. GenossWes. **06** 547.

Diehl aaO. Lombardkredit fällt in die Höchstgrenze, nicht aber ein Lombarddarlehen, das nur einem vorübergehenden Geldbedürfnisse dient.

§ 51. 1. Muß die Anfechtung eines gesetzwidrigen Generalversammlungsbeschlusses in den Formen des § 51 erfolgen? a) BlGenossWes. **07** 204, LeipzZ. **07** 443 (Celle). Die Nichtigkeit kann ohne Anfechtung aus § 51 geltend gemacht werden, da die Generalversammlung durch den Beschluß ihre gesetzliche Zuständigkeit überschritten hat (vgl. Note 2a zu § 18). **b)** OLG. **14** 361 (Posen). Ein Generalversammlungsbeschluß kann wegen Verletzung des Gesetzes nur im Wege des § 51 angefochten werden. Insbesondere führt ein Verstoß gegen § 148 Ziff. 2 nicht ohne weiteres seine Nichtigkeit herbei. § 134 BGB. findet nur Anwendung, soweit das Gesetz nichts anderes ergibt. Dies ist hier aber der Fall. Die Folgen eines Verstoßes gegen § 148 Ziff. 2 sind in §§ 99, 140 dahin geregelt, daß die Genossenschaft sich schadensersatzpflichtig und ihre Vorstandsmitglieder sich strafbar machen.

2. Ausschluß eines Genossen. Anfechtung des Beschlusses. a) Vgl. JDR. **2** Note 6, 7, 8. **b)** SächsOLG. **27** 337, DJZ. **06** 268 (Dresden). Der Beschluß der Generalversammlung über den Ausschluß eines Mitglieds kann nur dann mit Klage angefochten werden, wenn der Betroffene seinen Widerspruch gegen den Beschluß zu Protokoll der Versammlung erklärt hat. Das Recht auf die Mitgliedschaft ist kein Sonderrecht. Die formellen Anfechtungsbeschränkungen des § 51 sind auch auf die Anfechtung eines Ausschließungsbeschlusses anwendbar, da § 51 nach Möglichkeit Sicherheit dafür zu schaffen bestimmt ist, daß nicht ein Zustand längerer Unbestimmtheit über die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen eintritt. **c)** OLG. **12** 436, RJA. **7** 121, KGJ. **32** A 303, ZBlFG. **7** 146 (Hamburg). § 51 bezieht sich nur auf Individualrechte, auf Rechte der Minderheit. Dagegen fallen nicht unter ihn Ansprüche aus der Mitgliedschaft, soweit sie vermögensrechtlicher Natur sind und nur ein einzelnes Mitglied betreffen, z. B. das Recht auf Verbleiben in der Genossenschaft. Dies ergibt sich daraus, daß die unter § 51 fallenden Klagen, falls der in Frage kommende Generalversammlungsbeschluß für nichtig erklärt wird, Rechtskraft gegen alle Genossen schafft. **d)** vgl. § 68 Note 2.

3. SeuffBl. **07** 309 (Augsburg). Die Anfechtungsklage aus § 51 ist ein Individualrecht des Genossen, gegeben zur Geltendmachung von Rechten der Genossenschaft namens und im Interesse derselben; verfolgt dagegen der Genosse einen vermögensrechtlichen Anspruch zu eigenem Vorteile, so ist er an die Bedingungen des § 51 nicht gebunden, mag er auch seinen Anspruch aus der Mitgliedschaft der Genossenschaft herleiten.

4. Anfechtung bei Verletzung von Sonderrechten? a) Vgl. JDR. **2** Note 5 **b)** **RG.** BlGenossWes. **06** 241, HoldheimsMSchr. **06** 170, JW. **06** 237, PuceltsZ **37** 534. Ein Generalversammlungsbeschluß, welcher 50 pCt. der Guthaben der Genossen, ohne eine diesbezügliche Bestimmung des Statuts, dem Reservefonds, und weitere 25 pCt. einer neu geschaffenen Spezialreserve zuschreibt, kann von einem mit dem Ablaufe der fraglichen Jahre ausscheidenden Mitglied angefochten werden. Die Anfechtung braucht nicht in den Formen des § 51 zu erfolgen, da es sich nicht nur um eine Gesetz- bzw. Statutenwidrigkeit handelt. Ein solcher Beschluß, der das ausscheidende Mitglied in ganz anderer härterer Weise trifft, als das in der Genossenschaft verbleibende, und unter

Verletzung des Grundsatzes der gleichheitlichen Behandlung aller Genossen, wie des Verbots der Erschwerung des freien Austritts in unzulässiger Weise das Recht des Genossen auf sein Geschäftsguthaben verkümmert, muß als ein Eingriff in dessen gesetzlich geschütztes Sonderrecht betrachtet werden, wofür die Anfechtung nicht an die Voraussetzungen des § 51 aaO. gebunden ist. **c) RG. 62** 303, BayRpflZ. **06** 294, BlGenossWes. **06** 283, HoldheimsMSchr. **06** 135, JW. **06** 180. Wird durch einen Generalversammlungsbeschluß ein Sonderrecht verletzt, so ist der Genosse, der sich dagegen wehren will, nicht an den Weg der Anfechtung aus § 51 gebunden.

5. Fortdauer des Anfechtungsrechts nach dem Ausscheiden des anfechtenden Genossen. **RG. 66** 134, BlGenossWes. **07** 470, LeipzZ. **07** 590, JW. **07** 490 Ziff. 33, DJZ. **07** 965. Das GenG. schreibt nicht vor, daß der anfechtende Genosse für die ganze Dauer des Anfechtungsprozesses der Genossenschaft angehören müsse; eine solche Vorschrift läßt sich auch weder im Wege der Analogie aus der für die wesentlich anders konstruierte AG. gegebenen Bestimmung, noch aus § 73 GenG. oder anderen Bestimmungen des GenG. herleiten. — Der Regel nach ist auch für den ausgeschiedenen Genossen, die Möglichkeit, Beschlüsse der Generalversammlung, die während seiner Mitgliedschaft ergangen sind, anzufechten, von Bedeutung Man kann dem nicht entgegnen, daß der ausgeschiedene Genosse nur noch an einer eventuellen Berichtigung der für die Auseinandersetzung zwischen ihm und der Genossenschaft zugrunde zu legenden Bilanz Interesse habe und diese auch ohne Anfechtung aus § 51 erreichen könne. So kann er auch an der Beseitigung anderer Beschlüsse, z. B. auf Erhöhung der Haftsumme (§ 132 GenG.) oder des Geschäftsanteils mit Anzeigepflicht interessiert sein, da durch sie sein nach § 73 zu ermittelndes Ausscheidungsguthaben erheblich herabgedrückt werden und eine gefährliche Erstarkung der Konkurshaftung eintreten kann. Aber auch bei Beanstandung der Auseinandersetzungsbilanz kann er ohne vorherige Anfechtung nur auf solche Bilanzverstöße zurückgreifen, die er auch als Genosse außerhalb der Formen der Anfechtungsklage hätte geltend machen können. Beruhen die Bilanzverstöße dagegen auf Generalversammlungsbeschlüssen, deren Ungültigkeit nur im Wege der formellen Anfechtung geltend gemacht werden kann, so ist die Durchführung der Anfechtungsklage auch hinsichtlich der Bilanz für den ausgeschiedenen Genossen von größter Wichtigkeit. Würde ihm durch sein Ausscheiden die Möglichkeit der Durchführung der Anfechtungsklage entzogen, so bliebe ihm kein Mittel zur Wahrung seiner Rechte. — Aus vorstehenden Erwägungen folgt andererseits, daß die Aktivlegitimation des ausgeschiedenen Genossen dann und insoweit aufhört, als die Anfechtung gegen Beschlüsse gerichtet ist, an deren Vernichtung er kein Interesse mehr hat; d. h. dann, wenn der Erfolg der Anfechtung keinen ihm günstigen Einfluß auf das Ergebnis der Auseinandersetzung haben, auch seine trotz des Ausscheidens noch mögliche genossenschaftliche Haftung nicht herabsetzen würde. Das Fehlen des Interesses muß der Anfechtungsgegner dartun, nicht umgekehrt der Anfechtende das Vorhandensein des Interesses.

6. Formales. a) Anfechtungsfrist für den nicht anwesenden Genossen. **RG.** JW. **07** 490 Ziff. 32. Die Frist des Abs. 1 läuft auch für den in der Generalversammlung nicht zugegen gewesenen Genossen von der Generalversammlung, nicht erst von der Kenntnisnahme von dem Beschluß ab (mit Parisius u. Crüger [5] Anm. 4, Joël, GenG. 54 f.; gegen Birkenbihl Anm. 5). **b)** Abs. 3 Satz 2. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 312. Dem Abs. 3 Satz 2 wird nicht bereits dadurch genügt, daß die Klage von sich sagt, daß sie gegen die Genossenschaft, vertreten durch Vorstand und Aufsichtsrat, gerichtet sei; sie muß auch beiden Organen zugestellt sein.

7. Einfluß des Konkurses auf die Anfechtungsklage. **RG.** BlGenossWes. **07** 391. Das Prozeßverfahren, das auf Ungültigkeitserklärung eines Generalversammlungsbeschlusses, durch den zwei Bilanzen der G. genehmigt wurden, gerichtet ist, wird durch die Eröffnung des Konkurses über die G. unterbrochen, da die angestrebte Entscheidung auf das gegenwärtige, der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen der G. einzuwirken geeignet ist.

Vierter Abschnitt. Revision.

§ 55. OLG. **12** 202 (Karlsruhe). Aus § 55 folgt nicht, daß der Vorstand eines nach diesem Gesetze begründeten Verbandes befugt ist, Beschwerden für die seinem Verbande angehörigen Genossenschaften einzulegen und durchzuführen. Für die Vertretung der einzelnen Genossenschaft ist nach § 24 lediglich deren Vorstand zuständig. Die Legitimation des Verbandsvorstandes läßt sich auch nicht auf § 20 FGG. gründen, da ein Recht des Verbandes durch die an die Genossenschaft gerichtete Entscheidung hier nicht getroffen ist.

Fünfter Abschnitt. Ausscheiden einzelner Genossen.

Vorbemerkung: Über den Einfluß des Ausscheidens auf die Aktivlegitimation zu Anfechtungsprozessen vgl. Note 5 zu § 51.

§ 65. Literatur: BlGenossWes. **07** 430. Berechnung der Aufkündigungsfrist des § 65 GenG.

1. Vgl. zu § 69.

2. BlGenossWes. aaO. Die am 1. Oktober zum 1. Januar erfolgende Kündigung ist verspätet.

§ 66. Marcus, Zur Natur des Kündigungsrechts in den Fällen der §§ 725 BGB., 135 HGB., 66 GenG., JW. **07** 539 f. § 725 BGB.

§ 68. Literatur: BlGenossWes. **07** 113. Können durch das Statut an die Ausschließung eines Genossen weitere Rechtsfolgen als die im § 68 Abs. 4 GenG. vorgesehenen geknüpft werden?

1. BlGenossWes. **07** 113 bejahen die Frage und halten für zulässig eine Bestimmung, daß der Genosse von der Absendung der Ausschließungsanzeige ab an dem gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebe nicht mehr teilnehmen darf.

2. Richterliche Nachprüfung der Ausschließung. **a)** Vgl. JDR. **4** Note 1. **b)** OLG. **16** 108, LeipzZ. **07** 443 (Celle). Der Beschluß einer Genossenschaft, ein Mitglied auszuschließen, unterliegt richterlicher Nachprüfung. **c)** HansGZ. **07** Hptbl. 188 (Hamburg). Eine statutarische Bestimmung mit der Tragweite, daß die Generalversammlung unter Ausschluß des Rechtswegs über einen zwischen der Genossenschaft und einem ausgeschlossenen Mitglied über die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses entstandenen Rechtsstreit zu entscheiden habe, würde gegen das Gesetz verstoßen. Der Richter hat nicht nur das formgültige Zustandekommen des Ausschließungsbeschlusses, sondern auch seine Begründetheit nachzuprüfen. Der abweichenden Ansicht des Kommentars von Parisius und Crüger (5) 417 f. ist nicht beizutreten; die von ihm für seine Ansicht zitierten Entscheidungen können dieselbe nicht stützen. **d)** WürttJ. **18** 40 (Stuttgart). Die Gerichte sind befugt, nachzuprüfen, ob die Ausschließung eines Genossen aus der Genossenschaft sachlich berechtigt ist. Die entgegengesetzten Grundsätze des Vereinsrechts können auf die Genossenschaften keine Anwendung finden. Die Nachprüfung kann von dem Betroffenen auch ohne Beachtung des § 51 gefordert werden. **e)** Vgl. auch Note 2 zu § 51.

3. Wirkung der Ausschließung auf die Einlagepflicht. **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 20. Dadurch, daß die Genossenschaft einen Genossen

wegen Nichterfüllung seiner genossenschaftlichen Pflichten aus der Genossenschaft ausschließt, begibt sie sich nicht ihres Anspruchs auf Einzahlung des noch rückständigen Geschäftsanteils. Das Recht des Ausgeschlossenen, gegen diesen Anspruch mit seinem Anspruch aus § 73 aufzurechnen, wird dadurch nicht beeinträchtigt.

§§ 69, 70. Literatur. Donath, BlGenossWes. **06** 119. Kann eine eingetragene Genossenschaft einen Genossen, der für den Schluß eines Geschäftsjahrs seinen Austritt erklärt hat, nach diesem Zeitpunkte noch zu genossenschaftlichen Leistungen heranziehen, wenn die Eintragung der Austrittserklärung in die Liste der Genossen infolge Verschuldens des Vorstandes unterblieben ist?

1. Schuldhafte Nichteinreichung der Kündigung zur Liste der Genossen. **a)** Donath aaO. bejaht mit Parisius-Crüger (5) Erl. 3 zu § 69 die im Titel aufgeworfene Frage. **b)** SchlHolst. Anz. **07** 290 (Kiel). Wenn ein Mitglied einer Genossenschaft die Erklärung der Aufkündigung seiner Mitgliedschaft dem Vorstand eingereicht, dieser aber die Weitergabe an das Registergericht unterlassen hat, so ist zwar seine Mitgliedschaft nicht erloschen, er hat aber gegenüber Ansprüchen der Genossenschaft, die bei ordnungsmäßigem Verfahren nicht bestanden haben würden, die weder durch das BGB. noch durch das GenG. aufgehobene exceptio doli generalis. **c)** Anderer Ansicht: LeipzZ. **07** 674, BlGenossWes. **07** 537 (Celle). Der Genossenschafter bleibt bis zu seiner Löschung im Register auch der Genossenschaft gegenüber verpflichtet. Die **RG. 57** 299 = JDR. **4** Note 6 zu § 15 angeführten Gründe treffen auch dann zu, wenn der Vorstand schuldhaft die Herbeiführung der Löschung verabsäumt hat. **RG. 41** 56 ist daher nicht zuzustimmen. Der Genossenschafter ist durch § 71 und ev. seinen Schadensersatzanspruch gegen den Vorstand geschützt.

2. Ist die Versicherung des § 69 Abs. 1 eine empfangsbedürftige Willenserklärung? R. **06** 46 (KG.). Die nach § 69 GenG. mit der Aufkündigung der Genossen dem Gerichte (§ 10) vom Vorstande zur Liste der Genossen einzureichende Versicherung ist keine Willenserklärung im zivilrechtlichen Sinne, sondern ein Zeugnis, zu dessen Abgabe der Vorstand durch die öffentlich-rechtliche Ordnungsvorschrift dieses Paragraphen verpflichtet ist. § 130 Abs. 3 BGB. findet daher auf sie nicht Anwendung, sie kann dem Registergericht oder, wenn die Sache in der Beschwerdeinstanz schwebt, auch dem Beschwerdegericht eingereicht werden.

§ 71. BayObLG., RJA. **9** 31, BlGenossWes. **07** 618, BayRpflZ. **07** 331, LeipzZ. **07** 752, OLG. **16** 111, SeuffBl. **07** 994, ZBlFG. **8** 427, R. **07** 839 Die trotz des Mangels der Beglaubigung erfolgte Eintragung darf, sofern die Angabe, daß die Anerkennung erfolgt sei, richtig ist, wegen Außerachtlassung jener Vorschrift nicht von Amts wegen gelöscht werden. Die Beglaubigung ist keine wesentliche Voraussetzung i. S. der §§ 142, 147 FGG.

§ 73. 1. Rückgängigmachung der Kündigung bei Pfändung des Geschäftsguthabens. OLG. **14** 177, BlGenossWes. **07** 520 (KG.). Ein Genosse, dessen Anspruch auf Auszahlung seines Geschäftsguthabens gegen die Genossenschaft gepfändet ist, kann gleichwohl mit voller Rechtswirkung über seine Mitgliedschaft verfügen und mit Einwilligung der Genossenschaft seine Kündigung ihr gegenüber rückgängig machen. Diese Rücknahme beeinflußt zwar mittelbar das versteckte Forderungsrecht, ist aber keine Verfügung darüber. Die Rückgängigmachung verstößt auch nicht gegen den Inhalt des Pfändungsbeschlusses, der nur die Zahlung an den Schuldner verbietet; es läßt sich auch nicht sagen, daß durch sie der Eintritt der Fälligkeit der gepfändeten Forderung wider Treu und Glauben vereitelt wird.

2. Die Grundlage für die Auseinandersetzung. KG., BlGenossWes. **07** 216 (Milchzentrale). Bis zur Auseinandersetzung kann die Generalversammlung eine unrichtige Bilanz berichtigen, da die Auseinandersetzung auf Grund der wirklichen Vermögenslage zu erfolgen hat. Eine zulässige Berichtigung liegt aber nicht vor, wenn eine Forderung, deren Zweifelhaftigkeit den Genossenschaftsorganen bei Aufstellung der Bilanz bekannt war, nachträglich ausfällt, und nunmehr eine Bilanz in der Weise aufgemacht wird, daß die Forderung fortfällt.

§ 76. BlGenossWes. **07** 83. Ein nach § 76 einem anderen übertragenes Geschäftsguthaben unterliegt bis zur Erteilung der statutarisch erforderlichen Genehmigung nicht noch der Pfändung durch den Gläubiger des bisherigen Genossen. Die Genehmigung ist kein Bestandteil des Übertragungsgeschäfts, § 184 Abs. 2 BGB. ist nicht anwendbar.

§ 77. Marcus, Kann das Veräußerungsrecht des Genossen nach seinem Tode auch von den Erben ausgeübt werden? ZBlFG. **6** 513.

1. Marcus aaO. Der Genosse scheidet im Falle seines Todes mit dem Schlusse des beim Tode laufenden Geschäftsjahres aus. (Diese Bestimmung kann durch das Statut nicht abgeändert werden, s. § 18 GenG.). Seine Erben können bis zum Schlusse des Geschäftsjahrs gemäß § 76 GenG. das Geschäftsguthaben veräußern. Es ist weder dem Wortlaute noch dem Sinne der §§ 76, 77 zu entnehmen, daß die Veräußerungsbefugnis nur dem Genossen selbst, nicht auch seinen Erben zusteht. Auch die ratio des § 76, die dahin geht, die Stellung der Mitglieder im Falle des Austritts gegenüber den sonstigen Erschwerungen und der Beschränkung des Anspruchs auf Auszahlung des Geschäftsguthabens durch Zulassung der Veräußerung zu erleichtern, spricht dafür. Dazu kommt, daß auch der Genosse selbst sein Geschäftsguthaben durch einen Vertreter veräußern kann.

2. OLG. **14** 360, BlGenossWes. **07** 506, DJZ. **07** 1325 (KG.). Die Rechtslage beim Tode eines Genossen bestimmt sich nach §§ 77, 73. Das Statut kann Abweichungen nur im Rahmen des § 73 Abs. 2 festsetzen. Die Eintragung einer anderweiten Abänderung ist aus öffentlich-rechtlichen Gründen abzulehnen. Wie § 18 klar ergibt, ist den Genossen die Regelung ihrer genossenschaftlichen Angelegenheiten grundsätzlich nicht freigegeben, vielmehr dürfen sie nur in gewissen, gesetzlich genau festgesetzten Punkten von den Bestimmungen des Gesetzes abweichen.

3. Unvererblichkeit der Mitgliedschaft. SchlHolstAnz. **06** 220 (Kiel). § 77 enthält, wie die Vergleichung mit § 38 Abs. 2 des Gesetzes in der Fassung vom 4. Juli 1868 und die Entstehungsgeschichte ergibt, die zwingende Vorschrift, daß die Mitgliedschaft unvererblich ist. Entgegenstehende Vorschriften des Statuts sind daher nichtig.

Sechster Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Genossenschaft.

§ 83. Literatur: BlGenossWes. **07** 562—564. Eine in Liquidation befindliche Genossenschaft ohne Vorstand.

1. BlGenossWes. aaO. § 29 BGB. ist entsprechend anwendbar.

2. Abs. 2 des § 33 gilt auch für die Zeit der Liquidation. GoldschmidtsZ. **58** 325 = JDR. **4** Note 1. — BlGenossWes. **06** 30.

§ 84. Offiziallöschung der Eintragung, daß die Vertretungsmacht der Liquidatoren erloschen ist. OLG. **14** 158, BlGenossWes. **17** 98 (KG.). Haben die Liquidatoren die Beendigung ihrer Ver-

tretungsbefugnis angemeldet, obwohl die Liquidation noch nicht beendet war, und ist eine entsprechende Eintragung in das Genossenschaftsregister gemacht, so ist diese Eintragung wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig und nach § 142 FG. von Amts wegen zu löschen.

§ 90. Anspruch gegen die Genossenschaft nach Verteilung. **RG.** BlGenossWes. **06** 149, JW. **06** 40. Eine Forderung kann gegen eine Genossenschaft auch dann noch im Wege der Klage geltend gemacht werden, wenn die Liquidation durch Vermögensverteilung beendet, die Beendigung im Register eingetragen und öffentlich bekannt gemacht worden ist. Aus Abs. 2 folgt, daß die Fortdauer der Parteifähigkeit einer Genossenschaft auch nach der Vermögensverteilung dem Gesetze nicht unbekannt ist. Auch wenn ein Geldbetrag nach Abs. 2 nicht hinterlegt ist, hat die Genossenschaft nach Abs. 3 noch einen Ersatzanspruch, der ihr trotz der Verteilung verbleibt.

§ 94. Anwendbarkeit auf alte Gesellschaften. Beschränkung der Nichtigkeitsklage nach Auflösung der Genossenschaft. **RG. 64** 193, BlGenossWes. **07** 96, JW. **06** 776. Das Statut verletzt eine wesentliche Bestimmung (§§ 7, 95), indem es die Geschäftsanteile der Genossen nicht gleich hoch und nicht genau festsetzt. Für die Geltendmachung der hieraus folgenden Nichtigkeit ist auch bei Genossenschaften des alten Rechtes das neue Gesetz maßgebend, da es sich um öffentliches Recht handelt. Danach kann jeder Genosse die Nichtigkeit durch Klage oder Einrede geltend machen. Dieses Recht hat er jedoch nicht gegenüber einer Klage, die lediglich die Abwickelung der Geschäfte einer liquidierenden und im Konkurse befindlichen Genossenschaft bezweckt. In dieser Begrenzung ist die Genossenschaft nach § 97 rechts- und parteifähig.

Siebenter Abschnitt. Konkursverfahren und Haftpflicht der Genossen.

§ 98. Zulässigkeit des Konkurses, wenn nur ein Gläubiger vorhanden ist. 1. **RG.** (Straff.) **39** 326. Zulässig ist der Konkurs grundsätzlich auch dann, wenn der Genossenschaft nur ein einziger Gläubiger gegenübersteht. Dieser Grundsatz erhält besondere Bedeutung durch § 105.

2. BlGenossWes. **07** 201 (KG.). Die Kosten der gegen die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen einer e. G. von deren Vorstand namens der G. erfolglos eingelegten sofortigen Beschwerde fallen nicht den Vorstandsmitgliedern zur Last.

§ 101. Grundstückskäufe durch den Konkursverwalter. BayObLG., OLG. **15** 329, BlGenossWes. **07** 680, BayRpflZ. **07** 298, SeuffBl. **07** 794, ZBlFG. 8 256. Die Genossenschaft wird durch die Eröffnung des Konkursverfahrens aufgelöst, gilt aber bis zur Beendigung des Konkurses für den Zweck dieses Verfahrens als fortbestehend (**RG. 50** 107). Im Rahmen dieses Zweckes kann der Konkursverwalter Grundstücke für sie erstehen. Diese sind auf den Namen der Genossenschaft unter gleichzeitigem Vermerke der Konkurseröffnung im Grundbuch einzutragen.

§ 106. Aufstellung der Vorschußberechnung. **RG.** BlGenossWes. **07** 457, HoldheimsMSchr. **07** 175, JW. **07** 370 Ziff. 20. Die Genossen können nicht verlangen, daß der Verwalter in der Vorschußrechnung diejenigen Genossen bezeichnet, deren Unvermögen voraussehbar ist, und unter Verteilung der dadurch entstehenden Ausfälle den Kopfteil der voraussichtlich Zahlungsfähigen berechnet. Der Konkursverwalter hat nach Abs. 2 Satz 2 freie Hand. Das Korrektiv gegen Übergriffe liegt in dem Prüfungsrechte des Gerichts nach Abs. 3 und der Haftbarkeit des Verwalters aus § 82 ZPO.

§ 111. Über Notwendigkeit der Streitgenossenschaft vgl. Lux, JDR. 5 zu § 78 ZPO.

Achter Abschnitt. Besondere Bestimmungen.

§ 134. Verpflichtung zum Erwerbe mehrerer Geschäftsanteile. **RG. 62** 303, BayRpflZ. **07** 294, BlGenossWes. **06** 283, Holdheims MSchr. **06** 137, JW. **06** 180. Den Genossen kann im Statute die Verpflichtung zum Erwerbe mehrerer Geschäftsanteile auferlegt werden. Auch die Verpflichtung zu sukzessiver Mehrbeteiligung ist zulässig. Wird der Geschäftsanteil durch Beschluß der Generalversammlung erhöht, so muß jeder Genosse den auf seinen Anteil entfallenden Betrag bezahlen, sobald die Einzahlungspflicht entsprechend erhöht wird. Dies kann stillschweigend geschehen, indem gelegentlich die Erhöhung des Geschäftsanteils die statutarische Bestimmung, daß der Anteil in voller Höhe einzuzahlen ist, unverändert bleibt.

Neunter Abschnitt. Strafbestimmungen.

§ 146. 1. Subjektiver Tatbestand. **RG.** (Straff.) **38** 1. Zur subjektiven Verschuldung i. S. des Paragraphen genügt das Bewußtsein des Eintritts einer Vermögensbeschädigung. Das Vorhandensein einer Benachteiligungsabsicht setzt § 140 nicht voraus.

2. Objektiver Tatbestand. **RG.** R. **06** 131. Daß ein Vorstandsmitglied einen für die Genossenschaft eingenommenen Betrag für sich verbraucht, bedeutet regelmäßig dann nicht einen Nachteil für die Genossenschaft, wenn der Anspruch auf Ersatz dieses Betrags, der der Genossenschaft gegen ihren bevollmächtigten Vertreter erwächst, wirtschaftlich jenem Geldbetrag an Wert völlig gleich steht. — Während Unterschlagung — sofern die Absicht und Möglichkeit jederzeitigen Ersatzes den subjektiven Tatbestand nicht ausschließt — bei Aneignung fremden Gutes vorliegen kann, gleichviel, ob dem Eigentümer daraus dauernd oder vorübergehend Nachteil erwächst, ist es für den Tatbestand des § 146 GenG. unerläßlich daß das vorhandene Vermögen der Genossenschaft geringer geworden ist.

§ 147. **RG.** (Straff.) **38** 1. Der subjektive Tatbestand des Paragraphen wird erfüllt durch die Kenntnis und das Bewußtsein von der objektiv unrichtigen Darstellung der Verhältnisse der Genossenschaft.

§ 148. OLG. **14** 362 (Posen) vgl. Note 1b zu § 51.

Zehnter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 156. Literatur: Josef, Das Beschwerderecht der Genossenschaften über die Auswahl der zu gerichtlichen Bekanntmachungen bestimmten Blätter, R. **07** 40ff.

1. Josef, aaO. tritt der Entsch. zu 2 bei, bekämpft aber die Begründung. Durch die Verfügung werden die Rechte der Genossenschaft im Sinne des § 20 FGG. betroffen. Der zitierte Paragraph versteht unter Recht nicht bloß materielle, selbständige, nur aus besonderer Veranlassung von der Tätigkeit der freiwilligen Gerichtsbarkeit berührte Rechte, sondern das Recht der in concreto Beteiligten auf richtige Besorgung seiner Angelegenheit. — Die Auswahl der Blätter ist jedoch keine Verfügung zur Regelung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, sondern dient lediglich der Registerführung im allgemeinen; nur gegen Verfügungen der ersteren Art ist aber Beschwerde gegeben.

2. BayObLG. **6** 752, RJA. **7** 37, BlGenossWes. **06** 75, DJZ. **06** 1212, KGJ. **31** A 367, OLG. **12** 436, ZBlFG. **7** 88, R. **06** 192. Die Auswahl der

zur Veröffentlichung der Eintragungen bestimmten Blätter unterliegt nicht der Beschwerde. Die dem auswählenden Richter obliegende Verpflichtung, die Auswahl sachgemäß zu treffen, ist nicht eine Amtspflicht, die ihm im Sinne des § 839 BGB. Beteiligten gegenüber obliegt. Da durch nicht sachgemäße Auswahl die Rechte der Genossenschaften nicht beeinträchtigt werden, entfällt die Beschwerde (§ 20 FGG.).

3. BlGenossWes. **06** 76 wendet sich gegen diese Entscheidung.

§ 157. Literatur: BlGenossWes. **07** 124. Die Form der Unterschriftsbeglaubigung bei den von Gemeindevorstehern und Polizeibehörden auf Grund von § 8 der Bundesratsbekanntmachung betr. Führung des Genossenschaftsregisters vom 1. Juli 1899 bewirkten Beglaubigungen.

1. BlGenossWes. aaO. Art. 115 PrAGFGG. findet keine Anwendung auf die Beglaubigungen.

2. RJA. **9** 42, ZBlFG. **8** 435 (Jena). Die Anmeldungen zum Register sind nicht Sache der nach Maßgabe des Statuts durch den Vorstand vertretenen Genossenschaft, sondern des Vorstandes als solchen. Sie liegen allen im Statute vorgesehenen Vorstandsmitgliedern ob; die Anmeldungen der wirklich vorhandenen Vorstandsmitglieder sind dann, wenn einige Stellen nicht besetzt sind, nicht geeignet, zu einer Eintragung zu führen.

Wechselordnung.

Literatur: Bernstein, Allgemeine deutsche und allgemeine österreichische Wechselordnung (5). München 1906. — Gareis, Allgemeine deutsche Wechselordnung (5). München 1906. — Meyer, Weltwechselrecht, Berlin 1906. GoldschmidtsZ. **59** 635. — Ders., DJZ. **07** 497 ff. — Schuster, BankA. **6** 206 ff. mit Nachwort von Riesser das. 207 (spricht sich gegen eine allgemeine internationale Regelung des Wechselrechts aus). — Staub, Kommentar zur Wechselordnung. 5. Auflage von J. Stranz und M. Stranz. Berlin 1907. (S. dazu Marcus, JLBl. **07** 107 ff.) — Die Vereinheitlichung der Wechselrechte, BlGenossWes. **07** 124.

Allgemeines.

1. Jacobi, Zur Entstehung der Wechselschuld, DJZ. **06** 528 ff. [Ders., Die Wertpapiere im bürgerlichen Rechte des Deutschen Reichs (1906) 166—200; Das Wertpapier als Legitimationsmittel (1906) 23—52, 54—56.] Die Wechselschuld entsteht wie jede andere Verbindlichkeit aus einem schriftmäßigen Wertpapiere regelmäßig durch Vertrag. Ist aber ein Vertrag nicht zustande gekommen, jedoch das Papier durch eine Handlung des Ausstellers vollendet, so hat derjenige, welcher sich durch den Besitz des Papiers als Berechtigter ausweist, zugunsten gutgläubiger Dritter den Rechtsschein für sich, als hätte er das Papier durch Vertrag erworben. — Die Ausstellung des Wechsels als bloße Ausstellungs*handlung* und unabhängig von der Wirksamkeit der Willenserklärung muß die Kraft haben, nicht nur eine Pflicht zum Schadensersatze, sondern gegenüber gutgläubigen Dritterwerbern eine Schuld nach Maßgabe der Schrift hervorzurufen.

2. Danziger, Über die Zulässigkeit und die Bedeutung der gewöhnlichen Hypothek im Wechselverkehre, JW. **06** 370—373. Nach § 1187 BGB. sind Verkehrshypotheken für den Wechselverkehr zwar insofern unzulässig, als lediglich die aus einem Wechsel geschuldeten Forderungen durch die Eintragung der Hypothek dinglich gemacht werden sollen. Zulässig ist es jedoch, daß der Gläubiger für die ursprüngliche, dem Wechsel zugrunde liegende Forderung sich eine Verkehrshypothek bestellen läßt.

Art. 4. 1. Ziff. 1. OLG. **13** 81, R. **07** 193 Ziff. 370 (Cassel). Durch eine Erklärung im Wechsel, welche eine Vereinbarung der Zuständigkeit des Gerichts enthält, wird der Wechsel und diese Erklärung nicht ungültig. Denn die Ansicht, daß alle in einem Wechsel enthaltenen Erklärungen, die nicht ausdrücklich von der WO. gestattet sind, unzulässig seien, hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden; es sind vielmehr nur diejenigen Erklärungen für unstatthaft zu halten, die verboten sind oder gegen die Natur des Wechsels als einer auf Zahlung einer fest bestimmten Geldsumme gerichteten abstrakten Obligation verstoßen (Staub, WO. Art. 4 § 65). Dies trifft hier aber nicht zu.

2. Ziff. 3. (Vgl. zu Art. 6.) a) **RG. 66** 7 ff. Ziff. 3020, LeipzZ. **07** 426, BankA. **6** 255, JW. **07** 369, R. **07** 1213. Ein Wechsel, in dessen Text die Worte enthalten sind „Zahlen Sie mir" ist dann ungültig, wenn er zwei Ausstellerunterschriften trägt und damit die Person des Remittenten ungewiß ist, die Urkunde durch die in ihr selbst liegenden Hilfsmittel nicht ausgelegt werden kann; andere Umstände, z. B. mündliche Erklärungen der Beteiligten, sind nicht zu berücksichtigen. b) OLG. **14** 408, BankA. **6** 287, DJZ. **07** 1380 (KG.). Art. 4 [3] verlangt den Namen der Person, an welche oder an deren Order gezahlt werden soll. Eine ungenaue Bezeichnung des Remittenten schadet zwar an sich nicht, sie darf aber nicht überhaupt fehlen. Die Worte „an eigene . . ." auf der Rückseite anstatt der Bezeichnung des Remittenten enthalten eine unvollständige Angabe des Remittenten und machen den Wechsel unwirksam.

3. Ziff. 4. a) OLG. **14** 415 ff., BraunschwZ. **07** 61 ff., BankA. **6** 287 (Braunschweig); s. auch OLG. Braunschweig, das. 90 ff. Ein auf zwei verschiedene Personen gezogener eigener Wechsel ist gültig, wenn in dem Wechsel eine Zahlungszeit und ein Zahlungsort für beide Bezogene angegeben ist. Ein solcher Wechsel kann nicht auf Sicht gestellt sein, die Angabe mehrerer Zahlungsorte ist unzulässig, die Bezogenen dürfen weder alternativ noch sukzessiv bezeichnet sein, denn diese Angaben würden den Vorschriften der WO. Art. 4 Ziff. 4 u. 8 widersprechen (vgl. **RG. 25** 62, **43** 86 ff., **46** 138, **62** 95; OLG. Marienwerder (aM.), KG., SeuffA. **55** Nr. 28 I, II). b) BayRpflZ. **07** 386 (Nürnberg). Eine Klage aus einem Wechsel mit unmöglichem Verfalltage, sei es, daß der Tag nicht existiert, z. B. 30. Februar, sei es, daß er nicht mehr eintreten kann, weil er vor dem Ausstellungstage liegt, ist ausgeschlossen. Solche Wechsel sind ungültig.

4. Ziff. 7. (Vgl. auch zu Ziff. 8 u. Artt. 21, 82, 94.) HansGZ. **06** Hpbtl. 144 (Hamburg). Der Klage im Wechselprozesse steht nicht entgegen, daß die Namensunterschrift des Prokuristen, der den Wechsel für den Berechtigten zeichnete, nicht leserlich ist. b) BlGenossWes. **06** 335. Der Akzeptant eines Wechsels wird durch Zeichnung einer nicht in das Handelsregister eingetragenen Firma nicht wechselmäßig verpflichtet (§ 17 HGB.). c) **RG. 63** 380, BankA. **5** 252, JW. **06** 479 Ziff. 43, R. **06** 1207 Ziff. 2940. Die Bezeichnung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, die weder eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, noch eine Handelsgesellschaft oder Genossenschaft ist und die sich lediglich durch geographische Angaben kennzeichnet (Tiroler Kohlengesellschaft in N.), enthält weder einen persönlichen Namen noch eine Firma und ist nicht eine dem Erfordernisse des Art. 4 Ziff. 7 entsprechende Bezeichnung einer firmenberechtigten Person. d) **RG.** LeipzZ. **07** 218 Ziff. 1. Ein von dem Direktor einer Aktiengesellschaft auf diese gezogener und von ihm namens der Aktiengesellschaft akzeptierter Wechsel ist an sich gültig, den guten Glauben des Erwerbers des Akzepts vorausgesetzt. Der Direktor selbst erwarb aus dem Wechsel keine Rechte, sofern ihm nicht der Aufsichtsrat der Gesellschaft die Akzeptierung gestattet hatte (s. § 181 BGB.).

5. Ziff. 8. (S. zu Artt. 96, 97.) BraunschwZ. **07** 90, 91 (Braunschweig). Die Klauseln „zahlbar aller Orten" bei Tratten und „zahlbar hier und aller Orten" bei eigenen Wechseln sind rein prozessualer Natur, sie bestimmen nicht beliebige Zahlungsarten, sondern sollen nur die Verpflichtung begründen, sich in dem Bezirke jedes Gerichts belangen zu lassen. Sie können deshalb einen fehlenden Zahlungsort nicht ersetzen, aber auch die im Wechsel enthaltene Angabe eines bestimmten Zahlungsorts nicht entkräften. Mithin bleibt ein eigener Wechsel, der außer dem Ausstellungsorte keine besondere Ortsangabe, wohl aber jene Klausel enthält, am Ausstellungsorte zahlbar. **b)** KGBl. **07** 71 (KG.). Ist im Wechsel als Zahlungsort „Berlin" mit näherer Angabe der Straße und Hausnummer angegeben, so gilt als Gerichtsstand des Zahlungsorts für die Wechselklage nur dasjenige der drei Berliner Landgerichte, zu dessen Bezirke die angegebene Straße nach dem Gesetz, betr. die Gerichtsorganisation für Berlin und Umgebung vom 16. September 1899 gehört.

Art. 7. I. *Adler, GoldschmidtsZ. **60** 112—123. Der gutgläubige Erwerber eines zur Zeit des Erwerbes noch nicht mit allen wesentlichen Erfordernissen versehenen (sog. Blankett-) Wechsels genießt nicht den Schutz des gutgläubigen Wechselerwerbers. — Anders Grünhut, Rehbein, Bernstein, Staub, Adler, Österr. Wechselrecht 28, ROHG. **6** 47 und **14** 382 und das Reichsgericht. Ebenso Vivante, das englische und nordamerikanische Recht und die überwiegende österreichische Praxis. — Eine Vermittlung ist insofern möglich, als der Erwerber sich unter Umständen auf eine ihm gegenüber wirksame Vollmacht dessen, der das Blankett instruktionswidrig ihm übergeben hat, wird berufen können. § 54 Abs. 2 HGB. steht nicht durchaus entgegen.

II. Rechtsprechung. (Vgl. auch zu Artt. 21, 82, II Ziff. 4.) **a)** R. **07** 127 Ziff. 3210 (Frankfurt a. M.). Der Empfänger eines Wechselakzepts (Blanketts) braucht seinerseits nicht die Ausfüllung vorzunehmen und seinen Namen als Aussteller darauf zu setzen, er kann es vielmehr auch unausgefüllt, und zwar mit und ohne Giro, einem anderen übertragen und ihm die Ausfüllung überlassen. **b)** R. **07** 583 Ziff. 1228 (Frankfurt). Ein Blankowechsel liegt nur dann vor, wenn der Wille der Wechselbeteiligten dahin ging, daß der Wechsel durch die Nachmänner solle ergänzt werden dürfen, die Beteiligten sich bei der Inverkehrbringung des Wechsels seiner Lückenhaftigkeit bewußt waren, nicht aber wenn die Lückenhaftigkeit eine versehentliche ist. **c)** R. **07** 583 Ziff. 1219 (Frankfurt). Der Wechselschuldner hat die Behauptung zu beweisen, sein Wechsel sei anfänglich unvollständig gewesen.

Art. 9. R. **06** 127 Ziff. 3150 (Frankfurt a. M.). Der auf der Rückseite eines Wechsels befindliche Vermerk „nicht trassierbar" ist unbeachtlich, denn er steht einmal mit dem den Wechsel an die Order des Remittenten und Ausstellers stellenden Text des Wechsels in Widerspruch, enthält aber auch abgesehen hiervon kein gültiges Begebungsverbot, mag er nun vom Aussteller herrühren oder vom Akzeptanten.

Art. 10. I. *Holz, GruchotsBeitr. **50** 310ff. Jedes Indossament, das nicht ausdrücklich die Bezeichnung als Prokuraindossament hat, ist Vollindossament im Sinne des Art. 10. Auch das sogenannte stille Prokuraindossament ist Vollindossament mit allen wechselrechtlichen Wirkungen eines solchen, insbesondere mit Ausschluß der Einreden aus der Person des Indossanten. Es liegt dies an dem Begriffe des Wechseleigentums im Sinne der WO. Dieses ist nicht das Eigentum an dem Papiere, sondern an der Forderung im Sinne des ALR. Dieses Eigentum aber spielt im gesamten Wechselrechte keine Rolle, weil das Wechselrecht ein nur formales Recht ist. Im Wechselrechte wird vielmehr nur die Gläubigerschaft aus dem Wechsel behandelt, d. h. die formelle Legitimation,

die Rechte aus dem Wechsel geltend zu machen. Nur diese Gläubigerschaft wird in der WO. behandelt, und sie wird durch das Indossament nach Art. 10 übertragen. Dagegen wird durch das Indossament nicht das Wechseleigentum übertragen. Der Unterschied zwischen dem Vollindossament und dem sog. stillen Prokuraindossament ist nur der, daß nach der Absicht der Parteien beim Vollindossament Gläubigerschaft und Wechseleigentum auf den Indossatar übergehen, beim stillen Prokuraindossament nur die Gläubigerschaft, d. h. die formelle Legitimation auf den Indossatar übergeht, das Wechseleigentum, d. h. das Eigentum an der Forderung, aber beim Indossanten bleibt. Da nun die WO. das Wechseleigentum nicht behandelt, sondern nur die Gläubigerschaft, haben sowohl das Vollindossament wie das stille Prokuraindossament im Wechselrecht und damit im Wechselprozesse dieselben Wirkungen, bewirken insbesondere den Ausschluß von Einreden aus der Person des Indossanten. Da aber beim stillen Prokuraindossament das Eigentum an der Forderung beim Indossanten geblieben ist, hat dieser im Konkurse des Indossatars ein Aussonderungsrecht.

II. Rechtsprechung. **RG. 65** 126, LeipzZ. **07** 280 Ziff. 1, BankA. **6** 326, JW. **07** 187, R. **07** 906 Ziff. 2212. Es ist anerkannter Rechtsgrundsatz, daß Indossierung an den Akzeptanten nach Verfall eines Wechsels die Wechselschuld des Akzeptanteu und die Regreßverbindlichkeiten erlöschen macht. Dem steht aber der Fall nicht gleich, in welchem ein Indossatar seine durch Urteil festgestellte Wechselregreßforderung gegen einen Vormann an den Akzeptanten abtritt.

Art. 12. (S. auch zu Art. 81.) **RG. 61** 184 ff. Auch aus einem Wechsel, auf dessen Rückseite sich ein dem Wortlaute nach unverständlicher Vermerk befindet, kann die Legitimation des Indossanten begründet sein.

Art. 16. (S. auch zu Art. 16.) **a) RG. 66** 201 ff., JW. **07** 523, R. **07** 1331 Ziff. 3371. Dem nachprotestlichen Indossatar stehen lediglich die Rechte des letzten vorprotestlichen Indossatars zu. Befindet sich das Indossament des letzteren an zwei verschiedenen Stellen auf dem Wechsel, ist es aber an beiden Stellen durchstrichen, so sind diese Durchstreichungen, insbesondere die Durchstreichung des ersten Indossaments von wesentlicher Bedeutung für die Frage der wechselrechtlichen Haftbarkeit der Zwischenindossatare gegenüber dem letzten vorprotestlichen Indossatar und damit den Nachmännern des letzteren. Will ein solcher einen der Zwischenindossatare wechselmäßig in Anspruch nehmen, so hat er daher seinerseits darzutun, daß zur Zeit, als dieser den Wechsel mit seinem Indossament versah, das erste Indossament des letzten vorprotestlichen Indossatars bereits durchstrichen war, oder daß später die Durchstreichung mit Zustimmung des Zwischenindossatars erfolgt ist. **b)** SchlHolstAnz. **07** 8 (Kiel). Der Mangel eines Wechselbegebungsvertrags kann auf Grund des Art. 16 Abs. 2 WO. von dem Schuldner gegenüber dem Nachindossatar geltend gemacht werden, wenn ihm gegen den Nachindossanten dieser Einwand zustand. **c) RG.** LeipzZ. **07** 822 Ziff. 1, R. **07** 1544 Ziff. 3868. Das nach der Protestierung eines Wechsels auf ihn gesetzte Indossament (sog. Nachindossament) wirkt nur nach Art einer Übertragung. Gegenstand dieser Übertragung sind die durch den Protest fixierten Regreßrechte und der Anspruch gegen den Akzeptanten. Diese Rechte können aber nicht nur durch das Indossament, sie können auch durch einfache Abtretung übertragen werden. **d)** R. **06** 127 Ziff. 230 (Colmar). Für die Echtheit der Unterschrift des Indossanten unter einem Nachindossament hat nicht der gegen den Akzeptanten klagende Nachindossatar, sondern für die Unechtheit hat der Beklagte die Beweislast. Der Kläger genügt seiner Beweispflicht durch Vorlage des Wechsels, welcher ihn durch eine zusammenhängende, bis zum vorprotestlichen Indossanten hinuntergehende Reihe von Indossamenten und durch das Nach-

indossament seiner Indossanten legitimiert. Seine Legitimation ergibt sich aus den zwischen Vor- und Nachindossamenten nicht unterscheidenden Artt. 36, 74 WO.

Art. 19. a) BlGenossWes. **06** 392. Eigene Nachsichtwechsel müssen den Ausstellern zur Erhaltung des Wechselrechts gegen diese nicht innerhalb der durch Art. 19 WO. vorgeschriebenen Frist von zwei Jahren nach der Ausstellung präsentiert oder protestiert werden. Die Präsentation sowohl gezogener wie eigener Nachsichtwechsel innerhalb der gesetzlichen oder im Wechsel enthaltenen besonderen Frist ist nur Voraussetzung für die Geltendmachung des Wechselanspruchs gegen etwaige Regreßschuldner (Indossanten und Aussteller gezogener Wechsel). **b) RG.** BankA. **5** 191, R. **06** 510 Ziff. 1209. Die Präsentation des Sichtwechsels zur Zahlung kann auch durch Zustellung der Klage aus dem Wechsel erfolgen.

Art. 21. I. Dietz, BadRpr. **06** 99ff. Nicht das Zustandekommen, sondern die Existenz der Wechselurkunde ist bis auf weiteres das Anspruchbegründende beim Wechsel, und es bedarf einer besonderen Darlegung, wenn behauptet werden soll, daß trotz der Existenz dieses Wertpapiers durch die Art, wie es zustandegekommen, Rechte nicht begründet worden seien. — Bei einem „per procura“ akzeptierten Wechsel ist im Versäumnisverfahren der Nachweis, daß der akzeptierende Prokurist tatsächlich Prokura hatte, als Nachweis einer „klagebegründenden Tatsache“ nicht zu führen.

II. Rechtsprechung. (S. auch zu Artt. 5, 76, 82 [II, 4].) BankA. **5** 95, SeuffA. **61** 28, R. **06** 1149 Ziff. 2757 (Cassel). Die Änderung eines durch Ausfüllung eines Blankoakzepts hergestellten Wechsels ohne Zustimmung des Akzeptanten ist unzulässig und macht als eine Verfälschung den Wechsel nichtig. Es ist aber zu beachten, daß, wenn der Aussteller die für die buchstäbliche Angabe der Wechselsumme bestimmte, innerhalb des Wechselkontextes stehende Spalte offen gelassen hat, der Wechselkontext noch unvollständig ist und zu seiner Vervollständigung die Spalte sogar von Nachmännern des Ausstellers ausgefüllt werden kann. Die Ausfüllung kann ohne Rücksicht auf die ziffermäßige Angabe erfolgen, nach ihr kann die ziffermäßige Angabe später geändert werden.

Art. 23. (S. auch zu Artt. 7, 82 II 4.) **RG. 65** 409 ff., R. **07** 645 Ziff. 1364 Wechselrechte des gutgläubigen Erwerbers sind allerdings so lange nicht entstanden, als auf dem Blankoakzepte die Zeichnung des Ausstellers fehlt, bis dahin ist nur die etwaige Ausfüllungsbefugnis seines Vormanns auf ihn übergegangen, er muß sich daher die in dessen Person begründeten Einreden gefallen lassen. Hat er aber durch Zeichnung als Aussteller den Wechsel bona fide hergestellt, so ist damit zu seinen Gunsten die Haftung des Akzeptanten eingetreten. Sein Gläubigerrecht beruht dann nicht auf der Übertragung seines Vormanns, sondern auf der Skripturobligation des Akzeptanten in Verbindung mit seinem gutgläubigen Erwerbe. So wenig der Blankoakzeptant, der einen anderen mit der Diskontierung des Akzepts beauftragt hat, dem gutgläubigen Käufer und Hersteller des Wechsels entgegenhalten kann, daß der Beauftragte die ihm gesetzten Bedingungen nicht eingehalten habe, so wenig kann demjenigen, der das Akzept vom ersten Nehmer gutgläubig käuflich erwirbt und dann gutgläubig den Wechsel herstellt, entgegengehalten werden, daß dem Verkäufer Rechte aus dem Wechsel nicht zugestanden hätten.

Art. 24. Rechtsprechung. (S. auch zu Artt. 41, 43.) **a) OLG. 14** 409, BankA. **6** 287, MecklZ. **25** 216 (Rostock). Dem Erfordernisse der Benennung eines Domiziliaten wird dadurch genügt, daß deutlich eine andere Rechtspersönlichkeit als der Bezogene nach Namen oder Firma bezeichnet ist, welcher die Zahlung leisten soll. Der Vermerk „zahlbar Reichsbanknebenstelle Br.“, während als Wohnort des Bezogenen L. angegeben ist, ohne ein Ver-

bindungswort hinter „zahlbar“, ist ausreichend. Der Wechsel ist daher eigentlicher Domizilwechsel und zur Erhaltung des wechselmäßigen Anspruchs des Akzeptanten bei dem Domiziliaten zu protestieren. Die gültige Protesterhebung bei diesem wird aber durch den falschen Zusatz im Proteste, daß gegen den Bezogenen Protest erhoben werde, nicht hinfällig, da dieser Zusatz an sich überflüssig und eine leere Formel ist. **b**) MecklZ. **25** 218 (Rostock). Der auf der Vorderseite einer Tratte unter dem Namen des Bezogenen befindliche Vermerk „zahlbar an Rostocker Bank, Agentur Ludwigslust, Otto S.“ ist als vollständig gültiger Domizilvermerk mit benanntem Domiziliaten anzusehen. **c**) R. **07** 520 Ziff. 1085 (KG.). Die Klausel „Domizil offen“ ist nach Handelsbrauch so auszulegen, daß dem Empfänger des Wechsels die Beifügung des Domizils nach seinem Ermessen gestattet sein soll.

Art. 29. ÖstNotZ. **07** 87, DNotV. **07** 695 (ÖstObGH.). Der Protest mangels Sicherstellung ist beim Akzeptanten, nicht bei dem Domiziliaten zu erheben.

Art. 31. R. **07** 520 Ziff. 1086 (KG.). Um den Wechselverpflichteten in Verzug zu setzen, reicht die Zustellung der Wechselklage aus.

Art. 36. I. *Zimmermann, ABürgR. **30** 117—132. Die Tatsache, daß auf einem Wechsel hinter dem Indossament, in welchem der Wechselinhaber als Indossatar genannt ist, noch andere undurchstrichene Namensindossamente stehen, zerstört die wechselmäßige Legitimation des Inhabers. Der Wortlaut des Art. 36 WO. ist nicht buchstabenmäßig zu interpretieren, sondern dahin, daß die Kette der Indossamente nicht bloß auf den Inhaber hinuntergehen, sondern mit ihm aufhören muß. Thöls entgegengesetzte Ansicht ist abzulehnen. Anders verhält es sich, wenn im gedachten Falle der Wechselinhaber neben dem Wechsel auch den Protest mangels Zahlung besitzt; denn jeder Inhaber von Wechsel und Protest, der zugleich früherer Indossant ist, hat die Vermutung für sich, daß der Wechsel rückläufig geworden und von ihm eingelöst sei. Der wechselmäßigen Legitimation eines solchen Inhabers stehen nachfolgende, undurchstrichene Indossamente nicht entgegen.

II. Rechtsprechung. OLG. **14** 410, BankA. **6** 287 (KG.). **a**) Die streitige formelle Legitimation des Wechselinhabers gemäß Art. 36 muß unter allen Umständen vorhanden sein, sie reicht aber nicht aus, wenn dem aus dem Wechsel Verpflichteten der Nachweis der mangelnden materiellen Legitimation des Inhabers gelingt, d. h. der Nachweis, daß das Indossament nicht auf einem gültigen Begebungsvertrage beruht. Der Indossatar, der den von ihm indossierten Wechsel durch einen Zufall wieder in seine Hand bekommt und sein Indossament unbefugt durchstreicht, ist formell, aber nicht materiell legitimiert; dies ist aber nicht die Folge davon, daß das Indossament als wirksam angesehen wird, sondern davon, daß er den Wechsel, nachdem er ihn begeben hatte, nicht durch einen neuen Begebungsakt wieder erlangt hat (**RG. 36** 98). **b**) BankA. **5** 192, ElsLothJZ. **31** 155, PuheltsZ. **06** 603 (Colmar). Zur Übertragung des Wechselrechts an den ersten Indossatar ist nur der Remittent befugt, dessen Person muß sich aus dem Wechsel selbst ergeben. Auftrags- und Vertretungsbefugnisse, die nicht aus dem Wechsel ersichtlich sind, kommen, soweit die Erwerbung des Wechselrechts in Frage steht, nicht in Betracht und können auch im ordentlichen Verfahren nicht zur Begründung des Wechselanspruchs vorgebracht werden.

Art. 39. (S. auch Artt. 54, 63.) I. *v. Zitzewitz, Rechte des Verlierers eines Wechsels, insbesondere aus dem im Amortisationsverfahren ergangenen Ausschlußurteil (Artt. 73, 66 WO., § 1018 ZPO.), GoldschmidtsZ. **59** 454 ff. Die Vorlage des Originalwechsels ist grundsätzlich Voraussetzung für

die Geltendmachung des wechselmäßigen Anspruchs auf Zahlung der Wechsel- oder der Wechselregreßsumme. AM. Lehmann, WR. 272, 275[20], 276[28], **RG. 49** 135. Das Ausschlußurteil genügt nach Ausnahmevorschrift des Art. 73 an Stelle des Wechsels nur zur Begründung des Anspruchs gegen den Akzeptanten (s. zu Art. 73 WO., § 1018 ZPO.).

II. Rechtsprechung. a) **RG. 61** 05. Bei Wechselforderungen wirkt die Zahlung nicht so wie bei gewöhnlichen Forderungen. Ungeachtet der Forderung besteht die Wechselforderung weiter, wenn die Wechselurkunde ungestört und ohne Quittungsvermerk im Besitze dessen verbleibt, der Wechselgläubiger geworden war. Gegen ihn erwächst nur eine Einrede der Arglist, wenn er sein formales Recht dazu mißbraucht, das bereits Empfangene noch einmal zu fordern. b) **RG.** R. **07** 318 Ziff. 661. Solange die künftige Valutierung des Wechsels noch nicht feststeht, kann der Schuldner, der aus dem materiellen Rechtsverhältnis in Anspruch genommen wird, die Leistung verweigern, wenn ihm nicht gleichzeitig der Wechsel zurückgegeben wird.

Art. 41. I. a) Auerbach, Die Angabe des Wochentags in der Protesturkunde, DJZ. **06** 708. Das Gesetz schreibt den Gerichtsvollziehern und Notaren die Angabe des Wochentags der Protestaufnahme in der Protesturkunde allerdings nicht vor; es wäre dies aber wünschenswert. Denn wenn der Verfalltag eines Wechsels oder einer der beiden darauf folgenden Tage ein Sonn- oder Feiertag ist, so wird der Protest häufig drei oder noch mehr Kalendertage nach dem Verfalltag erhoben. Das Gericht hat dann bei späterer Klagerhebung gegen den Aussteller oder einen Indossanten vor Erlaß des Versäumnisurteils gemäß Art. 41 WO. zu prüfen, ob die an sich verspätet erscheinende Protesterhebung dennoch rechtzeitig ist. Die Angabe des Wochentags kann dies nur erleichtern. b) BlGenossWes. **06** 556. Die Folgen des Unterbleibens frist- und formgerechter Präsentation und Protestaufnahme treffen stets den Wechselgläubiger, selbst dann, wenn das Unterbleiben auf Zufall oder höhere Gewalt zurückzuführen ist.

II. Rechtsprechung. **RG. 61** 182, ZBlFG. **6** 893 Ziff. 856. Wenn der Wechselgläubiger dem Akzeptanten Stundung gewährt, so begibt er sich dadurch nicht seines Rechtes gegen die Vormänner, und es wird damit der Protest nicht ausgeschlossen.

Art. 43. BlGenossWes. **06** 105. Stundung einer Wechselschuld befreit den Wechselgläubiger nicht von der Pflicht zu rechtzeitiger Protesterhebung.

II. Rechtsprechung. (S. auch zu Artt. 42, 29, 88.) a) **RG.** R. **07** 461 Ziff. 939. Ein Wechsel, welcher den Vermerk „zahlbar bei der Direktion der Diskontogesellschaft Berlin" enthält, ist ein Domizilwechsel mit benanntem Domiziliaten. b) ZBlFG. **7** 530 Ziff. 399, DNotV. **06** 765 (ÖstObGH.). Der Protest mangels Sicherheit ist nicht gegen den Domiziliaten, sondern gegen den Akzeptanten zu erheben.

Art. 49. BayRpflZ. **07** 153 (Bamberg). Nach Artt. 49, 81 WO., § 603 Abs. 2 ZPO. kann der Wechselgläubiger gegen mehrere Verpflichtete in einer Klage vorgehen; es entsteht dadurch aber nur eine einfache (unechte) Streitgenossenschaft nach § 60 ZPO., da jede der mehreren, aus einem Wechsel hervorgehenden Verpflichtungen ihre selbständige tatsächliche und rechtliche Begründung hat.

Art. 50. BlGenossWes. **06** 316. Dem Inhaber eines protestierten Wechsels stehen die ihm durch Art. 50 WO. gegen den Regreßpflichtigen gewährten Ansprüche auch gegen den Akzeptanten zu. Voraussetzung hierfür ist aber ein gültiger Protest. Ein solcher liegt nicht vor, wenn der Gerichtsvollzieher die ihm von dem Protestaten angebotene Wechselvaluta, weil eine Quittung des Wechselgläubigers auf dem Wechsel fehlte, nicht angenommen und nicht

von der Aufnahme des Protestes abgesehen hat. Der Akzeptant ist daher weder zur Zahlung von Zinsen noch von Provision verpflichtet (so Staub, WO. 241 ff., Bernstein 199 ff; aM. Rehbein 157, Dernburg, BürgR. II § 273 Anm. 1, Cosack, RZ. [4] 279).

Art. 51. OLG. **14** 412, BankA. **6** 287 (KG.). Der Indossant kann nach Art. 51 WO. die ihm entstandenen Kosten beanspruchen, also auch die Protestkosten, die er gemäß Art. 50 seinem Nachmann erstattet hat. Da die Regreßpflicht einen ordnungsmäßigen Protest voraussetzt, muß der Indossant prüfen, ob diese Voraussetzung vorliegt Er ist aber nicht verpflichtet, zu prüfen, ob dieser Protest mit geringeren Kosten hätte vorgenommen werden können. Der Wechselschuldner kann sich, wenn er nachweist, daß die höheren Protestkosten mutwillig oder schikanös veranlaßt sind, an den Protestanten halten, nicht aber an den Regressanten, es sei denn, daß diesen derselbe Vorwurf trifft.

Art. 60. *v. Zitzewitz, Rechte des Verlierers eines Wechsels, GoldschmidtsZ. **59** 475 f. Der Ehrenakzeptant ist Mittelding zwischen Akzeptant und Regreßpflichtigem, nicht Abart des Akzeptanten, und entspricht gewissermaßen einem privilegierten Bürgen des Regreßschuldners. AM. Staub, § 1 zu Art. 60, Grünhut, WR. II 486.

Art. 66. *v. Zitzewitz, Rechte des Verlierers eines Wechsels, GoldschmidtsZ. **59** 489—503. Der Verlierer hat, schon mit Rücksicht auf die Gefahr doppelter Haftung der Vormänner, keinen Anspruch auf Duplikate. Er könnte weder seine Aktiv- und die Passivlegitimation der Vormänner noch die Gültigkeit des verlorenen Wechsels und die wechselrechtliche Gleichwertigkeit des vorgelegten Duplikats zuverlässig beweisen (495, 7). Das Ergebnis entspricht der Vorgeschichte des Art. 66: Danach folgt die AllgDWO. dem art. 154 code de commerce, welcher ausdrücklich Duplikate „de la lettre de change égarée" zuläßt, nicht ausnahmslos (501). Ebenso Dernburg, BürgR. II 2 § 261 gegen **RG. 49** 135 und die herrschende Lehre, welche dem Verlierer mittelbar den ihm nach Art. 73 versagten Rückgriff ermöglicht (490, 494). S. zu WO. Artt. 39, 73, ZPO. § 1018.

Art. 73. (S. auch zu Art. 88.) I. *v. Zitzewitz, Rechte des Verlierers eines Wechsels, GoldschmidtsZ. **59** 465—489. Art. 73 ist als Ausnahme von den in Artt. 39, 54, 63, 88 ausgesprochenen Grundsätzen streng auszulegen. Der Verlierer hat daher nur Rechte gegen Akzeptanten, keinen Rückgriff gegen Regreßpflichtige und Ehrenakzeptanten. Dieses Ergebnis entspricht der Billigkeit (469 f.). ZPO. § 1018[1] greift in die WO. als die lex prior specialis weder abändernd noch fortdauernd ein (479 f.). Ebenso OLG. Stuttgart, OLG. **2** 418 f.; Lehmann WR. 270, Rehbein, Bernstein zu Art. 73; Struckmann-Koch, Petersen-Anger zu ZPO. § 1018 gegenüber **RG. 49** 132—141, KG., OLG. **5** 94 f., Dernburg, BürgR. II 2 § 280; v. Canstein, WR. 204; Staub § 19 zu Art. 73; Grünhut, WR. II 277, Gaupp-Stein, Reincke, Neumiller, Seuffert zu ZPO. § 1018 (vgl. Zitate 480 Anm. 84, **RG. 49** 141 und Jahrb. zu WO. Artt. 39, 88, ZPO. § 1018; EGZPO. § 13).

II. Rechtsprechung. OLG. **14** 10 (KG.). Durch das Aufgebotsverfahren können die Folgen der Zerstörung einer einzelnen wechselmäßigen Erklärung nicht beseitigt werden. Der Eigentümer eines abhanden gekommenen oder vernichteten Wechsels hat den Schutz gegen den Verlust seiner Rechte durch Art. 73 WO., § 1004 ZPO., aber auf den erwähnten Fall können diese Vorschriften nicht einmal sinngemäß angewendet werden, weil es an dem für den Fall des Verlustes oder der Vernichtung vorgesehenen Aufgebotsverfahren fehlt (OHG. **19** 270).

Art. 74. **RG.** SeuffBl. **07** 987 ff. Neben dem Art. 74 WO. kommt § 935 BGB. nicht in Betracht.

Art. 75. a) R. **07** 1273 Ziff. 3211 (Frankfurt). Eine Änderung im Fälligkeitsdatum eines Wechsels gibt nur demjenigen Wechselzeichner den Einwand der Fälschung, der den Wechsel schon vor der Vornahme der Änderung, also noch in seiner ursprünglichen Fassung gezeichnet hatte. **b)** SächsRpflA. **07** 187 (Dresden). Die wechselmäßige Haftung der Aussteller ist eine andere als die des ersten Giranten, die des ersten Giranten wieder eine andere als die des zweiten und so fort. Jedes Indossament begründet in der Person des Indossanten selbständig, d. h. losgelöst von der Verpflichtung des Vormanns, eine neue wechselmäßige Verbindlichkeit gegenüber dem jeweils berechtigten Wechselinhaber. Jeder aus einem Wechsel Verpflichtete haftet lediglich auf Grund des eigenen Skripturakts. Die daraus entstehenden Wechselansprüche sind daher verschieden.

Art. 76. **RG.** BankA. **6** 326, LeipzZ. **07** 586. Wer einen Wechsel einklagt, an dem offensichtlich nachträglich Veränderungen vorgenommen sind, muß beweisen, daß diese zu der Zeit, als der in Anspruch genommene Schuldner zeichnete, bereits vorhanden waren oder mit seiner Einwilligung oder sonst rechtmäßig vorgenommen sind.

Art. 77. OLG. **15** 319 (Dresden). Bei der Berechnung der am 5. Mai 1904 als dem Verfalltage des Wechsels beginnenden dreijährigen Verjährungsfrist (Art. 77 WO.) wird der Verfalltag selbst nicht mitgerechnet. Dies folgt jetzt aus § 187 BGB.

Art. 79. SächsOLG. **28** 169 (Dresden). Nach § 152 des zur Anwendung kommenden SächsBGB. hatte der vor dem 1. Januar 1900 abgegebene Verzicht auf die kurze Verjährung des Wechselregreßanspruchs die Folge, daß die Forderung der dreißigjährigen Verjährung unterliegt. Es ist also infolge der Vereinbarung die dreimonatige Verjährungsfrist im Art. 79 WO. durch die gesetzliche regelmäßige dreißigjährige Verjährungsfrist des alten Rechtes ersetzt. Nach Art. 169 Abs. 2 EG. aber gilt für den Anspruch die kurze Verjährungsfrist des Art. 79 WO., da auf ihn die Verjährungsfristen des BGB. nicht anzuwenden sind, und läuft vom Inkrafttreten des BGB. an, da er durch einen im voraus erklärten Verzicht, wie er in dem Abkommen vom 13. Februar 1899 enthalten ist, nach den Vorschriften des § 225 BGB. nicht ausgeschlossen werden konnte.

Art. 80. I. BlGenossWes. **06** 218 (s. auch das. **07** 19, 98). Die Folgen des Todes und des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit eines Protestaten auf die Protesterhebung, eines Wechselschuldners auf die Wechselverjährung.

II. Rechtsprechung. **RG. 63** 367, 370, BankA. **5** 252, JW. **06** 480, R. **06** 1191 Ziff. 2803. Seitdem Art. 80 aufgehoben ist, sind bei der Wechselverjährung Stundungen nach § 202 BGB. zu berücksichtigen (Art. 8 Ziff. 2 EGHGB.).

Art. 81. I. a) Jaeger, Wechselbürgschaft zugunsten einer bevorrechteten Konkursforderung, LeipzZ. **07** 46—48. Wird eine bevorrechtigte Forderung (§ 61 KO., § 10 ZVG.) durch einen Wechsel oder ein sonstiges abstraktes Versprechen (§§ 780 ff. BGB.) gedeckt, so kommt der abstrakten Forderung als solcher das Vorrecht nicht zu. Wer daher als ausgleichsberechtigter Gesamtschuldner oder Bürge lediglich für Erfüllung der abstrakten Forderung einzustehen versprochen hat, erwirbt das Vorrecht nicht schon kraft Gesetzes (§§ 426, 774 BGB.) mit dieser Erfüllung, sondern nur kraft besonderer und rechtzeitiger Abtretung der bevorrechtigten Forderung selbst. **b)** BlGenossWes. **06** 275. Die zivilrechtlichen Vorschriften über die Bürgschaft finden im allgemeinen auf Wechselbürgschaften keine Anwendung. Der Wechselbürge wird also nicht etwa nach § 776 BGB.

frei, wenn der Gläubiger eine andere, für die dem Wechsel zugrunde liegende Forderung bestellte Sicherheit aufgibt. c) BlGenossWes. **06** 176. Auch eine gegen Abrede erfolgte Prolongation eines Wechsels hebt die Verpflichtung des Wechselbürgen aus der ohne Befristung übernommenen Wechselbürgschaft nicht auf.

II. Rechtsprechung. (S. auch zu Artt. 8, 9, 10, 14, 82, 95.) a) **RG.** R. **06** 320 Ziff. 879. Darin, daß jemand es übernimmt, einem anderen durch Begebung des von diesem akzeptierten Wechsels eine Geldsumme zu verschaffen, kann die Begründung eines Vollmachtsverhältnisses gefunden werden, und die Wirkungen dieses Verhältnisses bestehen auch noch fort, wenn zur Zeit der Begebung des Wechsels der Auftrag schon zurückgenommen war. Denn der Bevollmächtigte war noch zur Herausgabe dessen, was er infolge des Auftrags aus dem Vermögen seines Machtgebers in Händen hatte, verpflichtet (§§ 666, 667 BGB.). b) **RG.** R. **07** 583 Ziff. 1230. Im Wechselrechte fehlt es an jedem Anhalte für die Annahme, daß ein Wechselgläubiger, gegen den eine Einrede nicht gilt, die der Beklagte gegen seinen — des Gläubigers — Vormann hat, von dem Beklagten nur die Valuta fordern könne, die er an seinen Vormann gezahlt hat. c) R. **07** 883 Ziff. 1993 (Hamburg). Weder nach der WO. (ROHG. **24** 90) noch nach dem BGB. kann der Aussteller eines Wechsels für die Kosten haftbar gemacht werden, welche vom Wechselinhaber deshalb aufgewendet sind, weil der Akzeptant dem gegen ihn ergangenen Urteile keine Folge gab. d) **RG.** BankA. **5** 129, JW. **06** 69 Ziff. 24, R. **06** 317 Ziff. 833. Im Zweifel ist die Verpflichtung, einen Wechsel mitzuvollziehen, nicht als eine Verbürgung des bürgerlichen Rechtes anzusehen. Wer einen Wechsel in Unkenntnis der formellen Ungültigkeit seiner Unterschrift eingelöst hat, kann den gezahlten Betrag gleichwohl von seinem Nachmanne nicht zurückfordern, wenn er diesem gegenüber zur Vollziehung einer gültigen Wechselerklärung verpflichtet gewesen wäre. e) **RG.** SeuffA. **61** 143. Der Bürge für den Aussteller und Indossanten erlangt durch Einlösung des Wechsels auch die Rechte gegen den Akzeptanten, jedoch belastet mit dessen Einwendungen gegen den Aussteller. f) OLG. **12** 276, BankA. **5** 189 (Dresden). Wer einen von einem Dritten zu gewährenden Wechsel mit seinem Giro zu versehen verspricht, übernimmt damit überhaupt nicht die Verpflichtung, für die Schuld eines anderen einzustehen oder eine solche zu erfüllen; denn seine Verbindlichkeit ist davon, daß eine Wechselschuld des Dritten entsteht, völlig unabhängig, er haftet auch dann wechselmäßig, wenn eine Wechselverbindlichkeit des Akzeptanten nicht entsteht, und seine eigene wechselmäßige Haftung ist an ganz selbständige Voraussetzungen geknüpft. Es handelt sich also um ein Rechtsgeschäft, das von der Bürgschaft so verschieden ist, daß eine analoge Anwendung des § 766 BGB. (Vorschrift der Schriftform) nicht tunlich erscheint. g) **RG.** JW. **07** 339. Leistet der Remittent eines Wechsels durch seine Zeichnung Bürgschaft zugunsten des Ausstellers, so hat er gegen diesen keinen Regreßanspruch. h) **RG. 65** 407 ff. Dem Wechselschuldner, der auf Grund seines in Bürgschaftsabsicht gegebenen Blankogiros von dem legitimierten Inhaber des Wechsels in Anspruch genommen wird, kann nicht entgegengehalten werden, daß der Kläger ihm als Aussteller hafte. i) LeipzZ. **07** 359 (Hamburg). Wer Bürgschaft übernimmt für die Schuld des Ausstellers, haftet nicht für die Schuld des Akzeptanten. Befriedigt er den Gläubiger, so gehen auf ihn die Rechte gegen den Aussteller, nicht aber gegen den Akzeptanten über. Den ihm ausgelieferten Wechsel kann er gegen letzteren nicht geltend machen, wohl aber würde er durch Pfändung der Forderung des Ausstellers Wechselforderung auch gegen den Akzeptanten erwerben. k) ElsLothJZ. **07** 243 Ziff. 1542 (Colmar). Die Gültigkeit des Avals wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Avalist seine

Erklärung (wegen Platzmangels) über anstatt unter die Annahmeerklärung des Akzeptanten gesetzt hat. l) **RG.** JW. **06** 305 Ziff. 10. Liegt ein Bürgschaftsvertrag im Sinne der §§ 765 ff. BGB. nicht vor, sondern sind Mitbürgen für die Schuld eines Dritten durch Unterzeichnung der von ihm akzeptierten Wechsel eingetreten und übereingekommen, daß ein gegenseitiger Ausgleich zwischen ihnen beabsichtigt war, so kann dieses Abkommen nicht den Sinn gehabt haben, daß die Begleichung sich nur auf den Fall erstrecken sollte, daß einer von ihnen Regreß gegen den anderen nehmen könne. Die Absicht ist vielmehr dahin gegangen, daß beide Parteien sich gegenseitig durch Übernahme der Hälfte für den Fall sichern wollten, daß eine von ihnen als Wechselverpflichtete in Anspruch genommen werden würde.

Art. 82. I. Absolute Einreden. Über die Einrede der Fälschung s. zu Art. 75, der Verjährung zu Art. 80; ferner die Rechtsprechung zu Artt. 4, 23, 36, 74, 81, 83, 88, 96. a) SächsRpflA. **07** 12, R. **06** 859 (Dresden). Wer bei der Vorlegung des Wechsels erkennt, daß sein Akzept gefälscht ist, dem Wechselgläubiger gegenüber aber seine Kenntnis hiervon unterdrückt und erklärt, er werde den Wechsel noch an demselben Tage einlösen, das Geld liege bereit, haftet dem Wechselgläubiger aus § 826 BGB. b) Hans. GZ. **06** Hptbl. 175 (Hamburg). Eine Bank ist für den dadurch entstandenen Schaden nicht verantwortlich, daß ein von ihr zufolge Auftrags eingeholtes Wechselakzept gefälscht war, da der Auftrag von ihr ordnungsgemäß erledigt ist, wenn sie sich von der Akzepterteilung überzeugt hat. Es ist Sache des Klägers, besondere Tatsachen anzuführen, weshalb die Bank die Echtheit des Akzepts nachzuprüfen hatte. c) PosMSchr. **07** 108 (Posen). Ist die Wechselurkunde, bevor sie der Kläger erwarb, eingerissen, so hat die Klägerin zu beweisen, daß der Beklagte, der die Wechselkraft bestreitet, trotz der offensichtlichen Verminderung der ursprünglichen Gestalt des Wechsels haftet, daß also der Einriß entweder vor der durch den Beklagten erfolgten Begebung des Wechsels oder nachträglich mit seiner Genehmigung oder durch einen Zufall erfolgt ist. d) **RG.** BankA. **5** 429, JW. **06** 69, R. **06** 298. Wer, ohne dazu verpflichtet zu sein, einen Wechsel in Unkenntnis der Ungültigkeit seiner Unterschrift eingelöst hat, kann den gezahlten Betrag trotzdem von seinem Nachmanne mit der Gewährungsklage nicht zurückfordern, wenn er diesem gegenüber zur Vollziehung einer gültigen Wechselerklärung verpflichtet war.

II. Relative Einreden. 1. Rechtshängigkeit. BraunschwZ. **07** 63 ff. (Braunschweig). Gegenüber der Wechselklage ist die Einrede der Rechtshängigkeit, gestützt darauf, daß ein Rechtsstreit über das der Ausstellung des Wechsels zugrunde liegende Kaufgeschäft anhängig ist, nicht zulässig [aM. **RG.** GruchotsBeitr. **28** 1136, SeuffA. **49** Ziff. 126].

2. Stundung. Prolongation. a) α. **RG.** BankA. **6** 208, R. **07** 461 Ziff. 940. Der gutgläubige Erwerber eines Wechsels ist zur Erfüllung eines gegebenen Prolongationsversprechens durch Annahme eines Prolongationswechsels nicht verpflichtet, wenn ihm beim Angebote des Prolongationswechsels eine Mitteilung gemacht wird, deren Empfang ihn in Ansehung des neuen Wechsels in schlechten Glauben versetzen würde. β. Wenn ein Wechsel gegen eine Aktiengesellschaft protestiert werden muß, so ist gegen ihren gesetzlichen Vertreter zu protestieren. Es genügt, wenn in der Protesturkunde mit voller Deutlichkeit bezeugt wird, daß im Geschäftslokale der Gesellschaft kein gesetzlicher Vertreter anzutreffen gewesen ist. Mit dem angetroffenen Prokuristen braucht der Notar wegen Bezahlung des Wechsels nicht zu verhandeln. b) BlGenossWes. **06** 317. Die Haftung des eingebrachten Gutes der Frau für eine von ihr vor der Ehe übernommene Wechselverpflichtung wird durch eine während der Ehe ohne Zu-

stimmung des Mannes bewirkte Prolongation der Wechselschuld weder aufgehoben noch beschränkt. Die Zustimmung des Ehemanns zu solchen Prolongationen erscheint danach nicht erforderlich (BGB. §§ 1412, 1460, 1525 Abs. 2, 1550 Abs. 2). c) WürttJ. **19** 139 f. (Stuttgart). Wenn Bezahlung mittels eines erst nach längerer Zeit fälligen Akzepts vereinbart ist, kann sofortige Bezahlung des Akzeptbetrags verlangt werden, wenn das Akzept nicht rechtzeitig ausgestellt wird.

3. Sicherheits-, Depotwechsel. a) **RG.** LeipZ. **07** 138 Ziff. 1. Sicherungswechsel. Auch der Inhaber eines Kautionswechsels ist zur Klage schon durch den Besitz des Wechsels legitimiert. Der Wechselgeber muß darlegen und beweisen, daß die Hingabe nur zur Sicherung erfolgt ist (vgl. ROHG. **8** 142, **13** 237, **17** 282). b) **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 123, BankA. **7** 25, LeipzZ. **07** 138, R. **07** 906 Ziff. 2213. Auch bei einem zur Sicherheit gegebenen Wechsel hat der Wechselgeber die ihm aus dem unterliegenden Rechtsverhältnis etwa zustehenden Einreden darzulegen und zu beweisen. c) R. **06** 1272 Ziff. 3151 (Frankfurt). Die bloße Bezeichnung eines Wechsels als Depotwechsels, gleichviel, von wem sie herrührt, genügt nicht, um ein Verbot der Begebung des Wechsels selbst noch für die Zeit nach Fälligkeit des Wechsels zum Ausdrucke zu bringen.

4. Blankowechsel. Einrede der vertragswidrigen Ausfüllung des Wechselblanketts. (S. auch zu Artt. 4, 7, 10, 21.) a) **RG.** BankA. **6** 255, JW. **07** 339, R. **07** 646 Ziff. 1365, DJZ. **07** 714. Wenn, um den A. wegen eines von ihm dem B. zu gewährenden Darlehens Sicherheit zu geben, die Form gewählt wird, daß A. als Aussteller einen Wechsel an die Order von C. stellt und dieser ihn auf Grund seiner Verhandlungen mit A. über den Zweck des Vorganges mit seinem Blankogiro versah und dem A. beließ, so ist die Begebung des Wechsels zwischen A., Aussteller, und C., Remittent, nur in dem Sinne erfolgt, daß C. daraus keinen Regreßanspruch gegen A. haben solle. Darauf kann A. sich dem skripturmäßigen Wechselrechte des C. gegenüber berufen. M. a. W., wer von einem anderen das Blankoakzept eines Dritten käuflich erworben hat, muß sich, um gegen Einwendungen aus der Person des Verkäufers geschützt zu sein, nicht nur bei dem Erwerbe, sondern auch bei der späteren Ausfüllung des Papiers in gutem Glauben befunden haben. b) **RG.** R. **07** 583 Ziff. 1231, BayRpflZ. **07** 130. Wenn jemand das Blankett eines Wechses, auf dem außer dem Vordrucke nur seine Unterschrift stand, und zwar einmal an der für die Unterschrift des Ausstellers hergebrachten Stelle auf der Vorderseite und einmal auf der Rückseite oben, einem anderen übersandt hat (seinem Schuldner), damit er sein Akzept darauf setze und das Papier zurückgebe, der andere aber den Wechsel zwar akzeptiert, aber einem Dritten übersandt hat, so ergibt sich der Mangel der Legitimation des Akzeptanten zur Begebung dieses Wechsels aus der Urkunde selbst. Wenn dann der Dritte, der dies auch erkannt hat, dem Aussteller schreibt, die Berechtigung des Akzeptanten zur Verfügung über den Wechsel werde angenommen, so kann er durch diese willkürliche Unterstellung den Aussteller, der mit ihm in keinerlei Vertragsbeziehungen steht, zu einer Antwort nicht verpflichten, aus dessen Stillschweigen ergibt sich daher keine Genehmigung des Wechselbegebungsvertrags durch den Aussteller. c) **RG.** HoldheimsMSchr. **06** 53, BankA. **5** 129 Ein Wechsel, in dem nur der Verfalltag noch offen gelassen ist, ist kein gültiger Blankowechsel. Durch seine Hingabe allein wird der Nehmer noch nicht berechtigt, dem Wechsel einen Domizilvermerk beizufügen. d) BankA. **5** 191, ÖstZBl. **24** 251 (ÖstObGH.). Wenn der Empfänger eines Blankoakzepts, ohne es zu unterschreiben, an einen Dritten zum Diskont weitergibt und dieser den Wechsel, nachdem er ihn als Aussteller vollzogen hat, gegen den Akzeptanten einklagt, so kann dieser dem Kläger Einreden aus der Person des ersteren Wechselnehmers nicht entgegensetzen.

5. Einreden aus dem dem Wechsel zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte. a) Ungültige (unsittliche) Rechtsgeschäfte. α. PosMSchr. **06** 5 (Posen). Dem Kläger, der als Regreßnehmer einen Wechselanspruch geltend macht, kann die Einrede entgegengehalten werden, daß ihm bei dem Erwerbe des Wechsels bekannt war, daß ein Teil der Wechselsumme aus einem Darlehen herrühre, das zum Zwecke des Spiels gegeben sei und wegen der Umstände, unter denen das Darlehen gegeben sei (Dauer des Spieles bis zum Morgen in einem öffentlichen Lokale, bedeutende Umsätze), ein nichtiges Geschäft vorliege. β. SächsOLG. **27** 164. Die Einrede des von einem Wechselinhaber (Indossanten) verklagten Akzeptanten, daß der Aussteller (und Indossant) den Wechsel erst nach Zahlung der Valuta an den Akzeptanten hätte weiterbegeben dürfen, ist nur dann begründet, wenn der klagende Erwerber des Wechsels mit den Ausstellern zusammengewirkt hätte, um den Beklagten um die ihm zustehende Einrede zu bringen; es genügt nicht die Behauptung, daß der Kläger den Wechsel in Kenntnis der Vereinbarung erworben hatte. γ. OLG. **11** 421, BankA. **5** 96 (KG.). Folgen auf einem Wechsel das von dem Geschäftsführer einer GmbH. unterzeichnete Blankoindossament der GmbH. und das persönliche Indossament des Geschäftsführers aufeinander, so begründet dies für den Akzeptanten nicht den Einwand, daß es zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer gemäß § 181 BGB. an einem gültigen Begebungsvertrage fehle und der Wechselinhaber deshalb aus dem Wechsel nicht legitimiert sei. Denn es ist nur erforderlich, daß die Personen, die ihr Giro auf den Wechsel setzen, sich als Indossanten verpflichten wollen und verpflichtet haben, dagegen nicht erforderlich, daß zwischen den einzelnen Indossanten je ein Begebungsvertrag geschlossen ist. Es kann daher ein solcher Vertrag, der nicht vorzuliegen braucht, auch nicht auf seine Gültigkeit vom Gesichtspunkte des § 181 BGB. geprüft werden. δ. R. **06** 628 Ziff. 1543, ElsLothJZ. **07** 242 (Colmar). Zulässigkeit ist die Einrede des Akzeptanten gegen den Wechselinhaber, daß dieser auf sich in Kenntnis davon den eingeklagten Wechsel haben indossieren lassen, daß sein Vormann ihn durch Unterschlagung an sich gebracht hat.

6. Nicht erfolgte Gegenleistung. α. **RG.** BankA. **5** 191, R. **06** 1207 Ziff. 2941. Wird gegenüber der Wechselklage des ersten Wechselinhabers vom Akzeptanten eingeräumt, daß die Schuld, über die das Akzept gegeben war, nicht bestand, so ist der Akzeptant hierfür beweispflichtig; dem Kläger steht demgegenüber der Beweis offen, daß der Beklagte, als er den Wechsel akzeptierte, wußte, daß er zu dieser Leistung nicht verpflichtet war. β. R. **06** 1087 Ziff. 2542 (Colmar). Ein Gläubiger, der für seine Forderung Wechsel zahlungshalber angenommen hat, kann auf seine ursprüngliche Forderung zurückgreifen und sie an Stelle der Wechselforderung geltend machen. Diese Befugnis ist allerdings an die Voraussetzung geknüpft, daß er in der Lage ist, die ihm vom Schuldner zum Zwecke der Zahlung gemachte Leistung, die Übernahme der Wechselverbindlichkeit, zurückzugewähren, d. h. ihm den Wechsel zurückzugeben oder ihm Befreiung von der Wechselverbindlichkeit zu verschaffen, sonst gerät der Schuldner in Gefahr, zweimal zahlen zu müssen. γ. **RG.** BankA. **7** 25, LeipzZ. **07** 829, JW. **07** 543, R. **07** 1080 Ziff. 2636. a) Den durch Vollindossament legitimierten, in Wirklichkeit aber nur als Inkassomandatar anzusehenden Wechselkläger trifft der Vorwurf der Arglist, wenn er im Laufe des Prozesses die dem Wechselschuldner gegen den Vormann des Wechselklägers zustehende Einrede erfährt und sein formelles Recht dazu mißbraucht, die Geltendmachung der Einreden zum Nachteile des Wechselschuldners zu verhindern (**RG. 11** 9, 36, 55, **41** 115). b) Der Nehmer eines bis auf den Namen des Ausstellers ausgefüllten Blankoakzepts hat für ermächtigt zu gelten, entweder durch die Unterschrift seines

eigenen Namens einen vollständigen Wechsel herzustellen oder den Wechsel mit der gleichen Ermächtigung an einen dritten Nachmann weiterzugeben. Dieser braucht sich nach gutgläubiger Ausfüllung des Wechsels Einreden, die in der Person des ersten Nehmers entstanden sind, nicht mehr gefallen zu lassen (**RG.** **19** 137). δ. **RG.** BankA. **5** 129, JW. **06** 109. Der Verlierer eines zum Inkasso übergebenen Wechsels kann entgegen dem Schadensersatzanspruche seines Auftraggebers nicht den Einwand erheben, daß dieser das Aufgebotsverfahren betreibe und dadurch den durch seine Schuld verlorenen Wechsel wiederverschaffen könne. Er hat den verlangten Schadensersatz zu leisten, kann aber von ihm Abtretung der Ansprüche aus der Wechselurkunde verlangen und durch eigenes Aufgebot die Rechte daraus wiederherstellenlassen.

7. Einrede der Arglist. Ungültigkeit des Wechselbegebungsvertrags. α. **RG.** BayRpflZ. **07** 130, SeuffBl. **07** 435, BankA. **6** 171, LeipzZ. **07** 218, R. **07** 583. Wenn der alleinige Direktor einer Aktiengesellschaft einen von ihm persönlich auf die Aktiengesellschaft gezogenen Wechsel ohne besondere Ermächtigung des Aufsichtsrats namens der Gesellschaft akzeptiert, so erlangt er selbst zufolge der Ungültigkeit des Begebungsvertrags keinen Wechselanspruch gegen die Gesellschaft; einem gutgläubigen Indossanten gegenüber greift jedoch dieser Einwand der Gesellschaft nicht durch. β. R. **07** 520 Ziff. 1087 (KG.). Wenn dem Wechselinhaber vor oder bei Hingabe des Klagewechsels von dem Hingebenden mitgeteilt ist, die dem Wechsel zugrunde liegende Forderung sei noch nicht fällig, so rechtfertigt dies die Einrede der Arglist. γ. **RG.** BayRpflZ. **06** 248, R. **06** 1005 Wechselhingabe für eine Hypothekenschuld ist, wenn sie auch nur zahlungshalber, nicht an Zahlungsstatt erfolgt, doch eine bedingte Tilgung der Schuld, die der Rechtsnachfolger, sofern ihn nicht der gute Glaube schützt, gegen sich gelten lassen muß.

Art. 83. Rechtsprechung. (S. auch zu Art. 82.) **a)** SchlHolstAnz. **07** 146 (Kiel). Die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs nach Art. 83 WO. sind ein Wechselanspruch auf der Seite der Klägerin im Zeitpunkte der Verjährung, ein Schaden der Klägerin, eine Bereicherung des Beklagten und ein derartiges Verhältnis zwischen dem Schaden der Klägerin und der Bereicherung des Beklagten, daß der Beklagte mit dem Schaden der Klägerin bereichert ist. **b)** R. **07** 583 Ziff. 1233 (Frankfurt). Die Hingabe eines Wechsels zahlungshalber tilgt die alte Forderung nicht; der den Wechsel annehmende Gläubiger ist aber verpflichtet, wenn der Wechsel außer der Unterschrift des Gebers noch die eines Dritten trägt, zunächst zu versuchen, den Wechsel bei diesem Dritten einzuziehen, bevor er auf die ursprüngliche Forderung zurückgreifen darf. **c)** WürttJ. **19** 12 ff. (Stuttgart). Der Trassant, welcher durch Diskontierung eines nachher präjudizierten Wechsels Befriedigung für eine Forderung an den Akzeptanten erlangt hat, ist nicht ungerechtfertigt bereichert und kann weder nach Art. 83 WO. noch nach § 812 BGB. in Anspruch genommen werden. **d)** OLG. **11** 425, BankA. **5** 96 (Stuttgart). Wer die Frist zur Protestierung eines ihm von dem Besteller zum Diskont gegebenen Kundenwechsels versäumt hat, hat gegen den Aussteller keinen Bereicherungsanspruch, wenn die Wechselsumme vom Akzeptanten nicht beizutreiben war. **e)** BraunschwZ. **07** 64 ff. (Braunschweig). Infolge der Verjährung der Wechselklage gegen den Akzeptanten ist nach Art. 77 WO. die wechselmäßige Verbindlichkeit erloschen. Der Bereicherungsanspruch aus Art. 83 wird aber nicht schon dadurch begründet, daß die wechselmäßige Verbindlichkeit fortgefallen ist, sondern ist nur durch Zurückgehen auf das der Wechselverbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen den Parteien festzustellen. Der Beklagte muß eine Leistung empfangen

haben, die er ohne Gegenleistung dadurch behalten kann, daß der Wechselanspruch gegen ihn formell erloschen ist. Dieser Vermögenszuwachs auf Seite des Beklagten muß eine Vermögensverringerung auf Seite des Klägers entsprechen, die dadurch entstanden ist, daß sie das für den Wechsel Aufgewendete, die gezahlte Valuta, sich nicht wieder verschaffen kann, weil der Wechsel als solcher keine Geltung mehr hat. Der für die Beurteilung dieser Fragen entscheidende Zeitpunkt ist der Eintritt der Verjährung (**RG. 44** 78). **f)** R. **07** 584 Ziff. 1234 (Frankfurt). Wer behauptet, ein Wechsel sei an Zahlungsstatt gegeben und genommen worden, muß dies beweisen; es bedarf einer ausdrücklichen Feststellung, daß nicht nur die Hingabe an Zahlungsstatt, sondern auch besonders die Annahme des Wechsels an Zahlungsstatt beabsichtigt war. g) RheinA. **104** I 170 (Düsseldorf). § 32 EGBGB., § 818 ³ BGB. Der Bereicherungsanspruch aus Art. 83 WO. ist nicht begründet, wenn die Bereicherung zur Zeit der Geltendmachung des Anspruchs nicht mehr vorhanden ist.

Artt. 84—86. ElsLothJZ. **07** 308 (Colmar). a) Verschieden vom deutschen wird nach französischem Rechte durch die Begebung einer nicht akzeptierten Tratte durch den Aussteller der Wechselnehmer (Remittent oder Indossatar) Eigentümer der sog. Provision, d. h. die dem Wechsel zugrunde liegende Forderung des Ausstellers wird, ohne Rücksicht darauf, ob sie schon zur Zeit der Begebung bestanden hat oder erst später bis zur Fälligkeit des Wechsels zur Entstehung gelangt, durch die Begebung ohne weiteres auf die Nehmer übertragen und dieser ist als Zessionar des Ausstellers berechtigt, die erwähnte Forderung gegenüber dem Bezogenen geltend zu machen; der Bezogene ist dagegen verpflichtet, auch wenn er den Wechsel nicht akzeptiert hat, an den Nehmer zu zahlen, sofern er Provision in den Händen hat, d. h. sofern er einen dem Wechselbetrag entsprechenden Betrag dem Aussteller schuldet. Der Wechsel dient nur als Legitimationspapier für die Einziehung der zivilrechtlichen Forderung. **b)** Die Provision scheidet hiernach mit der Begebung des Wechsels aus dem Vermögen des Trassanten aus und fällt daher im Falle des Konkurses des letzteren nicht in dessen Konkursmasse, sondern kann allein von dem Wechselinhaber in Anspruch genommen werden. c) Das französische Recht ist anwendbar auf einen Wechsel, der nach der Absicht der Parteien zur Einziehung einer Schuld in Frankreich gezogen und in Frankreich eingelöst werden soll, sowie auf das dem Wechsel zugrunde liegende Rechtsgeschäft. Infolgedessen erscheinen auch hierfür die Grundsätze über Aufrechnung (Wettschlagung) nach dem französischen Rechte maßgebend. Hiernach aber ist dem Bezogenen die Wettschlagung mit einer Forderung gegen den Aussteller gegenüber der durch die in seinen Händen befindliche Provision gedeckte Forderung der letzteren ausgeschlossen, wenn die Provision mit seinem Wissen ausdrücklich zur Deckung des Wechsels bestimmt ist. Ein solcher Ausschluß der Wettschlagung ist besonders dann anzunehmen, wenn zwischen dem Trassanten und den Bezogenen kein Kontokorrentverhältnis besteht und unter ihnen die Abmachung getroffen ist, daß jede Lieferung unter ihnen durch eine Tratte in der dieser entsprechenden Höhe geregelt werden soll.

Art. 88. Literatur: Basch, Die Protestklausel, ein alter Zopf (empfiehlt deren Abschaffung), DJZ. **07** 876. — Bernstein, Die Reform des Wechselprotestes, DWirtschZ. **07** 301 ff. — Cohn, Der Vorentwurf eines Gesetzes über die Wechselprotesterleichterung, GoldschmidtsZ. **59** 104 ff. — Dreyfus, Zum Wechselproteste, R. **07** 499. — Marcus, Zur Wechselprotestreform, HoldheimsMSchr. **06** 91—92. — Rießer, Bemerkungen zum Entwurf eines Gesetzes, betr. die Erleichterung des Wechselprotestes, R. **07** 25 ff. — Schoene, Über die Notwendigkeit des Wechselprotestes. Kiel 1906. — Stranz, Betrachtungen über den Protestentwurf (Kritik des im Juli 1906 vom Reichsjustizamt veröffentlichten Entwurfes), DJZ. **06** 985 ff.

I. 1. *Stranz, Altes und Neues über den Wechselprotest, DWirtschZ. **06** 145 ff. Der Aufsatz begründet unter Bezugnahme auf die Schrift des Verf.: „Ein Protest gegen den Wechselprotest" nochmals das Verlangen der Beseitigung des Protestes für Inlandwechsel. Der Verf. weist darauf hin, daß sich eine Anzahl hervorragender Theoretiker (u. a. Heinrich Dernburg) und Praktiker (u. a. Regierungsrat a. D. Hoppenstedt, Direktor des Berliner Kassenvereins) seinem Protest angeschlossen haben. Vor allem aber hat die von ihm an zweiter Stelle begründete Forderung der Überweisung des Protestes auch an die Postbeamten weithin Wiederhall gefunden. Zuletzt hat noch der deutsche Handelstag im Februar dieses Jahres sich hierfür erklärt. Auch die Regierung scheint eine kräftige Reform des Protestes und die Zulassung der Postbeamten in Aussicht genommen zu haben. Die wirtschaftlichen Gründe, welche für die Beseitigung des Protestes und eventl. für die Einführung des Postprotestes sprechen, werden in eingehender Weise dargelegt.

2. *v. Zitzewitz, Rechte des Verlierers eines Wechsels, GoldschmidtsZ. **59** 458. Die Wechselverpflichteten haben zur Prüfung, ob die wechselmäßige Diligenz beobachtet ist, grundsätzlich das Recht zur Einsicht von Wechsel und Protest. AM. **RG. 49** 135. Nur der Akzeptant eines Domizilwechsels mit benanntem Domiziliaten kann nach Ausnahmevorschrift im Art. 73, in Verb. mit Art. 43 Zahlung an den durch Ausschlußurteil legitimierten Verlierer ohne Vorlage des Wechsels nicht verweigern.

II. Rechtsprechung. (S. auch zu Artt. 23, 41, 91.) a) HessRspr. **7** 170, ZBlFG. **6** 763 Ziff. 7141, R. **06** 810 (Darmstadt). Schreibfehler in der Protesturkunde machen diese nur dann unwirksam, wenn sie Zweifel wegen der Identität des Wechsels begründen. Nicht erforderlich ist, daß das Schreibversehen sich aus der Urkunde selbst als solches feststellen lassen müsse. — Ebenso OLG. **14** 415, DNotV. **07** 696, BankA. **6** 287 (KG.). Es darf keine Abweichung der in den Protest aufgenommenen Wechselabschrift von der Urschrift vorliegen, die durch eine andere Angabe der Wechselsumme den rechtlichen Inhalt des Wechsels verändert (Staub, WO. § 7 zu Art. 88, Bernstein, WO. 379, Rehbein 46 zu Artt. 87 ff.). b) BreslauAK. **06** 27 (Breslau). Wenn der Protestbeamte in dem Protest unleserliche Schrift für stark durchstrichene Indossamente bescheinigt, so liegt noch keine ungenaue Abschrift vor. c) **RG.** HoldheimsMSchr. **07** 122 ff., SeuffBl. **07** 291 ff., DNotV. **07** 695, GruchotsBeitr. **51** 1096 ff., LeipzZ. **07** 52, ZBlFG. **7** 530 Ziff. 398, JW. **06** 765, R. **07** 906 Ziff. 2214. Die Bemerkung in dem im Domizil richtig gegen den Domiziliaten erhobenen Protest, daß der Protest gegen den Wechselschuldner erhoben sei, macht ihn nicht ungültig. Der Empfänger eines Wechselblanketts ist nicht ermächtigt, auch noch nach dessen Ausfüllung und Begebung das Einverständnis des Ausstellers mit einen dem ausgefüllten und begebenen Wechsel nachträglich durch einen Nachmann beigefügten Domizilvermerk zu erklären. Der Vermerk ist dem Aussteller gegenüber unwirksam, der infolgedessen am falschen Orte erhobene Protest zur Begründung des Regreßanspruchs diesem gegenüber ungeeignet. d) **RG.** ZBlFG. **7** 831 Ziff. 720, BankA. **6** 208, R. **07** 461 Ziff. 941. Es ist kein Fehler im Wechselproteste, wenn an den angetroffenen, angeblichen Prokuristen einer Aktiengesellschaft kein Zahlungsbegehren gerichtet worden ist; es genügt, daß kein gesetzlicher Vertreter anzutreffen gewesen ist. e) OLG. **14** 414, DNotV. **07** 689 (KG.). Der Protest dient u. a. dazu, dem Regreßpflichtigen die Prüfung zu ermöglichen, ob der Regreßfall eingetreten ist. Dazu gehört, daß der Protest die landesgesetzlich (auch nach der Erhebung der WO. zum Reichsgesetz) erforderliche Zustimmung zur Erhebung des Protestes außerhalb der Tatbestände feststellt, mithin, da die Zustimmung wirksam nur von

dem Protestaten ausgehen kann, erkennen läßt, daß und wie dessen Identität festgestellt ist. Der Protestbeamte muß, wenn die Gültigkeit des Protestes davon abhängt, eine Prüfung der Identität vornehmen und die Vornahme beurkunden. f) **RG. 61** 182, DNotV. **07** 28. Die dem Akzeptanten vor dem Proteste bewilligte Stundung schließt den Protest nicht aus. g) MecklZ. **25** 220, DJZ. **07** 367 (Rostock). Die Kosten der Protesterhebung beim Akzeptanten sind auch dann zu erstatten, wenn der Protest nicht zur Wahrung der Regreßansprüche diente. h) **RG.** GruchotsBeitr. **51** 637, ZBlFG. **7** 207, JW. **06** 467, R. **06** 1136. Der mit der Erhebung des Wechselprotestes beauftragte preußische Notar ist verpflichtet, die Voraussetzungen der Gültigkeit des Protestes, insbesondere die Legitimation des Wechselinhabers zu prüfen Anderenfalls ist er, wenn infolge der Ungültigkeit des Protestes der wechselmäßige Anspruch gegen die Vormänner des Indossanten verloren geht (Art. 43 WO.), schadensersatzpflichtig.

Art. 91. (S. zu Artt. 19, 20, 41, 88.) I. a) **RG. 66** 295, LeipzZ. **07** 738 Ziff. 1, BankA. **7** 25, DNotV. **07** 694, JW. **07** 544, DJZ. **07** 1202, R. **07** 1080 Ziff. 2637. Die vom Gesetze zugelassene Vereinbarung mit dem Protestaten, daß der Protest statt an dem aus dem ursprünglichen Wechselinhalte sich für den Protest ergebenden Orte an einem anderen Orte, insbesondere auch an einer anderen Zahlstelle vorgenommen werden könne, ist an keine Form gebunden und hat bindende Wirkung auch für die übrigen Wechselbeteiligten. Voraussetzung ist jedoch, daß die Vereinbarung von demjenigen getroffen wird, der den Protest auch tatsächlich vornehmen läßt. Ist die Verabredung von einem anderen Wechselbeteiligten getroffen, so ist sie, falls der Wechsel entsprechend geändert wird, allerdings für einen späteren Wechselnehmer von Bedeutung. Für die übrigen Wechselbeteiligten verbleibt es jedoch bei dem ursprünglichen Zahlungsorte, so daß zur Begründung eines Regreßanspruchs gegen sie es einer ordnungsmäßigen Protesterhebung an dem ursprünglichen Zahlungsorte bedarf. b) **RG. 62** 93, BankA. **5** 96, JW. **06** 29, R. **06** 251 Ziff. 499, 311 Ziff. 787. Der Einwand, daß der wechselmäßige Anspruch nach Artt. 19, 20 WO. wegen Ungültigkeit des erhobenen Protestes verloren gegangen sei, kann im Nachverfahren nicht mehr von dem unter Vorbehalt der Rechte zur Zahlung verurteilten Indossanten erhoben werden, auch wenn die Frage in dem Vorbehaltsurteil auf die Wechselklage nicht ausdrücklich entschieden ist. Ebenso SchlHolstAnz. **06** 45 (Kiel). Die im Wechselprozesse rechtskräftig ausgesprochene Gültigkeit des Wechsels ist auch für das Nachverfahren wirksam. c) ObGH. Wien 23. 5. 05, ZBlFG. **6** 634 Ziff. 641, SeuffA. **61** 30, DNotV. **07** 286, ÖstZBl. **23** 842. Nicht domizilierte Wechsel mit angegebener Zahlstelle sind an der Zahlstelle zu protestieren; die Beisetzung der Zahlstelle bedeutet die Verlegung des Geschäftslokals oder der Wohnung für die Präsentation und Protesterhebung in die Zahlstelle. d) BankA. **5** 96, SächsOLG. **27** 67, ZBlFG. **6** 564 Ziff. 528 (Dresden). Wenn die Firma des als Zahlstelle dienenden Geschäfts im Wechsel unrichtig bezeichnet ist, so ist der Protestbeamte gleichwohl berechtigt und verpflichtet, den Protest bei der in Wahrheit gemeinten Zahlstelle aufzunehmen. e) **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1127, BayRpflZ. **06** 226, JW. **06** 162, ZBlFG. **6** 893 Ziff. 857, DJZ. **06** 487. Der Notar, der damit beauftragt war, einen Wechselprotest in einem exterritorialen Botschaftshaus aufzunehmen, begeht keine fahrlässige Verletzung der Amtspflicht, die ihn nach § 839 BGB. haftbar macht, wenn er den Protest nicht in diesem exterritorialen Gebäude aufgenommen hat. — Zu Artt. 88, 91 auch OLG. Hamburg, HansGZ. **06** Beibl. 35, ZBlFG. **6** 763 Ziff. 715, BankA. **6** 61, SeuffA. **61** 394: Haftung des protestierenden Notars für Fehler in der Wechselabschrift, z. B. Auslassung eines

Indossaments besteht nur gegenüber demjenigen, der den Auftrag zur Protesterhebung erteilt hat, nicht nach § 839 BGB. f) ÖstZBl. **23** 842, ZBlFG. **6** 634 Ziff. 640, DNotV. **07** 287, SeuffA. **61** 31 (ÖstObGH.). Wechsel eines Gemeinschuldners müssen bei diesem protestiert werden.

Art. 95. I. Marcus, DJZ. **07** 123 f. Die Wechselunterschrift kann nicht wirksam dadurch abgegeben werden, daß der zu Verpflichtende sich zur Herstellung der Unterschrift der mechanischen Dienstleistung eines anderen bedient.

II. Rechtsprechung. OLG. **14** 413 (KG.). Haben zwei Ehegatten, die Geschäftsführer einer GmbH. sind, einen Wechsel in der Art unterzeichnet, daß die Unterschrift der Ehefrau unmittelbar im Anschluß an das Akzept des Ehemanns auf dem Wechsel steht, so ist diese vermöge der Stellung als Aval anzusehen, wenn sie nicht zum Akzept selbst gehört. Da aber das Akzept von den zur wechselmäßigen Verpflichtung der Akzeptanten befugten Vertretern gezeichnet ist, gehören beide Unterschriften zum Akzepte, die Unterschrift der Ehefrau stellt keine selbständige wechselmäßige Verpflichtung dar.

Art. 97. S. zu Art. 4 Ziff. 7, 8; OLG. **14** 415 (Braunschweig).

Art. 99. ZBlFG. **7** 316 Ziff. 257, R. **06** 945 Ziff. 2304 (Kiel). Ein bestimmte Zeit nach Sicht zahlbarer eigener Wechsel braucht nur dem Aussteller zur Sicht vorgelegt zu werden und wenn kein besonderer Präsentationsort vorgeschrieben ist, der Aussteller aber dort nicht angetroffen wird, bedarf es der Vorzeigung bei den übrigen dort anwesenden Personen nicht. Die Protesturkunde hat nur die Tatsache festzustellen, daß die Vorzeigung zur Sicht wegen Abwesenheit des Ausstellers nicht möglich war.

Das Gerichtskostengesetz

in der Fassung vom 20. Mai 1898.*)

Literatur: Aschrott, Prozeßkosten in England, DJZ. **07** 178. — Freund, Sammlung von Auszügen aus den auf dem Gebiete des gerichtlichen Kosten- und Stempelwesens ergangenen endgültigen Entscheidungen. Braunschweig 1905. — Friedrichs, Handbuch des Gebühren- und Kostenwesens. Berlin 1905. — Haidlen, Gerichtskostenordnung nebst Notariats- und Rechtsanwaltsgebührenordnung, Handausgabe (2). Stuttgart 1907. — Hesselbarth, Die Gebühren in Vormundschaftssachen, JustdRundsch. **4** 258. — Mantey, Wann haftet der Mann für die Kosten der Prozesse seiner Frau? GesuR. **8** 224. — Merzbacher, Die Gebühren in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, BayRpflZ. **07** 274. — Pfafferoth, Deutsches Gerichtskostenwesen (8). Berlin 1903. — Pörschel, DGKG. (2). Leipzig 1901. — Rittmann, DGKG. (3). Mannheim 1906. — Ders., Der Wert des Streitgegenstandes (2). Straßburg 1905. — Schildmacher, Der Zweitschuldner (2). Breslau 1907. — Schmidt (v. Reisenegger), GKG. (3). München 1905. — Im speziellen: Zu § 9a. Landsberg, Streitwert bei Einklagung einer abgestuften lebenslänglichen Rente, PosM. Schr. **07** 58. — R., Ist § 9a anwendbar auf die Klage aus einem Vertrage, der die Regelung auf gesetzlicher Vorschrift beruhender Alimente betrifft? SeuffBl. **07** 336. — Zu § 10. Landes, Streitwert der Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft, SeuffBl. **05** 669. — Zu § 11. Schönfeld, Die Bedeutung des § 11 für den Gebührenansatz, R. **06** 927. — Zu § 45. Pfafferoth, Über die Einwirkung der Zivilprozeßnovelle vom 5. Juni 1905 auf den Ansatz der Gerichtskosten und Anwaltsgebühren, JW. **05** 419. — Pöhl, Ist für ein Beschwerdeverfahren nach der ZPO. eine Gerichtsgebühr zu erheben, wenn dasselbe durch gerichtlichen Vergleich beendigt ist? MecklZ. **24** 75. — Zu § 81. Consbruch, Von welchem Objekt ist in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für die erste Instanz der von dem Antragsteller zu erhebende Vorschuß zu berechnen? R. **06** 552. — Hesselbarth, Ist der Provokat, der Widerspruch gegen die einstweilige

*) Der Bericht über das Gerichtskostengesetz und die Gebührenordnungen umfaßt den Zeitraum von 1900 bis Frühjahr 1908.

Verfügung erhoben hat, zur Zahlung eines Gerichtskostenvorschusses verpflichtet? Justd. Rundsch. **5** 58. — Rittmann, Zur Auslegung der §§ 81, 91, 92 DGKG., DJZ. **03** 156 = ZfMittlJB. **15** 279. — Zu § 86. Franke, Schreibgebühr aus § 86 Abs. 2, ZfDGerSekr. **17** 224. — Heinerth, Streitfragen aus dem Gebiete des Armenrechts, SächsRpflA. **07** 262. — Hesselbarth, Streitfragen aus dem Gebiete des Armenrechts, SächsRpflA. **07** 452. — Jacobi, Zur Frage der Festsetzung der dem obsiegenden Kläger entstandenen Gerichtskosten, für welche der in die Kosten verurteilte Beklagte mithaftbar ist, KGBl. **06** 14. — Lehmer, Einfluß des Armenrechts im Mahnverfahren auf die Gerichts- und Gerichtsvollzieherkosten, JustdBl. **1** 312. — Mook, Übernahme der Gerichtskosten durch einen Rechtsanwalt, JustdBl. **2** 86. — Rittmann, Die Übernahme der Prozeßkosten und ihr Einfluß auf die Gerichtskosten, JustdBl. **1** 1. — Ders., Zur Auslegung der §§ 86, 88, 89, ZfDGerSekr. **17** 66. — Ders., Einfluß des Armenrechts im Mahnverfahren auf die Gerichts- und Gerichtsvollzieherkosten, JustdBl. **1** 276 u. **2** 62. — Rüdlin, Kostenhaftung des Gegners der armen Partei, DJZ. **07** 125. — Schwalb, Einfluß des Armenrechts im Mahnverfahren auf die Gerichts- und Gerichtsvollzieherkosten, JustdBl. **1** 131. — Zu § 87. Rittmann, Können der Staatskasse die Rechte, die ihr hinsichtlich der Zahlungspflicht für die Gebühren und Auslagen durch eine gerichtliche Entscheidung über die Kosten des Verfahrens übertragen sind, durch eine nachträgliche Übereinkunft zwischen den Parteien wieder entzogen werden? ZfDGerSekr. **17** 223. — Zu § 88. Vogel, Die Gerichtskosten bei Vergleichen in Armensachen, JW. **06** 217. — Zu § 91. Wenz, Zur Auslegung des § 91 ZfDGerSekr. **17** 4. — Zu § 94. Wegener, Zur Anwendung des § 94 Ziff. 1 Satz 1 DGKG., MecklZ. **22** 161.

Einleitung. 1. Pfafferoth 1 hebt mit Rücksicht auf die Kostennovelle vom 29. Juni 1881 und die Zivilprozeßnovelle vom 20. Mai 1898 hervor, daß für die Frage, ob die Kosten nach den bisherigen oder nach den neuen Bestimmungen anzusetzen sind, lediglich der Tag der Vornahme des bezüglichen Aktes maßgebend, daher gleichgültig ist, ob die Sache selbst vor oder nach dem 1. Januar 1900 anhängig geworden ist.

2. **RG. 52** 249. Für die Anwendbarkeit einer Kostenvorschrift kommt es nicht auf das Vorhandensein der objektiven Voraussetzungen, sondern darauf an, ob dem Parteiantrag eine Behauptung über die Zuständigkeit der angerufenen Gerichte zugrunde liegt, die, wenn sie richtig wäre, die Anwendung des Gesetzes rechtfertigen würde.

§ 1. 1. Rittmann, GKG. 3. Ist eine ihrem Gegenstande nach nicht vor die ordentlichen Gerichte gehörende Angelegenheit irrigerweise vor diese gebracht, so sind diejenigen Gebühren zu erheben, die nach dem GKG. zu erheben wären, wenn die Angelegenheit vor die ordentlichen Gerichte gehörte.

2. Friedrichs, Handbuch des Gebühren- und Kostenwesens 62. In keiner Gebührenordnung sind besondere Vorschriften über die Erstattung von Fernsprechgebühren gegeben. Deshalb dürfen die Gerichte und andere Behörden, deren Auslagen erschöpfend aufgezählt sind, keine Fernsprechgebühren liquidieren. Dagegen können Notare und Rechtsanwälte, auch Ärzte, Tierärzte, ebenso die Auseinandersetzungsbehörden die Fernsprechgebühren, welche durch die einzelne Benutzung des Apparats entstanden sind (Gesprächstaxe, Nachtverbindungen u. dgl.), aber keinen Anteil an den Jahrespauschquanten, als Auslagen in Rechnung stellen.

3. **RG.** JW. **02** 547 Ziff. 15. Geht eine Partei das RG. mit einer Beschwerde an, für die ein solcher Instanzenzug gesetzlich nicht gegeben ist, so folgt aus dem Mangel einer diesen Fall betreffenden Kostenvorschrift keineswegs, daß die Entscheidung darüber gebührenfrei erfolgen muß. Es findet vielmehr auch auf solchen Fall der § 45 GKG. Anwendung.

§ 2. 1. Pfafferoth 9. Prozeßvollmachten sind nicht schlechthin von jeder Stempelgebühr durch § 2 befreit; nach ihm sind aber alle landesgesetzlichen Vorschriften als aufgehoben anzusehen, nach welchen die Prozeßvollmachten als solche lediglich mit Rücksicht auf ihren Gebrauch im Prozeß einer besonderen Stempelpflicht unterworfen sind. Die Befreiung hängt also davon ab, ob der Stempel nach

der Landesgesetzgebung unter den Gesichtspunkt einer Besteuerung der Prozesse fällt, oder als ein gewöhnlicher Urkundenstempel anzusehen ist, welcher ohne Rücksicht auf den Gebrauch der Urkunde im Prozeß erhoben wird. Erwächst die Stempelpflicht, wie z. B. in Preußen, schon mit der Ausstellung der Vollmacht, so bleibt sie bestehen.

2. **RG. 54** 426, DJZ. **03** 453, PrJMBl. **03** 230. Eine außerhalb Preußens von nicht preußischen Staatsangehörigen ausgestellte, nur im Prozesse verwendete Vollmacht ist nicht stempelpflichtig.

§ 3. Rittmann 11 führt aus, daß von der Zahlung der Gebühren das Verfahren nur im Falle des § 85 abhängig gemacht ist, wo Ausländer als Kläger auftreten. Alle übrigen Fälle, in denen die Tätigkeit der Gerichte von einer Vorauszahlung oder Sicherstellung abhängig gemacht werden kann, betreffen Auslagen. Soweit die Fälle des § 379 ZPO., des § 174 StPO. und des § 84 Abs. 3 GKG. in Betracht kommen, ist es in betreff der Inländer dem Ermessen des Gerichts anheimgegeben, ob es von dieser Befugnis Gebrauch machen will. Zuständig zur Erlassung des bezüglichen Beschlusses ist das mit der Entscheidung über den Rechtsstreit oder den Antrag befaßte Gericht, niemals ein um Aufnahme von Beweis-oder sonstigen Verhandlungen ersuchtes Gericht.

§ 4. 1. Pfafferoth 11 hebt im Anschluß an die PlenEntsch. des RG. (**RG. 16** 291) hervor, daß § 4 sich auf alle Fälle bezieht, in denen durch Erinnerung event. im Beschwerdewege geltend gemacht wird, daß Kosten unter Verletzung von Normen des GKG. angesetzt seien, namentlich also auch diejenigen Fälle, in denen eine Verletzung der Bestimmungen des 6. und 7. Abschn. gerügt wird. Ebenso OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **02** 10, auch OLG. **1** 1 (KG.).

2. Rittmann 13. Die Erinnerung ist kein Rechtsmittel, sondern ein Behelf, um zu einer formlosen und kostenfreien (§ 80 a Ziff. 1) Entscheidung über den Kostenansatz zu gelangen.

3. Meyer, JustdRundsch. **3** 200. Der § 4 findet keine Anwendung auf Erinnerungen des Zahlungspflichtigen oder der Staatskasse gegen den Ansatz von Gebühren und Auslagen auf Grund der Landeskostengesetze.

4. Aus der Praxis. **a) RG.** JW. **05** 117 Ziff. 22. Die Erinnerung kann in allen Fällen erhoben werden, in denen geltend gemacht wird, daß Kosten unter Verletzung von Normen des GKG. angesetzt seien. Ebenso OLG. **1** 1 (KG.), **3** 160 (Karlsruhe). **b) RG.** JW. **06** 201 Ziff. 20. Wenn innerhalb einer Prozeßsache ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor dem Landgericht vorgenommen wird, so ist zur Entscheidung über die weitere Beschwerde gegen den Ansatz der Gerichtskosten das RG. auch insoweit zuständig, als die Entscheidung nach dem bayerischen Gesetz über das Gebührenwesen zu treffen ist. **c)** Zur Erhebung von Erinnerungen und zur Einlegung von Beschwerden sind außer den Parteien auch befugt: die preußische Staatskasse (OStA.): **RG.** JW. **05** 401 Ziff. 29, **RG. 54** 63; die badische Steuerdirektion: OLG. **3** 161 (Karlsruhe); der Rechnungsrevisor der hamburgischen Justizverwaltung: **RG.** JW. **04** 475 Ziff. 19. **d) RG. 55** 312 = R. **03** 507. Gegen den Ansatz der Gebühren von Zeugen findet seitens des Zahlungspflichtigen die Erinnerung nach § 4 GKG. statt, nicht die Beschwerde nach § 17 Abs. 3 ZGebO. (vgl. **RG. 44** 390). **e)** KGBl. **07** 116 (KG.). Für den Anspruch auf Rückzahlung geleisteter Gerichtskostenvorschüsse ist der Rechtsweg zulässig. **f)** BadRpr. **01** 112, OLG. **3** 160, 161 (Karlsruhe). Zu dem „Ansatze von Gebühren" gehört auch die Feststellung des Streitwerts (vgl. GruchotsBeitr. **28** 1178). **g)** OLG. **8** 369 (Hamburg). Ob die von der Rechtshilfebehörde aufgegebenen Kosten richtig angesetzt sind, hat die ersuchende Behörde nicht von Amts wegen zu prüfen, sondern der zahlungspflichtigen Partei zu überlassen. **h)** OLG. **11** 147 (Hamburg). Auf den Ausdruck Erinnerung kommt es nicht an. Auch eine „Beschwerde" ist als Erinnerung zu behandeln, wenn

sie nur als solche zulässig ist. i) HansGZ. **06** Beibl. 243 (Hamburg). Zur Erinnerung im Sinne des § 4 ist auch derjenige befugt, der als Schuldner für die Kosten zu Unrecht in Anspruch genommen zu sein meint. k) SächsOLG. **28** 73 (Dresden). Die Vorschrift umfaßt alle Verletzungen der Normen des GKG., insbesondere auch der über Zahlung von Gebühren und Auslagen. Sie findet auf die Niederschlagung und Rückzahlung von Zustellungskosten Anwendung, welche von dem Armenanwalt erhoben worden sind, weil er es unterlassen hat, das zuzustellende Schriftstück als Armensache zu bezeichnen. l) HansGZ. **06** Beibl. 243 (Hamburg). Überschuldung des Gesamtguts kann der als Inhaber desselben in Anspruch genommene geschiedene Ehemann im Verfahren auf Grund des § 4 nicht einwenden.

§ 5. 1. Rittmann 22. Die Vorschrift des § 5 setzt auch der Berechtigung der Staatskasse, in Gemäßheit des § 16 die Festsetzung eines höheren als des der Kostenberechnung zugrunde gelegten Wertes des Streitgegenstandes zu beantragen oder gegen die Festsetzung des Wertes Beschwerde einzulegen, insofern eine Schranke, als ihr bei der Unzulässigkeit, auf Grund einer Erhöhung des Wertes eine Nachforderung von Gebühren ergehen zu lassen, das erforderliche rechtliche Interesse fehlt. Vgl. BurBl. **03** 112 (KG.).

2. Meyer, JustdRundsch. **3** 200. Die Verjährung eines auf Grund des § 101 GKG. geforderten Mehrbetrags bemißt sich nicht nach § 5.

3. HessRspr. **61** 34, JustdRundsch. **5** 12 (Darmstadt). Ein irriger Ansatz von Gerichtskosten liegt nur insoweit vor, als die endgültige Festsetzung des Streitwerts höhere Gerichtskosten zur Folge hat, als sie ursprünglich in Ansatz gekommen sind.

§ 6. a) **RG. 58** 124. Ein Grund zur Niederschlagung ist gegeben für die Rechtsmittelinstanzen, wenn das Urteil aufgehoben werden muß, weil ein Richter, der bei der Erlassung nicht mitgewirkt hat, im Eingange des Urteils als mitwirkend aufgeführt ist und das Urteil unterschrieben hat (vgl. unten zu d aE.). **b) RG. 62** 351. Die Gerichte sind nicht befugt, die für Handlungen der Gerichtsvollzieher zu erhebenden Gebühren niederzuschlagen, wenn von dem Vorbehalte des § 24 Abs. 2 GVGebO. Gebrauch gemacht ist. c) PucheltsZ. **33** 482, BadRpr. **02** 259 (Karlsruhe). Voraussetzung zur Niederschlagung ist die Abwesenheit schuldvollen Verhaltens der Beteiligten und eine lediglich in der Form unrichtige Behandlung der Sache durch einen Gerichtsbeamten. d) OLG. **15** 177 (Colmar) behandelt die Kostenniederschlagung bei Klagabweisung wegen unrichtiger Bezeichnung des Reichsfiskus, hebt auch hervor, daß § 6 nur auf Gebühren sich bezieht und eine Niederschlagung von Auslagen nicht angängig ist. Vgl. ferner OLG. **15** 266 (Celle). Bei Einlegung der Berufung gegen ein von einem nicht mitwirkenden Richter unterschriebenes Urteil ist konkurrierendes Verschulden der Partei vorhanden; die Niederschlagung also ausgeschlossen. e) ElsLothJZ. **31** 161 (Colmar). Die Niederschlagung der Gebühren der Berufungsinstanz erfolgt bei Aufhebung eines die Eidesverweigerung mit Unrecht aussprechenden Beschlusses und des auf diesem Beschlusse beruhenden Urteils. f) Vf. des PrJMin. vom 30. Januar 1904, ZfMittlJB. **15** 325. Gebührenfreiheit kann auch bei Zurückweisung eines Gesuchs um Erlaß eines Zahlungsbefehls wegen örtlicher Unzuständigkeit bewilligt werden.

§ 9. 1. Die für die Ermittelung des Wertes des Streitgegenstandes maßgebenden Grundsätze stellt in aller Ausführlichkeit Rittmann in seinem Buche „Der Wert des Streitgegenstandes" zusammen.

2. Aus der Praxis. a) **RG.** JW. **04** 473. Für die Wertberechnung ist der prinzipale Antrag maßgebend, wenn er einen höheren Wert ergibt, als der eventuelle. b) **RG.** JW. **05** 401. Der Streitwert einer negativen Feststellungsklage bestimmt sich nach demjenigen, was der Beklagte positiv als Recht für sich in Anspruch nimmt. c) **RG.** SeuffA. **62** 371. Hat der Nebenintervenient im Rechtsstreite keine

selbständige Stellung gehabt (ZPO. § 69), sondern ist lediglich zur Unterstützung der Hauptpartei tätig gewesen, so ist der Wert des Streitgegenstandes für die Revisionsinstanz der von ihm allein eingelegten Revision nicht nach dem Interesse zu bemessen, das er selbst an der Einlegung der Revision gehabt hat, sondern nach dem Interesse der Hauptpartei. **d)** BadRpr. **07** 34 (Karlsruhe). Behauptet Klägerin, daß der Beklagte die Bürgschaft für eine ihr nach Scheidung ihrer Ehe gegen ihren Ehemann zustehende Unterhaltsrente übernommen habe, so ist der Streitwert nicht nach § 9, sondern nach § 9 a festzusetzen. Im übrigen ist hier lediglich auf die Erläuterungen zu den §§ 3 ff. ZPO. zu verweisen.

§ 9 a. 1. Kuttner, JheringsJ. **50** 529. Der Wert des Streitgegenstandes ist bei Klagen auf Feststellung der „unehelichen Vaterschaft im Sinne der §§ 1708 bis 1716 BGB." nach § 9 a GKG., dagegen bei Statusklagen auf Feststellung der „unehelichen Vaterschaft schlechthin" nach § 10 GKG. zu berechnen.

2. Bischofswerder, JW. **03** 205. Die Bestimmung, daß bei Alimenten, die auf gesetzlicher Vorschrift beruhen, der Wert der wiederkehrenden Leistungen höchstens auf den fünffachen Betrag der Jahresleistung zu berechnen ist, bezieht sich nicht auf diejenigen Alimentenbeträge, die zur Zeit der Klagerhebung rückständig sind. Rückstände werden dem nach § 9 a Abs. 2 zu berechnenden Werte ihrem ganzen Betrage nach hinzugerechnet.

3. Die Frage: Wie ist der Wert des Streitgegenstandes zu berechnen, wenn das uneheliche Kind mit dem Antrage klagt, den Beklagten für seinen Vater zu erklären und zur Zahlung einer bestimmten Geldrente zu verurteilen? ist mehrfach Gegenstand von Erörterungen gewesen:

A. Magendantz, JW. **01** 416 (Briefkasten) meint, daß als Wert der Geldrente der fünffache Wert des einjährigen Bezugs gemäß § 9 a anzunehmen, der Anspruch auf Anerkennung der Vaterschaft aber nicht besonders zu bewerten sei; aA. KG. unten zu 4 m.

B. Dagegen will Petzold, JW. **01** 706, davon ausgehend, daß eine Feststellungsklage vorliege, wenn der Anspruch auf Anerkennung der Vaterschaft selbständig geltend gemacht werde, den Streitwert nach §§ 9 a Abs. 2 und 10 in der Regel auf 2000 M. angenommen wissen.

C. JW. **02** 61 (vom Herausgeber mitgeteilter Beschluß eines LG.). Der Ausspruch des Gerichts, wonach der Beklagte für den Vater des klagenden Kindes erklärt wird, enthält eine selbstverständliche und überflüssige Feststellung. Eine solche etwa im Urteilstenor enthaltene Feststellung ist ohne Einfluß auf die Höhe des nach § 9 a Abs. 2 zu bestimmenden Objekts, es kommt nur der vermögensrechtliche Anspruch in Betracht (aA. LG. Görlitz, JW. **02** 244).

D. JW. **02** 485 (......k). Wird lediglich die Feststellung der Vaterschaft beansprucht, so ist der Wert des Streitgegenstandes nach § 10 Abs. 1 zu bemessen. Werden lediglich Leistungsansprüche geltend gemacht, so ist deren ziffermäßiger Betrag, bei Unterhaltsansprüchen unter Berücksichtigung des § 9 a und des Betrags etwaiger zur Zeit der Klagerhebung bereits fällig gewesener Bezüge maßgebend. Wird mit dem Feststellungsanspruch ein aus ihm hergeleiteter Leistungsanspruch verbunden, so ist ersterer nach § 10 Abs. 1 zu bewerten und, wenn er der höhere ist, maßgebend; sonst der Wert des Leistungsanspruchs. Dieser kommt auch dann allein in Betracht, wenn nach der Klage Streit über die Vaterschaft nicht mehr besteht.

E. Cohn, KGBl. **02** 11 ff. Die Feststellungsklage hat ihre besondere Bedeutung und ist deshalb auch besonders zu bewerten. Jedoch nicht nach § 10 GKG., dessen Absorptionsprinzip hier unanwendbar ist, sondern nach § 3 ZPO. nach freiem Ermessen, am höchsten dann, wenn nur die Feststellungsklage zulässigerweise er-

hoben, am niedrigsten, wenn diese mit einem Anspruch aus § 1708 Abs. 2 BGB. verbunden wird.

F. Landes, SeuffBl. **05** 669 ff. Der Streitwert der Klage auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft und Zahlung von Unterhaltsrenten ist — entgegen einer Entscheidung des LG. München I vom 4. Januar 1905, BayRpflZ. **05** 302, — nicht nach § 9 a Abs. 2, sondern nach § 10 Abs. 2 GKG. festzusetzen; denn die Feststellung der Vaterschaft ist nicht lediglich Klagegrund für den hieraus abgeleiteten Unterhaltsanspruch, sondern sie hat auch selbständige familienrechtliche Wirkungen zur Folge, was sich insbesondere aus den §§ 1310 Abs. 3, 1719 u. 1723 BGB. ergibt (vgl. auch KG. zu § 10 Ziff. 3).

4. Aus der Praxis. a) **RG.** JW. **00** 345 u. 526, SächsA. **10** 249. Auf bereits vor dem 1. Januar 1900 erwachsene Gerichts- und Anwaltsgebühren findet § 9 a keine Anwendung. Dagegen findet die im § 9 a vorgeschriebene Berechnungsweise des Streitwerts auch in Prozessen Anwendung, welche vor dem 1. Januar 1900 anhängig wurden, jedoch nur auf diejenigen Akte, welche nach dem 1. Januar 1900 stattfanden. Ebenso OLG. **1** 43 (KG. IX, XII, XIV). Dagegen kommt es nach OLG. **1** 41 (Karlsruhe, KG. VIII), OLG. **3** 161 (KG. III) und BadRpr. **01** 180 (Karlsruhe) auf den Zeitpunkt der Fälligkeit, also auf das Ende der Instanz an. **b)** **RG.** JW. **00** 417 Ziff. 7, 526 Ziff. 19, **03** 27 Ziff. 26, auch SächsA. **11** 733. Der § 9 a betrifft nur die Bestimmung des Streitwerts, die der Berechnung der Gebühren zugrunde zu legen ist, nicht auch den für die sachliche Zuständigkeit des Gerichts oder die Zulässigkeit der Revision maßgebenden Wert. c) **RG.** JW. **01** 458, 724 u. 833, GruchotsBeitr. **45** 383. Nach feststehender Praxis findet diese Vorschrift auf Ansprüche auf Entrichtung einer Geldrente wegen Schadensersatzes nur Anwendung, wenn solche auf Grund der §§ 843, 844 BGB. oder des Haftpflichtgesetzes erhoben werden. Auf die Wertberechnung anderweiter Schadensersatzrentenforderungen findet auch nach dem 1. Januar 1900 der § 9 ZPO. Anwendung. **d)** **RG.** JW. **04** 473 Ziff. 15. Wenn eine Rente gefordert wird, welche nicht für die ganze unbestimmte Dauer gleich bleibt, sondern eine wechselnde Höhe hat, so greift nicht § 9 a GKG., sondern das freie richterliche Ermessen nach § 3 ZPO. und § 9 GKG. ein. **e)** **RG.** **58** 294, JW. **04** 473 Ziff. 15. Der Grundsatz, daß die Rückstände bis zur Klagerhebung selbständig neben der kapitalisierten Rente in Ansatz zu bringen sind, gilt auch gegenüber der Vorschrift des § 9 a Abs. 2. So schon OLG. **4** 262 (KG.). **f)** **RG.** **59** 293. Die Rückstände der Unfallentschädigung sind selbständig in Ansatz zu bringen. Für die Wertberechnung ist der prinzipale Antrag maßgebend, wenn er einen höheren Wert ergibt als der eventuelle. Deshalb kann die nur event. geforderte wesentlich höhere Jahresrente nicht in Betracht kommen. **g)** **RG.** Sächs. RpflA. **05** 517. Die Vorschrift findet keine Anwendung bei Ansprüchen eines Ortsarmenverbandes aus § 62 UWG. **h)** OLG. **2** 434 (Karlsruhe). Der Gesamtbetrag der geforderten Leistungen ist auch dann geringer, als der fünfjährige Betrag des einjährigen Bezugs, wenn zwar im Antrage kein bestimmter Zeitpunkt der Beendigung vorgesehen ist, aber nach Art des Anspruchs als sicher anzusehen ist, daß der Bezug nicht fünf Jahre lang dauert. Vgl. **RG.** JW. **95** 477, **96** 583, **RG.** (VZS.) **24** 373. Dagegen **RG.** JW. **97** 228 Ziff. 2, 341 Ziff. 2. **i)** OLG. **4** 261 (KG.). Ein Streit über das Bestehen eines Mietverhältnisses liegt auch dann vor, wenn streitig ist, ob ein gewisser Gegenstand (Vorgarten) mit vermietet ist. **k)** OLG. **7** 217 (Hamburg). Die Vorschrift des Abs. 1 findet auch Anwendung, wenn die auf Räumung eines Hauses gerichtete Klage auf das Eigentum des Klägers gestützt wird, weil der Beklagte das Haus auf Grund eines unsittlichen und daher nichtigen Mietvertrags besitzt. **l)** OLG. **7** 217 (Stuttgart). Für die Anwendung des § 9 a macht es keinen Unterschied, ob der Anspruch unmittelbar auf das Gesetz gestützt wird, oder ob er durch Anerkenntnis oder Vergleich festgelegt und dadurch rechtlich auf einen anderen Grund gestellt ist

(Alimente). **m)** KGBl. **02** 71, OLG. **5** 43 (KG.). Der mit der Leistungsklage auf Unterhalt verbundene Anspruch auf Feststellung der Vaterschaft hat prinzipiell selbständige Bedeutung, er ist daher neben dem Leistungsanspruche besonders zu bewerten. **n)** OLG. **13** 71 (KG.). Für die Anwendung des § 843 macht es keinen Unterschied, ob der Rechtsgrund der Haftung auf einer unerlaubten Handlung beruht oder ob dem Ersatzpflichtigen Verletzung einer vertragsmäßigen Sorgfaltspflicht zur Last fällt. Der Inhalt des Schadensersatzanspruchs ist in beiden Fällen derselbe und es muß daher auch in beiden Fällen der Streitwert nach § 9 a berechnet werden. Ebenso OLG. **13** 252 (KG.). **o)** SächsOLG. **24** 452 (Dresden). § 9 a GKG. ist auf andere, als die dort aufgeführten Schädenforderungen nicht anwendbar, auch wenn sie in Form eines Anspruchs auf Unterhaltsrente auftreten. Vgl. dazu BadRpr. **06** 57 (Karlsruhe). Die Vorschrift des § 9 a ist als Ausnahmebestimmung nicht analog auf die Rentenansprüche aus dem UVG. und dem InvVG. anwendbar. **p)** BraunschwZ. **49** 148 (Braunschweig). Der § 8 ZPO. widerspricht dem § 9 a. Dieser hat als neueres Gesetz den Vorzug. **q)** R. **03** 267 (Jena). Der § 9 a findet auch bei Ansprüchen aus § 833 Anwendung. **r)** KGBl. **06** 6, JustdRundsch. **5** 108 (KG.). Betrifft der Gegenstand der Widerklage das bedingte Bestehen des Mietverhältnisses, bedingt für den Fall, daß Widerkläger den Rücktritt erklärt, so erlischt das Mietverhältnis mit der Erklärung und ist der Wert des einjährigen Zinses Streitgegenstand der Widerklage. **s)** OLG. **15** 53 (Hamburg). Läßt die Klage nicht die Einschränkung der Unterhaltspflicht auf die Dauer des Scheidungsprozesses erkennen, so ist der Streitwert nach Abs. 2 festzusetzen.

§ 10. 1. Pfafferoth 95. Entscheidend für die Frage, ob ein vermögensrechtlicher Anspruch vorliegt oder nicht, ist, ob der Anspruch in Geld veranschlagt werden oder, wie § 916 Abs. 1 ZPO. sich ausdrückt, in eine Geldforderung übergehen kann oder nicht.

2. HessRspr. **1** 95 (Darmstadt). Zu den nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen im Sinne des § 10 sind nach feststehender Rechtsprechung des RG. nur solche Ansprüche zu rechnen, welche dem Familienrecht angehören, z. B. Ehesachen, Einwilligung zur Eheschließung, Standesrechte, Entmündigungssachen. Als vermögensrechtlich sind hingegen alle die Ansprüche anzusehen, welche einen materiellen Wert besitzen, bzw. einen materiellen Vorteil verschaffen oder vor einem materiellen Verluste zu schützen geeignet sind, auch wenn sich im Augenblicke der Geltendmachung der Eintritt oder der Umfang des Vorteils bzw. Nachteils noch nicht erkennen läßt.

3. OLG. **4** 395 (KG. I). Ein Anerkenntnis der Vaterschaft, das in einer öffentlichen Urkunde abgegeben wird, hat besondere und bestimmte Rechtswirkungen neben dem Anspruch auf Alimentation (BGB. §§ 1718, 1720). Das Anerkenntnis betrifft eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit, nämlich eine solche des Personenrechts. Ähnlich mit besonderer Hervorhebung für den Zivilprozeß OLG. **5** 43 (KG. VIII). Im Ergebnis übereinstimmend Petzold, JW. **01** 706 (vgl. Ziff. 3 B zu § 9 a).

4. BraunschwZ. **02** 12 (Braunschweig). Der Streitwert für eine Klage, die von mehreren Personen behufs Anerkennung ihrer Mitgliedschaft zu einem Vereine mit idealen Tendenzen erhoben ist, ist zwischen 200—50 000 M. gemäß § 10 GKG. frei zu bewerten. § 5 ZPO. kann nicht Berücksichtigung finden.

5. OLG. **15** 171 (Hamburg). Die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse kann nicht, zumal nicht in einem Rechtsstreite, der nicht die Scheidung einer Ehe, sondern die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zum Gegenstande hat, so weit gehen, daß bei normalen Einkommensverhältnissen (10 000 M. jährlich) die gesetzliche Regel verlassen wird.

6. R. **04** 451 Ziff. 1864 (BayObLG.). Der Anspruch auf ausschließliche Be-

nutzung einer Grabstätte und Entfernung der Leiche sind vermögensrechtliche Ansprüche.

7. OLG. **4** 395 (KG.). Wird mit einer Alimentenklage die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft verbunden, so ist Abs. 2 anzuwenden (vgl. Ziff. 3 oben zu § 9 a).

8. HessRspr. **6** 11 (Darmstadt). Der Anspruch auf Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft ist ein nicht vermögensrechtlicher.

§ 11. 1. a) Rittmann 44. Klage und Widerklage betreffen stets denselben Streitgegenstand, sobald der Anspruch der Widerklage ohne weiteres die Verneinung des Anspruchs der Klage in sich begreift, so daß ein Nebeneinanderbestehen beider Ansprüche eine Unmöglichkeit ist, vielmehr die Zuerkennung des einen mit innerer Notwendigkeit die Abweisung des anderen zur Folge haben muß. b) *Magendantz, JW. **01** 232. Bei der Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft und Widerklage auf Trennung der Ehe enthält das Objekt der Widerklage das der Klage. Es findet also eine Zusammenrechnung des Wertes der Streitgegenstände nicht statt.

2. **RG.** JW. **02** 212. Die Klage betrifft einen Teil der Früchte, die Widerklage das Sukzessionsrecht in das Familienfideikommiß, also nicht denselben Gegenstand. Denn beim Sukzessionsrechte handelt es sich nicht um die Revenuen, sondern darum, welche der Parteien Eigentümer der betr. Vermögensobjekte ist.

3. OLG. **4** 265 (KG.). Kläger hat auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft geklagt, worauf der Streitwert auf 200 M. festgesetzt ist. Der Wert ändert sich durch Widerklage auf Ehescheidung nicht. Gegenstand der Entscheidung beider Klagen ist die Frage, ob die Ehefrau verpflichtet ist, die Ehegemeinschaft fortzusetzen. Ebenso BreslauAK. **03** 55 (Breslau). Vgl. auch oben Ziff. 1.

4. OLG. **7** 218 (Rostock). Die Klage auf Feststellung, daß dem Kläger an einem ihm übergebenen Grundschuldbrief ein Pfandrecht zustehe, und die Widerklage auf Herausgabe dieses Briefes betreffen denselben Streitgegenstand.

5. OLG. **11** 149 (Hamburg). Werden mehrere Klagen erhoben, diese verbunden und wird nunmehr Widerklage erhoben, so ist die Prozeßgebühr für den Streitgegenstand der verbundenen Klagen festzustellen und dazu die Differenz zwischen dieser Gebühr und der Gebühr für den gesamten Streitgegenstand der Klage und Widerklage hinzuzurechnen.

6. BadRpr. **07** 291 (Karlsruhe). Klage und Widerklage betreffen nicht denselben Streitgegenstand, wenn Schadensersatz aus § 823 BGB. gefordert und demgegenüber Rückgabe des zur Abwendung des Arrestvollzugs hinterlegten Betrags verlangt wird.

7. SchlHolstAnz. **07** 75 (Kiel). Ist durch Ergänzungsurteil über eine übergangene Widerklage entschieden, so ist die doppelte Gebühr entstanden.

§ 12. 1. Hesselbarth, JustdRundsch. **6** 59 f. Wenn in derselben Instanz für mehrere Teilakte verschieden hohe Gebührensätze eintreten, bedarf es bei der Prüfung nach § 12 Abs. 2 zweiter Halbsatz nicht erst einer Zusammenziehung der dem gleich hohen Gebührensatz unterstellten Akte gemäß Abs. 2 erster Halbsatz, sondern es ist ohne weiteres die Probe anzustellen zwischen der Summe der Gebühren aus den einzelnen Teilakten und der nach dem höchsten Satze berechneten Gebühren aus der Summe der Wertsteile.

2. OLG. **2** 430 (Stuttgart) und 431 (KG.). Wenn Streitgegenstand der in der Klage erhobene, zur richterlichen Entscheidung gelangte Anspruch ist, so kann die Frage der Fälligkeit nicht als ein Teil des Streitgegenstandes angesehen werden. Vielmehr handelt es sich hierbei nur um eine einzelne, zur Begründung des ganzen Anspruchs vorgetragene Tatsache. Ebenso R. **02** 592 Ziff. 2738 (Breslau).

3. BuschsZ. **31** 239 (KG.). Wird gegen mehrere Teilurteile nacheinander Be-

rufung eingelegt, dann aber über alle Berufungen gemeinschaftlich verhandelt und entschieden, so liegt nur eine Instanz vor. [Für jede Berufung ist aber je ein Vorschuß zu berechnen: OLG. **7** 222 (Hamburg).]

§ 13. 1. Pfafferoth 110. „Hauptanspruch" im Abs. 1 im Gegensatze zu „Nebenforderungen" bedeutet hier nur denjenigen Teil des Streitgegenstandes, zu welchem die betr. Nebenforderungen gehören. Die Vorschrift des Abs. 1 kommt gemäß § 28 nur dann in Betracht, wenn nicht etwa in derselben Instanz für einen gleichartigen Akt von dem Hauptanspruche nach dem gleichen oder einem höheren Satze Gebühren zu berechnen sind.

2. a) BadRpr. **02** 282, R. **02** 616 (Karlsruhe). Für Akte der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung werden auch die im Abs. 2 nicht erwähnten Kosten mitberechnet. b) Rittmann 64 widerspricht dieser Entscheidung.

3. PucheltsZ. **34** 89 (Karlsruhe) und OLG. **9** 57 (Dresden) betreffen die vor Anhängigkeit des Rechtsstreits auf dessen Information und auf Beschaffung der Unterlagen für die Rechtsverfolgung aufgewendeten Kosten; sie werden zu den Prozeßkosten gerechnet.

4. OLG. **2** 433 (Rostock). Wenn nach Befriedigung im Laufe des Prozesses der Kläger bloß Verurteilung in die Kosten, der Beklagte aber Abweisung der Klage beantragt, so bildet die Hauptsache den Gegenstand der Verhandlung, nach dem die Kosten zu berechnen sind.

5. OLG. **9** 161 (Hamburg). Die Vorschrift des Abs. 3 greift auch Platz, wenn der Betrag der Kosten (z. B. infolge hoher Zeugengebühren) größer ist als der Streitwert der Hauptsache.

§ 16. 1. Pfafferoth 120 erörtert, inwieweit die in der höheren Instanz gemäß § 16 erfolgte Wertfestsetzung für die untere Instanz bindend ist.

2. Schäfer, BayRpflZ. **07** 244 ff. Beim Antrage nach § 16 besteht kein Anwaltszwang.

3. Aus der Praxis. A. Abs. 1. a) **RG.** SeuffA. **25** 94, ElsLothJZ. **25** 71. Das Gericht höherer Instanz ist, auch wenn es nicht mit der Sache selbst befaßt ist, sondern nur über eine auf die Kostenfestsetzung bezügliche Beschwerde zu entscheiden hat, befugt, von Amts wegen die in der unteren Instanz getroffene Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes zu ändern. b) **RG.** JW. **02** 133 Ziff. 45. Mit den Worten „im Laufe des Verfahrens" ist die Hauptsache, jedenfalls ein anderes Verfahren als das lediglich die Beschwerde über die Wertfestsetzung selbst betreffende Verfahren gemeint. Das Gericht kann daher nicht auf eine Beschwerde, in der die Herabsetzung des Wertes beantragt wird, von Amts wegen eine Erhöhung aussprechen. c) **RG.** JW. **02** 273. Die Wertfestsetzung des OLG. ist nur im Kosteninteresse, nicht für die Zulässigkeit der Revision von Bedeutung. d) **RG.** JW. **02** 391, **04** 149. Die Parteien haben das Recht, in jeder Instanz die Festsetzung des Streitgegenstandes zu verlangen, und dieses Recht ist nicht davon abhängig, daß das Verfahren in der betreffenden Instanz bis zu einem gewissen Grade vorgeschritten sei, auch nicht davon, ob die Einziehung eines Gerichtskostenvorschusses erfolgen kann, oder (wegen Armenrechts) unterbleiben muß. Vgl. JW. **91** 11 Ziff. 30, **95** 382 Ziff. 15, 480 Ziff. 16. e) **RG.** JW. **03** 9. Die Wertfestsetzung darf nicht über ihren unmittelbaren Zweck (Berechnung der Gerichtsgebühren) hinaus ausgedehnt werden. Wenn sich die für die Kostenberechnung erhebliche Tätigkeit des Gerichts und der Rechtsanwälte nicht auf denselben Gegenstand beziehen, so muß die Frage, welche Wertsstufen bei der Berechnung der Rechtsanwaltsgebühren anzunehmen seien, bei der Kostenfestsetzung oder in einem besonderen Rechtsstreite zum Austrage gebracht werden (**RG.** JW. **95** 10 Ziff. 28, **98** 348 Ziff. 2). f) SeuffBl. **00** 150 (Bay. ObLG.). Unter „Partei" sind nur die Prozeßparteien selbst, nicht aber ihre Rechtsanwälte, soweit sie im eigenen Namen handeln, gemeint. g) SächsOLG. **22** 269

(Dresden). Für den Antrag auf Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes in landgerichtlichen Sachen besteht kein Anwaltszwang (vgl. oben Ziff. 2). AA. SeuffA. **60** 163 (Bamberg). Der Antrag auf Festsetzung des Streitwerts unterliegt in Anwaltsprozessen dem Anwaltszwange. **h)** R. **02** 375 (Celle). Bei Festsetzung des Wertes ist das Gericht an die übereinstimmenden Angaben der Parteien nicht gebunden. **i)** OLG. **2** 268 (KG.). Die Beschwerde gegen die zu geringe Wertfestsetzung steht dem Rechtsanwalte nur im eigenen Namen zu, alle anderen Beschwerden nur im Namen der Partei. Es ist zu präsumieren, daß die Beschwerde im Namen der zuständigen Person ergangen ist. **k)** α. SächsOLG. **22** 372 (Dresden). Eine früher getroffene Wertfestsetzung kann auch noch bis zur endgültigen Erledigung des Kostenfestsetzungsverfahrens, da auch dieses einen Bestandteil des Rechtsstreits erster Instanz bildet, von Amts wegen abgeändert werden. β. R. **02** 560 (Frankfurt). Eine Änderung der Wertfestsetzung von Amts wegen darf nach Beendigung des Verfahrens, für das die Wertfestsetzung ergangen ist, nicht mehr stattfinden, wohl aber kann auf Antrag jederzeit (auch nach Urteilsfällung) eine Abänderung der Wertfestsetzung erfolgen (vgl. **RG. 44** 103).

B. Abs. 2. **a)** **RG.** JW. **00** 895. Die Partei kann durch die Beschwerde nur die Herabsetzung des Streitwerts betreiben, da sie an der Erhöhung kein Interesse hat. Ebenso OLG. **5** 469 (Bamberg). — **RG.** SächsA. **05** 517. Eine auf höhere Bewertung des Streitgegenstandes gerichtete Beschwerde ist unzulässig. — **RG.** JW. **00** 590. Den Parteien steht ein Beschwerderecht wegen zu niedriger Festsetzung des Streitwerts nicht zu, sondern nur den Prozeßbevollmächtigten (§ 12 RAGebO.). Ebenso SächsOLG. **21** 442 (Dresden). — SchlHolstAnz. **07** 157 (Kiel). Die Beschwerde wegen zu niedriger Wertfestsetzung steht nur dem Rechtsanwalte zu. **b)** **RG.** JW. **01** 226. Eine Beschwerde ist nur gegen den Beschluß gegeben, durch den die Festsetzung des Wertes erfolgt oder abgeändert wird. **c)** **RG.** JW. **02** 610. Die Beschwerde ist frei vom Anwaltszwange. **d)** **RG.** JW. **04** 149. Gegen den Beschluß, durch welchen die Festsetzung des Streitwerts abgelehnt wird, findet die Beschwerde ohne Rücksicht auf die Höhe der Wertsinteressen statt. **e)** RheinA. **103** I 119 (Düsseldorf). Auch gelegentlich der Entscheidung über eine wegen Wertfestsetzung eingelegte Beschwerde kann das Beschwerdegericht von Amts wegen den Streitwert herabsetzen.

§ 17. 1. Jacobsohn, JW. **07** 325, empfiehlt als Neufassung: Die Verhandlungsgebühr § 13 Ziff. 2 und die weitere Verhandlungsgebühr § 17 steht dem Rechtsanwalt auch für den schriftlichen, an das Prozeßgericht eingereichten Antrag auf Versäumnisurteil, sowie für den in Übereinstimmung mit dem Gegner gestellten schriftlichen Antrag an das Prozeßgericht auf Entscheidung zu.

2. **RG.** JW. **00** 895 Ziff. 5. Die Entscheidung darüber, ob die Abschätzungskosten einer Partei zur Last gelegt werden, wird richtiger mit dem Wertfestsetzungsbeschlusse verbunden, kann aber auch in einem selbständigen Beschlusse getroffen werden. Die Entscheidung über die Prozeßkosten erstreckt sich nicht auf die Abschätzungskosten. — Die Anfechtung der Entscheidung über die Aufbürdung der Abschätzungskosten ist nur zulässig, wenn zugleich auch gegen die Festsetzung des Streitwerts Beschwerde eingelegt wird (ZPO. § 99 Ziff. 1).

§ 18. A. Ziff. 1. 1. Schönfeld, SeuffBl. **06** 442 ff. Die Verhandlungsgebühr des Gerichtskostengesetzes und der Rechtsanwaltsgebührenordnung wird durch die Stellung der Anträge nicht begründet. — Es ist dabei zu verharren, daß der Begriff einer „mündlichen Verhandlung" ausschließlich der ZPO. entstammt, und daß nach ihr die mündliche Verhandlung eine gebührenlose Einleitung besitzt, so daß die Stellung der reinen Anträge ohne die nachfolgende Erörterung des Streitverhältnisses in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung keine gebührentragende Tätigkeit vorstellt (vgl. Ziff. 7 B zu § 13 RAGebO.).

2. OLG. **2** 269, PosMSchr. **00** 155 (Marienwerder). Es liegt keine kontradiktorische Verhandlung vor, wenn im Wechselprozesse der Beklagte nur beantragt, ihm die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten.

B. Ziff. 2. **a)** BadRpr. **02** 339 (Karlsruhe). Die Anordnung eines nur fürsorglich (für den Fall, daß ein gleichzeitig angeordnetes Sühneverfahren erfolglos ist) vorzunehmenden Augenscheins ist gebührenpflichtige Beweisanordnung. **b)** OLG. **11** 340 (Karlsruhe). Die Ladung eines Sachverständigen nur zur Information für den Abschluß eines Vergleichs ist keine gebührenpflichtige Beweisanordnung (vgl. **RG.** JW. **00** 51). **c)** OLG. **7** 218 (Oldenburg). Die Anordnung, daß ein Offenbarungseid wegen eines in der Instanz vorgelegten Inventars zu leisten sei, ist keine Beweisanordnung. **d)** OLG. **11** 150 (Hamburg). Der Beschluß, in dem die Heranziehung von Akten verfügt wird, ist die Anordnung einer Beweisaufnahme, auch wenn er nicht ausdrücklich als Beweisbeschluß bezeichnet wird und nicht unter genauer Einhaltung der im § 354 ZPO. vorgeschriebenen Form erlassen wird. So auch JW. **89** 403 Ziff. 12, **96** 35 Ziff. 27, **97** 532 Ziff. 11, **99** 6 Ziff. 20. OLG. **11** 151 (Colmar). Dagegen ist die Heranziehung von Akten durch den Vorsitzenden und die Erteilung von Ausfertigungen an die Parteien keine Beweisaufnahme. **e)** ZfMittlJB. **15** 981 (Cöln). Wird ein Beweisbeschluß dahin gefaßt, daß erstlich das Erscheinen der Partei vor dem Vorsitzenden zum Zwecke des Sühneversuchs angeordnet, zweitens im Nichtvergleichsfalle die Vernehmung von Zeugen angeordnet wird, dann ist auch beim Zustandekommen des Vergleichs die Hälfte der Beweisgebühr zu erheben. **f)** BadRpr. **07** 133 (Karlsruhe). Ist vor Eintritt in die Verhandlung auf Antrag einer Partei die Herbeiziehung von Akten angeordnet, gleichzeitig entsprechend dem Antrage beider Parteien Vertagung beschlossen, so kann aus der Benutzung der Akten im nächsten Verhandlungstermine keine Beweisgebühr in Ansatz gebracht werden (vgl. Ziff. 7C zu § 13 RAGebO.).

C. Ziff. 3. BadRpr. **02** 138 (Karlsruhe). Die Entscheidungsgebühr bei Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts beträgt $^5/_{10}$, wenn nur über Unzuständigkeit verhandelt wurde.

§ 19. 1. Rittmann 107. Der Begriff der kontradiktorischen Verhandlung ist erfüllt, sobald die einander widersprechenden Anträge gestellt, d. h. in der mündlichen Verhandlung vorgetragen bzw. aus den Schriftsätzen verlesen sind, auch wenn sich an diese Stellung der Anträge kein Vortrag der Parteien im Sinne des § 137 Abs. 2 ZPO. anschließt (vgl. **RG.** JW. **98** 607). Ebenso OLG. **9** 867 (Hamburg). Mit der Stellung der beiderseitigen Anträge ist die kontradiktorische Verhandlung eingeleitet und der Ansatz der Verhandlungsgebühr begründet. Ebenso SächsRpflA. **07** 278 (Dresden). AA. R. **00** 401 (Posen). Vgl. Ziff. 7C zu § 13 RAGebO.

2. OLG. **11** 340 (Jena). Ein unwidersprochener Vertagungsantrag als einziger Inhalt der im Termine vorgebrachten Parteierklärung stellt keine mündliche Verhandlung dar.

§ 21. 1. Pfafferoth 134 begrenzt die Tragweite des § 21 dahin, daß das Verfahren, soweit die an sich gebührenpflichtige Verhandlung zu einer Beweisanordnung oder gebührenpflichtigen Entscheidung führt, der Besteuerung in regelmäßiger Weise unterliegen soll, so daß auch ein darauf folgender Vergleich u. dgl. nichts mehr daran ändern kann.

2. MecklZ. **21** 53 (Rostock). Der § 21 findet auch Anwendung, wenn nach § 49 Abs. 2 eine Beweisgebühr nicht erhoben wird.

3. OLG. **7** 219, MecklZ. **22** 258 (Rostock). Wenn zwischen der Verhandlung und dem Vergleich ein gebührenpflichtiger Akt erfolgt, der nur einen Teil des Streitgegenstandes betrifft, so wird auch die Verhandlungsgebühr nur wegen desselben Teiles erhoben.

4. DJZ. **03** 60 (Cöln). Wird ein Rechtsstreit durch einen Vergleich erledigt,

der über den Prozeßgegenstand hinaus noch weitere Abreden über nicht rechtshängig gewesene Gegenstände trifft, so ist für die Berechnung der Vergleichsgebühr der Streitwert nach dem vollen Werte des Vergleichsgegenstandes festzusetzen (vgl. Ziff. 1 zu § 9 u. Ziff. 5 zu § 13 RAGebO.).

§ 22. 1. Rittmann 125. Zum Begriffe der Beweisaufnahme gehört eine unmittelbar auf die Aufnahme des angeordneten Beweises gerichtete Tätigkeit des Gerichts selbst.

2. SächsOLG. **21** 477 (Dresden). Solange nicht vor dem Prozeßgericht, einem Mitgliede desselben oder einem ersuchten Gerichte die Beweisaufnahme begonnen hat (§ 355 ZPO.), kann auch im Sinne des § 22 Abs. 1 GKG. die Beweisaufnahme noch nicht teilweise stattgefunden haben. Auf Grund des Beweisbeschlusses hatte der Sachverständige nach vorgängiger Benachrichtigung der Parteien die fraglichen Arbeiten an Ort und Stelle besichtigt. Es war hierbei zum Vergleiche zwischen den Parteien gekommen. Im Sinne der RAGebO. § 14 Ziff. 4 hatte ein Beweisaufnahmeverfahren freilich stattgefunden.

3. OLG. **7** 220 (Hamburg). Der Umstand, daß zwischen der Beweisanordnung und dem Vergleich ein Zwischenurteil ergangen ist, schließt die Anwendbarkeit des Abs. 2 nicht aus.

§ 23. A. Abs. 1. SächsOLG. **22** 554 (Dresden). Das Anerkenntnis unter Vorbehalt der Rechte (z. B. § 599 ZPO.) fällt nicht unter § 23 Abs. 1 GKG., da dieser ein unbeschränktes Anerkenntnis fordert.

B. Abs. 2. **a)** **RG.** JW. **01** 514. Die Kosten eines zur Beilegung eines Rechtsstreits geschlossenen gerichtlichen Vergleichs sind nach dem Vergleichsobjekte zu berechnen; der Wert des letzteren kann aber niemals den Wert der Ansprüche, die den Gegenstand des Rechtsstreits gebildet haben, übersteigen, und es haben deshalb sonstige, durch den Vergleich betroffene Ansprüche bei der Bestimmung des Wertobjekts außer Betracht zu bleiben. **b)** OLG. **2** 427 (Celle) und 428, 429 (KG.). Die Gebühr für Aufnahme eines Vergleichs wird nach § 23 Abs. 2 GKG. als Quote der Entscheidungsgebühr berechnet. Die letztere kann aber nur nach dem Werte des in der jeweiligen Instanz zur Entscheidung stehenden Gegenstandes, wie er sich aus dem Parteivorbringen ergibt, erhoben werden. Maßgebend für die Wertberechnung ist der Zeitpunkt der Klagerhebung oder der sonstigen prozessualen Akte, welche Rechtshängigkeit begründen. Ansprüche, die nicht als Streitpunkte förmlich in den Prozeß eingebracht sind, bleiben für eine nach § 16 GKG. zu treffende Entscheidung außer Betracht. Wenn die Parteien also in den Vergleich Gegenstände hineinziehen, über welche nicht die Entscheidung des Gerichts angerufen ist, so erleidet der Streitgegenstand, nach welchem sich die Gerichtskosten zu bestimmen haben, dadurch keine Änderung. **c)** OLG. **7** 221 (Hamburg). Wenn vor dem Vergleichsschluß eine volle Entscheidungsgebühr (z. B. für das Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs) entstanden ist, so wird diese nicht nachträglich ermäßigt. Dagegen kommt die Vergleichsgebühr nicht besonders zur Hebung. **d)** KGBl. **00** 88 (KG.). Werden in einen vor dem Prozeßgericht abgeschlossenen Vergleich noch andere im Prozesse befangene Ansprüche hineingezogen, so ist doch die Gerichtsgebühr nach dem im Streite befangenen Gegenstande zu bemessen. **e)** MecklZ. **20** 243 (Rostock). § 23 erfordert nicht, daß das Gericht beim Vergleiche mitwirkt, sondern nur, daß er vor Gericht aufgenommen wird. Nicht genug, daß die Parteien den Abschluß des Vergleichs lediglich mitteilen. **f)** OLG. **13** 253 (KG.). erörtert den Begriff des Vergleichs im Sinne des § 23 (vgl. RAGebO. Ziff. 1 zu § 9 u. Ziff. 5 zu § 13).

§ 24. 1. Pfafferoth 141. Der Charakter als Beweisanordnung, den Abs. 1 bei dem regelmäßigen Verlaufe des Prozesses dem bedingten Urteile für die Gebührenerhebung beilegt, kommt nur dann zur Geltung, wenn es in derselben Instanz, sei es vor oder nach Ablauf der Frist des § 94 Ziff. 1, erledigt wird. Ge-

schieht das nicht, so gilt das bedingte Urteil in seiner Wirkung auf den Gebührenansatz immer nur als Entscheidung. Aus diesem Grunde wird es hier auch stets an der Voraussetzung für eine Ermäßigung aus § 22 fehlen.

2. BadRpr. **01** 63 (Karlsruhe). Unter „Erledigung" im § 24 Abs. 2 ist nur eine solche nach Maßgabe des § 462 ZPO. zu verstehen. Hat eine solche Erledigung durch Läuterungsurteil nicht stattgefunden, so hat das bedingte Urteil für den Gebührensatz als Entscheidung zu gelten, und es ist die Entscheidungsgebühr zu berechnen (nach Rechtskraft des bedingten Endurteils war von den Parteien ein Vergleich abgeschlossen).

§ 26. a) **RG.** JW. **00** 472. Die Ermäßigung tritt auch dann ein, wenn das Nachverfahren nach dem Urkunden- und Wechselprozesse (§ 33) sich auf eine der hier aufgeführten Angelegenheiten beschränkt. b) Ziff. 1. OLG. **4** 393, KGBl. **02** 14 (KG.). Die Ermäßigung tritt auch dann ein, wenn auf Grund der prozeßhindernden Einrede die Klage abgewiesen wird. Dies Urteil ist keine Entscheidung zur Hauptsache. Ebenso Hamm, ZfMittlJB. **03** 430. c) Ziff. 2. ThürBl. **49** 82 (Jena). Wenn eine Klage in erster Instanz abgewiesen worden ist, weil die prozeßunfähige Klagepartei die von Amts wegen erforderte Legitimation ihres gesetzlichen Vertreters nicht beschafft hat, so ist für das die klägerische Berufung gegen dieses Urteil beim Nichterscheinen des Berufungsklägers zurückweisende Versäumnisurteil nicht bloß $^{5}/_{10}$ der Entscheidungsgebühr nach § 26 Ziff. 2 GKG., sondern die volle Entscheidungsgebühr nach § 18 Ziff. 3 zu erheben (vgl. § 49 GKG.). d) Ziff. 8. α. OLG. **11** 147, BadRpr. **04** 30 (Karlsruhe). Die Gebührenermäßigung tritt nicht ein, wenn die Klage nicht nur gegen die Vollstreckung, sondern gegen den Bestand des Urteils selbst und auf Feststellung gerichtet ist. Ebenso Rittmann 155 unter Ziff. 6. β. BadRpr. **06** 293 (Karlsruhe). Die Erhebung einer Feststellungsklage vor Beginn der Zwangsvollstreckung ändert nicht den Charakter der Klage als einer aus § 767 ZPO. erhobenen.

§ 28. 1. Friedrichs 150. Wenn zunächst eine Gebühr durch die prozeßhindernde Einrede, demnächst auch eine Gebühr in der Hauptsache erwächst (weil die prozeßhindernde Einrede verworfen oder der von Amts wegen zu berücksichtigende Mangel gehoben ist), so wird jede Gebühr nur einmal erhoben, und zwar für den Akt über die Hauptsache. Infolgedessen hat der endgültig Unterliegende die vollen Kosten zu tragen, auch wenn er in bezug auf die prozeßhindernde Einrede obgesiegt hat.

2. **RG. 52** 198. Das Gerichtskostengesetz versteht überall, wo nicht bestimmte Ausnahmen getroffen sind, in Übereinstimmung mit der ZPO. unter „Instanz" die Gesamtheit der Verhandlung des Rechtsstreits vor dem Gericht einer bestimmten im Rechtsmittelzuge vorgesehenen Ordnung.

3. OLG. **7** 221 (Hamburg). Nach dem Prinzipe des § 28 absorbiert die entstandene volle Gebühr die aus demselben Gegenstand entstandene Teilgebühr.

4. OLG. **2** 208 (KG.). Der Satz 2 ist auch in der Berufungsinstanz anzuwenden, wenn selbständige Berufungen gegen jede von mehreren Entscheidungen eingelegt sind und diese in getrennten Urteilen erledigt werden.

5. SächsOLG. **26** 95 (Dresden). Wenn der Kläger mit jedem der mehreren als Gesamtschuldner haftenden Beklagten je einen besonderen Vergleich schließt, so ist nur eine Gebühr von $^{3}/_{10}$ des ganzen Streitwerts anzusetzen.

6. OLG. **11** 341 (Hamburg). Jedes Verfahren zur Sicherung des Beweises hat als ein besonderer Rechtsstreit zu gelten.

§ 29. Rittmann 177. Wird der Antrag auf Urteilsergänzung zurückgewiesen, so gilt das Verfahren über diesen Antrag als besondere Instanz und es findet weder § 12 noch § 28 Anwendung.

§ 31. 1. Pfafferoth 173. Es ist für die anderweite Verhandlung auch kein neuer Vorschuß zu erheben. Für das erste und das weitere Verfahren ist ferner nur eine einheitliche Wertsfestsetzung zulässig.

2. Rittmann 184. Infolge der Vorschrift des § 33 kann § 31 in dem Falle keine Anwendung finden, daß die Berufung des Beklagten gegen eine ihn verurteilende Entscheidung im Urkunden- oder Wechselprozesse verworfen und gemäß § 538 Ziff. 4 ZPO. die Sache zum Austrage der dem Beklagten vorbehaltenen Ausführung seiner Rechte im ordentlichen Verfahren an das untere Gericht zurückverwiesen worden ist.

3. ThürBl. **47** 87 (Jena). Ist eine Sache von der Berufungsinstanz in die Vorinstanz zurückgewiesen und ist dann, nachdem in der ersten Instanz ein neues Urteil erlassen und gegen dasselbe Berufung eingelegt ist, das Berufungsurteil in Ansehung der Kosten dahin ergangen, daß dieselben gegeneinander aufgehoben werden, so gilt diese Entscheidung nur für das zweite Berufungsurteil.

§ 35. 1. Rittmann 203. Die Gebühr des § 35 ist, wie die Verweisung auf § 8 außer Zweifel stellt, in allen Prozeßarten aus der vollen Gebühr zu berechnen, die sich für die in Ziff. 1 u. 3 bezeichneten Angelegenheiten um ¼ in der Berufungsinstanz, um ½ in der Revisionsinstanz nach § 49 erhöht.

2. Aus der Praxis. a) **RG. 50** 357. Obgleich das Verfahren über die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 39 Ziff. 1 als besonderer Rechtsstreit gilt, so gehören die Kosten doch zu den Kosten des Rechtsstreits über die Widerspruchsklage und sind in jenem Rechtsstreit ohne weiteres zur Erstattung mit festzusetzen. **b)** OLG. **11** 148 (Hamburg). Eine Entscheidung liegt auch in dem Beschlusse, durch den die Anordnung des nachgesuchten Arrestes von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht wird. **c)** PucheltsZ. **31** 514 (Zweibrücken). Ist durch einheitlichen Beschluß ein Arrest angeordnet und ein Pfändungsbeschluß als Vollziehung des Arrestes ergangen, so sind besondere Gebühren für die Anordnung und die Vollziehung, je ²/₁₀, zu erheben. **d)** MecklZ. **24** 45 (Rostock). Wird die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts (ZPO. § 771 Abs. 3) und demnächst die Bestätigung durch das Prozeßgericht beantragt und erwirkt, so liegen zwei Verfahren und zwei Entscheidungen vor.

§ 37. 1. Levis, R. **07** 238, bespricht die Gebührenfreiheit des Landesfiskus im Mahnverfahren für den Fall, daß der nach § 98 Abs. 2 GKG. mit dem Vorrechte der Gebührenfreiheit ausgestattete Landesfiskus einen Zahlungsbefehl erwirkt, der Schuldner aber der Zahlungsaufforderung genügt hat, ehe ein Vollstreckungsbefehl ergangen ist. Hier entgeht dem Fiskus die Gebühr für Erlassung des Zahlungsbefehls. Levis schlägt vor, der Fiskus solle in dem Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls erklären, er verzichte auf die Geltendmachung seines Gebührenvorrechts; dann könne das Gericht die Gebühr ansetzen und sie könne weiter auf den Beklagten überwälzt werden.

2. Schmitz, R. **05** 675. Die Kosten des Mahnverfahrens kommen im Falle des Widerspruchs bei dem vor dem LG. — nicht auch AG. — eingeleiteten Urkundenprozeß in Anrechnung.

3. HessRspr. **1** 5 (Darmstadt). Fordert die Klage eine geringere Summe als der Zahlungsbefehl, so sind nur diejenigen Kosten des Mahnverfahrens als Kosten des Rechtsstreits anzusehen, welche sich ergeben, wenn man das Klagobjekt als Objekt des Zahlungsbefehls der Berechnung zugrunde legt. Die weiteren Kosten des Zahlungsbefehls hat Kläger zu tragen.

4. OLG. **7** 221 (Oldenburg). Diese Kosten werden erst auf die endgültig entstehenden Kosten, aber nicht auf den nach § 81 einzuziehenden Vorschuß angerechnet.

5. WürttZ. **46** 140 (Stuttgart). Wird Klage nur wegen eines Teiles des im Mahnverfahren geltend gemachten Anspruchs erhoben, so ist die Mahngebühr

nach Verhältnis des eingeklagten Teiles des Anspruchs zu der ganzen Forderung anzurechnen.

§ 38. a) Ziff. 1. BuschsZ. **29** 251 (KG.). Der Wert des Streitgegenstandes bei Kostenfestsetzung im Ausgleichsverfahren bestimmt sich nach dem zur Erstattung gelangenden Kostenbetrage, nicht durch Zusammenrechnung der beiderseits geforderten Beträge. Ebenso schon **RG.** GruchotsBeitr. **41** 1141, ElsLothJZ. **27** 5 (Colmar). **b**) Ziff. 2. OLG. **1** 466 (Dresden). Diese Vorschrift findet auch dann Anwendung, wenn die Bestimmung der Frist sich ausnahmsweise erübrigt. — Als Wert ist weder der Nennwert der Papiere noch die Judikatsumme, sondern der Kurswert der Papiere zugrunde zu legen. Dagegen SächsOLG. **24** 174 (Dresden). Diese Gebühr kommt nur zur Anwendung, wenn nach § 109 ZPO. verfahren ist, aber nicht, wenn der Gegner in die Rückgabe gewilligt hat. **c**) Ziff. 3. KGJ. **26** B 50 (KG.). Wird die vollstreckbare Ausfertigung einer preuß. Notariatsurkunde von dem Amtsgericht erteilt, so findet nicht § 38 Ziff. 3 GKG., sondern § 7 NotGebO. Anwendung.

§ 39. a) **RG. 50** 359. Das die Kostenpflicht im allgemeinen regelnde Urteil des Hauptprozesses ergreift auch die Kosten des Verfahrens über einen Antrag auf Sicherung des Beweises (§ 36) (vgl. GruchotsBeitr. **32** 1168, SeuffA. **47** 230). **b**) **RG.** JW. **02** 23. Im Falle der Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. gehören die Kosten eines auf Einstellung der Zwangsvollstreckung gerichteten Beschlusses, einerlei, ob er vor oder nach Erhebung der Klage erlassen worden ist, zu den Kosten des Rechtsstreits und werden durch die Entscheidung über diese mitbetroffen. **c**) R. **01** 438 (Karlsruhe). Die Kosten einer im Laufe des Rechtsstreits vom Prozeßgericht erlassenen einstweiligen Verfügung werden durch das in der Hauptsache ergehende Urteil auch dann betroffen, wenn ihrer in diesem Urteile keine ausdrückliche Erwähnung geschieht. **d**) BadRpr. **04** 97 (Karlsruhe). Die Kosten der Beweissicherung sind als Kosten des Rechtsstreits anzusehen. **e**) OLG. **9** 58 (Dresden). Die Kosten des vom Amtsgericht als Vollstreckungsgericht erlassenen Beschlusses auf Einstellung der Zwangsvollstreckung gehören zu den Kosten des nachfolgenden landgerichtlichen Rechtsstreits.

§ 41. 1. Pfafferoth 204. Für andere Sühneversuche innerhalb oder außerhalb des Rechtsstreits (§ 296 ZPO.) und für Ehesachen (§§ 608 ff. ZPO.) kommen Gebühren nicht zum Ansatz. Abgesehen davon, daß dies aus der Beschränkung auf den Fall des § 510 ZPO. folgt, läßt sich ferner auch in Ehesachen der Sühneversuch nicht als Verhandlung ansehen und deshalb nicht eine Verhandlungsgebühr erheben, zumal nach § 608 ZPO. der Termin zur mündlichen Verhandlung erst nach Vornahme des Sühneversuchs anberaumt werden darf.

2. Rittmann 239. Ein Sühnetermin hat „stattgehabt", wenn die Sache aufgerufen ist und damit der Termin begonnen hat. Die Gebühr des § 41 ist auch im Falle des Ausbleibens beider Parteien geschuldet. Ebenso Reisenegger-Schmidt 92, HirthsAnn. **48** 109, **53** 316.

3. OLG. **7** 221 (Oldenburg). Die Anrechnung erfolgt auf die endgültig entstehende Gebühr, aber nicht auf den nach § 81 zu erhebenden Vorschuß.

§ 45. *1. Lierk, ZVollstrWes. **01** 71/76, 81/83, 89/90. I. Die Gesetzesvorschrift kommt nur zur Anwendung, wenn es sich um Beschwerden nach Maßgabe der ZPO. handelt, wie die §§ 68, 78 GKG. die Gebührenvorschriften nach Maßgabe der StPO. geben. Eine Beschwerde nach Maßgabe der ZPO. ist die sofortige Beschwerde der KO. (§§ 72, 73 KO.), dagegen ist die Beschwerde gegen Entscheidungen auf Grund §§ 160, 179, 180 GVG. ein durch dieses Gesetz eingeführtes besonderes Rechtsmittel, bei dem die §§ 45, 68 und auch der § 86 GKG. nicht Platz greifen. II. Enthält die Entscheidung des Beschwerde-

gerichts zugleich einen anderen gebührenpflichtigen Akt, so wird der letztere durch die Beschwerdegebühr abgegolten, falls diese zum Ansatze kommt. III. Die Gebühr des § 45 kommt nicht zum Ansatz: „insoweit die Beschwerde begründet ist und die Kosten einem Gegner nicht zur Last fallen", d. h. ein eigentlicher Prozeßgegner nicht vorhanden, oder als solcher nicht zu betrachten ist. Dies ist der Fall: wenn a) nach den Bestimmungen des Verfahrens ein Gegner nicht oder noch nicht der Prozeßpartei gegenübersteht; b) wenn die Beschwerde sich nur indirekt gegen die Prozeßpartei, in Wirklichkeit gegen andere im Verfahren auftretende Interessenten, oder gegen Maßnahmen der im Verfahren amtlich handelnden Behörden oder Beamten richtet; c) wenn das Beschwerdeverfahren sich nicht zwischen den Prozeßparteien (dazu gehört der Nebenintervenient), sondern zwischen anderen am Verfahren beteiligten Dritten (z. B. § 17 ZGebO.) abspielt. IV. Eine Verteilung der Kosten der Beschwerde nach § 92 ZPO. kann nur dann erfolgen, wenn ein Gegner vorhanden ist. Ist dies nicht der Fall und die Beschwerde zum Teil unbegründet, so muß der Streitwert dieses Teiles ermittelt, von diesem Teile die Gebühr des § 45 erhoben und nach § 97 ZPO. dem Beschwerdeführer auferlegt werden. Auch wenn ein Gegner nicht vorhanden ist, hat der Beschwerdeführer bei begründeter Beschwerde die Auslagen (ausgenommen Schreibgebühren § 80 a GKG.) auf Grund § 86 Abs. 2 GKG. zu tragen, sofern deren Niederschlagung auf Grund § 6 GKG. nicht eintritt.

2. Pfafferoth 214. Zu dem vorangegangenen Verfahren (Abs. 1) in der Beschwerdeinstanz gehören die Aussetzung der Vollziehung einer Entscheidung und der Erlaß einstweiliger Anordnungen gemäß § 572 ZPO. Ergeht die erforderliche Anordnung im Sinne des § 575 ZPO. von dem unteren Gericht oder dessen Vorsitzenden, so wird sie dort in der Regel als die endgültige Entscheidung auf den bezüglichen Antrag erscheinen; durch die dafür anzusetzende Gebühr wird alsdann auch die zu dem vorangegangenen Verfahren gehörige frühere Entscheidung mitvergütet werden, bzw. es wird im Anhalt an § 31 das spätere mit dem früheren Verfahren zusammenzufassen sein (aM. Salinger, JW. **01** 78).

3. Aus der Praxis. a) **RG.** JW. **00** 120 Ziff. 3, 527 Ziff. 19, OLG. **4** 262 (Cöln). Die gegnerische Prozeßpartei ist nicht in allen Fällen auch Gegnerin im Beschwerdeverfahren, z. B. wenn es sich um das Verfahren der Zustellung, die Höhe des Streitwerts handelt. b) **RG.** JW. **00** 120 Ziff. 3. Ein zu weit gehender Beschwerdeantrag ist nur dann gebührenpflichtig, wenn sich ein bestimmter Teil des Streitgegenstandes als einer, wegen dessen der Antrag zurückgewiesen würde, aussondern läßt. c) **RG. 52** 248, JW. **02** 547 Ziff. 15. Die Gebühr ist auch dann zu erheben, wenn eine Beschwerde gegen einen Beschluß eines OLG. in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit als unzulässig verworfen wird. — Der Art. IV der Novelle zum GVG. und zur StPO. vom 17. Mai 1898 (RGBl. 252) gehört nicht hierher, er bezieht sich nur auf den Fall, daß das RG. an Stelle des OLG., aber nicht gegen das OLG. zu entscheiden hat. Vgl. hierzu **RG.** GruchotsBeitr. **50** 1116. Für einen Beschluß, den in der Beschwerdeinstanz das Beschwerdegericht auf einen gemäß ZPO. § 574 Abs. 2 gegen den verwerfenden Beschluß des OLG. gerichteten Antrag erläßt, ist keine Gerichtsgebühr zu erheben. c) PosMSchr. **05** 120 (Königsberg). Diese Vorschrift, nicht § 26 Ziff. 9, findet Anwendung, wenn über ein Arrestgesuch (einstweilige Verfügung) durch Beschluß entschieden, in dem Verfahren über die eingelegte Beschwerde aber mündliche Verhandlung angeordnet und ein Urteil ergangen ist.

§ 46. OLG. **2** 433 (Rostock). Beantragt der während des Prozesses befriedigte Kläger nur Verurteilung in die Kosten, so ist der Streitwert doch nach dem ursprünglichen Klagantrage zu bemessen. Dagegen R. **04** 22 Ziff. 113 (Braunschweig).

§ 47. 1. Rittmann 269. Es macht keinen Unterschied, ob den Anträgen

stattgegeben wird, oder ob dieselben abgelehnt werden, sofern nicht etwa das Gericht von der im Abs. 2 ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch macht.

2. Reisenegger-Schmidt 102. Der Abs. 3 will nicht sagen, daß z. B. in der Beschwerdeinstanz für sachleitende Verfügungen des Beschwerdegerichts Gebühren zu erheben sind, sondern nur, daß, wenn gegen eine sachleitende Verfügung des Untergerichts Beschwerde ergriffen wird, die Gebührenerhebung nach § 45 im Beschwerdeverfahren nicht ausgeschlossen ist, wenn die Beschwerde als unbegründet oder unzulässig befunden wird. Vgl. auch Landsberg, PosMSchr. **02** 1 („Anwaltsgebühren bei Vertagungen").

3. OLG. **9** 163 (Dresden). Im Abs. 2 ist nicht unterschieden, ob die besondere Erhebung der $^{3}/_{10}$ Gebühr dem Mutwillen der Partei oder ihres Vertreters zur Last fällt. In jedem Falle wird die besondere Gebühr von der Partei erhoben, die selbst oder durch ihren Vertreter das unnötige Verfahren mutwillig veranlaßt hat.

4. OLG. 8 2 (Hamburg). Während die Ladung von Zeugen eine Ausführung des gebührenpflichtigen Beweisbeschlusses ist und Schreibgebühren dafür zu berechnen sind, stellt die Benachrichtigung der Parteien vom Beweisaufnahmetermine vor dem ersuchten Richter die Mitteilung einer Terminsbestimmung dar, welche nach §§ 47 Ziff. 1, 80 a nicht gebührenpflichtig ist. Ebenso OLG. **8** 3 (Rostock).

§ 48. 1. Rittmann 282 zum Begriffe „mündliche Verhandlung". Daß einander widersprechende Sachanträge gestellt worden sind, ist ebensowenig erforderlich, als daß überhaupt eine eingehendere Sachverhandlung stattgefunden hat; es genügt, wenn auch nur seitens einer Partei dem Gerichte der Sachverhalt soweit vorgetragen wird, daß es in der Lage ist, die Notwendigkeit einer Vertagung, die Veranlassung zu derselben und die Dauer der Vertagungsfrist zu beurteilen.

2. OLG. **9** 161 (Dresden). Die besondere Gebühr ist keine Strafe, ihre Erhebung ist nicht von der Feststellung einer Schuld abhängig. — Sie kann nur von der Partei, nicht von ihrem Vertreter erhoben werden, vorbehaltlich der Regelung des Kostenersatzes gemäß § 102 ZPO.; die Erhebung der Gebühr aus § 48 ist Voraussetzung des Verfahrens aus § 102 ZPO., wenn auch beide Entscheidungen in einem Beschlusse vereinigt werden dürfen. — Gegen den Beschluß aus § 48 GKG. findet die einfache Beschwerde statt, die gegen eine Entscheidung des OLG. nicht zulässig ist, während die sofortige Beschwerde aus § 102 ZPO. dem § 567 Abs. 2 ZPO. nicht unterliegt.

3. SächsOLG. **24** 175, R. **03** 83 Ziff. 404 (Dresden). Die Gebühr trifft im Anwaltsprozesse die Partei, die nicht rechtzeitig für Information des Anwalts gesorgt hat; den Anwalt dagegen, der die empfangene Information nicht dem Gegner und Gerichte mitgeteilt hat.

4. R. **05** 169 Ziff. 761, HessRspr. **6** 161 (Darmstadt). Die Erhebung der Gebühr des § 48 ist auch dann zulässig, wenn beide Rechtsanwälte verhandeln wollen, das Gericht aber von Amts wegen die Vertagung beschließt, weil mangels Niederlegung vorbereitender Schriftsätze die nötige Vorbereitung des Vorsitzenden unmöglich war.

§ 49. a) **RG. 57** 231 = JW. **04** 299 Ziff. 30. Die Erhöhung der Gebühr tritt auch dann ein, wenn gegen ein Urteil in der Revisionsinstanz die Nichtigkeitsklage erhoben wird, denn die Wiederaufnahmeklagen sind keineswegs selbständige Klagen, losgelöst von dem früheren Rechtsstreite, sondern sie gehören zu der Instanz; daher gehört die Nichtigkeitsklage gegen ein Revisionsurteil zur Revisionsinstanz. **b) RG. 59** 3 = JW. **04** 560 Ziff. 24 (das Datum ist in RG. 20. September 1904, in JW. 14. Juli 1904). Das Wort „insoweit" spricht nur aus, daß immer nur die in erster Instanz erhobene Beweisgebühr auf die an sich sonst in der Berufungsinstanz zu erhebende Gebühr anzurechnen ist. Die im Abs. 1 vorgeschriebene Erhöhung der Gebühr ist also stets zu erheben. So auch schon OLG. **4** 391, HansGZ. **01** Beibl. 34

(Hamburg). c) HansGZ. **00** Beibl. 251 (Hamburg). Für die Beweisanordnung und die Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz ist keine Gebühr zu erheben, wenn sie nur auf Grund der Tatsachen und Beweismittel erfolgt, auf Grund derer bereits in erster Instanz eine Beweisanordnung und Beweisaufnahme rücksichtlich desselben Streitgegenstandes erfolgt ist und dafür eine volle Gebühr in erster Instanz zu erheben war. Ebenso **RG.** JW. **97** 111. AA. **RG.** JW. **86** 13, HansGZ. **00** Beibl. 280 und **01** Beibl. 34, OLG. **4** 391 (Hamburg).

§ 54. Rittmann, JustdBl. **06** 161 ff. Der Gerichtsschreiber ist berufen, selbständig den Wert zu berechnen, der dem Ansatze der Gebühr des § 54 zugrunde zu legen ist. Das Gericht braucht sich hiermit erst zu befassen, wenn der Antrag einer Partei auf Wertfestsetzung gestellt oder eine Erinnerung gegen die Höhe der angesetzten Gebühr eingelegt ist.

§ 60. a) **RG.** (Straff.) **37** 169. Durch die nachträgliche Festsetzung einer Gesamtstrafe wird an den Einzelgebühren, die für die verschiedenen rechtskräftig erkannten Strafen angesetzt waren, nichts geändert. **b) RG.** JW. **04** 479 Ziff. 10. Da die schließlich erkannte Geldstrafe den Maßstab für die Höhe der Gerichtskosten dann nicht gibt, wenn sie in einem Urteile festgesetzt wird, so kann sie auch nicht maßgebend sein, wenn die Feststellung nach § 492 StPO. durch Beschluß erfolgt.

§ 61. a) **RG.** R. **06** 329. Bei wechselseitigen Körperverletzungen im Sinne des § 223 a StGB., die nicht kompensabel sind, können jedem Angeklagten nur die Kosten des gegen ihn selbst gerichteten Verfahrens auferlegt werden. **b) RG.** JW. **00** 123 Ziff. 7. Wenn mehrere Angeklagte als Gesamtschuldner zu einer Geldstrafe verurteilt werden, so hat jeder von ihnen als selbständige Partei die Gerichtsgebühr besonders zu bezahlen.

§ 74. a) **RG.** (Straff.) **35** 188. Die Gebühren sind von dem Nebenkläger auch dann zu erheben, wenn außer ihm auch von dem Staatsanwalt ein Rechtsmittel eingelegt worden ist. **b) RG.** JW. **03** 135 Ziff. 36. Die Gebühr erwächst durch das vom Nebenkläger eingelegte Rechtsmittel, gleichviel ob er es selbständig oder neben dem Staatsanwalt eingelegt hat.

§ 77. 1. Pfafferoth 272. Die Vorschrift gilt auch für das Privatklageverfahren; der Privatkläger hat die zweifache Gebühr nebst Auslagen für das neue und für das alte Verfahren zu zahlen. In den Fällen des § 504 StPO. fällt die festgesetzte Gebühr bei Freisprechung des Verurteilten dem Antragsteller nachträglich zur Last, sofern derselbe nicht vom Gerichte ganz oder teilweise davon entbunden wird.

2. **RG.** JW. **01** 39 Ziff. 14, R. **01** 52 Ziff. 242. Dem Angeklagten, der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen wird, sind auch die Kosten einer im früheren Verfahren eingelegten Revision zu erstatten, wenn die Kosten des Verfahrens durch das freisprechende Urteil ganz allgemein der Staatskasse auferlegt sind [**RG.** (Straff.) **27** 382 ff.].

§ 79. 1. Adam, PrVerwBl. **25** 338. Die Transportkosten von Korrigenden zu gerichtlichen Terminen fallen in Preußen dem Unterhaltungspflichtigen der Korrigendenanstalt, also meist dem Landarmenverbande, zur Last, welcher sie auf Grund des § 79 Ziff. 7 GKG. bzw. § 113 Ziff. 8 PrGKG. von dem zur Zahlung der Gerichtskosten Verpflichteten erstattet verlangen kann.

2. Rittmann 392 zu Ziff. 4. Neben den Gebühren der Sachverständigen kommen auch die auf die Vorbereitung des Gutachtens verwendeten Kosten sowie die Auslagen für die bei einer Untersuchung verbrauchten Stoffe und Werkzeuge in Betracht. Bezüglich dieser Auslagen ist es ohne Belang, ob der Sachverständige sie verlegt hat und sie ihm aus der Staatskasse erstattet, oder ob sie unmittelbar aus dieser gezahlt werden, da offenbar diese Auslagen auf „die Vorbereitung des Gutachtens" verwendet bzw. die Gegenstände „für eine Untersuchung verbraucht" zu

erachten sind, die Reise- und Transportkosten der zu untersuchenden Personen, Tiere oder Sachen aber nur an die Stelle derjenigen Kosten getreten sind, die andernfalls dem Sachverständigen nach dem Aufenthaltsorte der Personen ꝛc. entstanden sein würden; es kann sachlich keinen Unterschied bedingen, in welcher Form die Staatskasse dieselben vorschießt. Dagegen will **RG.** 17. 3 00, SeuffA. **56** 109 dies nur für den Fall gelten lassen, daß der Sachverständige von seiten des Gerichts den Auftrag erhalten hat, sich dasjenige, was zur Vorbereitung seines Gutachtens erforderlich ist, selbst zu beschaffen, und demzufolge die Voraussetzungen vorliegen, unter denen, wenn die Partei das Armenrecht nicht hätte, die Beweisaufnahme von der Hinterlegung eines Auslagenvorschusses abhängig gemacht werden könnte. Dagegen kann von einer vorschußweisen Berichtigung der Vorbereitungskosten aus Staatsmitteln insofern keine Rede sein, als nicht dem Sachverständigen, sondern der beweispflichtigen Partei selbst die Auflage gemacht ist, den Gegenstand der Beweisaufnahme dem Sachverständigen behufs Abgabe des Gutachtens bereitzustellen.

3. Magendantz, JW. **02** 378, und Winter, R. **04** 237, bejahen die streitige Frage, ob die Bewilligung des Armenrechts von der Verpflichtung zur Vorauszahlung der Haftkosten befreit, die nach Ziff. 8 zu den baren Auslagen gehören. Ebenso Rittmann 424, Pfafferoth 300, Ermel, DJZ. **05** 909, (Jena), R. **03** 158 Ziff. 847 (Frankfurt), OLG. **9** 71 (Dresden). — Nach einer Rundverfügung des PrJMin. vom 7. Juli 1904 (I 2573, mitgeteilt bei Schildmacher 21) soll in der Regel die Aufnahme des Schuldners in das Gerichtsgefängnis von vorgängiger Zahlung des Haftkostenvorschusses auch dann abhängig gemacht werden, wenn der Gläubiger das Armenrecht hat. Hat das Gericht aber in dem Haftbefehle selbst oder in einem besonderen Beschluß eine Entscheidung, daß der Gläubiger von der Zahlung dieses Vorschusses befreit ist, getroffen, dann soll der Schuldner ohne Vorschußzahlung aufgenommen werden.

4. RheinA. **89** I 179 (Cöln). Auslagen, die durch eine unrichtige Behandlung der Sache seitens des Gerichts entstanden sind, müssen von dem Angeklagten getragen werden, sofern er zu Strafe verurteilt wird. Der § 505 StPO. gestattet ebensowenig wie der § 497 die Ausscheidung solcher Kosten und auch eine Niederschlagung auf Grund des § 6 GKG. ist nicht statthaft, weil dieser sich nur auf Gebühren, nicht auch auf Auslagen bezieht.

§ 80. 1. Pfafferoth 283. Die Schreibgebühr soll nicht nach dem Gesamtbetrage der wirklich entstandenen und in den Einzelbeträgen genau nachzuweisenden bar verlegten Auslagen, sondern nach einer festen Berechnungsweise unter Zugrundelegung der gelieferten Schriftstücke zur Erhebung gelangen. Auf die Art der Herstellung und das Maß der verwandten Mühe oder auf den Betrag der entstandenen Unkosten kommt es nicht an.

2. Aus der Praxis. **a)** OLG. **1** 466 (Rostock). Bei der Abschrift von Rechnungen sind nicht die Silben zu zählen, sondern es hat eine billige Abschätzung aus dem Gesichtspunkt einzutreten, wie viel Raum der Übersichtlichkeit wegen aufgewandt werden mußte. **b)** ThürBl. **47** 109 (Jena). Es ist nicht bloß üblich und angemessen, sondern der Übersichtlichkeit halber geboten, daß in schriftlichen Eingaben an das Gericht die den Kopf derselben bildenden, Datum, Adresse und Sachbezeichnung enthaltenden Zeilen nicht fortlaufend geschrieben, sondern abgesetzt werden. Wenn infolge solchen Absetzens die Seite nicht wenigstens 20 Zeilen mit durchschnittlich 12 Silben enthält, so ist dennoch die Berechnung als Seite nicht zu beanstanden, eine Ausnahme, die in der Natur der Sache begründet ist. **c)** HessRspr. **2** 15 (Darmstadt). In der Freilassung eines gewissen, die Grenzen des Anstandes nicht überschreitenden freien Raumes zwischen Anrede und dem eigentlichen Texte des Schreibens ist kein Verstoß gegen die Vorschriften des § 80 nicht zu finden. Es wird also

für diese Seite, auch wenn sie nicht 20 Zeilen von durchschnittlich 12 Silben enthält, eine Schreibgebühr von 10 Pf. berechnet. **d)** Gutachten des KG., PrJMBl. **06** 4. Für den im Falle der Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens durch einen Richter oder Notur auf das Schriftstück zu setzenden Beglaubigungsvermerk sind Schreibgebühren anzusetzen.

§ 80 a. HansGZ. **03** Beibl. 220 (Hamburg), MecklZ. **22** 260 (Rostock). Für die Benachrichtigung der Parteien vom Beweisaufnahmetermine können keine Schreibgebühren erhoben werden; daher kann auch das ersuchte Gericht sie nicht vom ersuchenden erstattet verlangen.

§ 80 b. ElsLothJZ. **29** 41, 256 (Colmar). Wird ein Beweisaufnahmetermin, zu dem bereits Ladungen ergangen sind, auf Antrag einer Partei verlegt, so hat die kostenpflichtige Partei die Auslagen hierfür zu erstatten (vgl. hierzu ZfMittl. JB. **16** 380).

§ 81. 1. Pfafferoth 308. Aus einem von der Partei geleisteten Vorschusse können auch solche derselben Partei zur Last fallenden Gebühren und Auslagen, für welche der Vorschuß an sich nicht Deckung zu gewähren bestimmt ist, selbst die in einer anderen Instanz entstandenen, im Wege der Aufrechnung unter Beachtung des § 91 beglichen werden. Die Gegenpartei wird aber beanspruchen dürfen, daß der Vorschuß zunächst seiner Bestimmung gemäß verwendet werde.

2. Rittmann 429. Wenn das **RG. 33** 375, JW. **94** 366 sich dahin ausgesprochen hat, daß in Fällen, wo Klage und Widerklage oder wechselseitig eingelegte Rechtsmittel denselben Streitgegenstand betreffen und dieser nicht geteilt werden kann, der Gebührenvorschuß nur einmal zu erheben sei, so entspricht dies weder dem Wortlaute des § 81 Abs. 2, der in keinem Falle die Vorschußpflicht der einen Partei durch diejenige der anderen Partei ausgeschlossen sehen will, noch auch der aus den Motiven erkennbaren Meinung des Gesetzgebers und würde überdies für eine Reihe von Fällen die Anwendbarkeit des § 94 Ziff. 2 ausschließen.

3. Schildmacher 15 f. Nicht entscheidend ist, welche Partei die einzelne richterliche Handlung beantragt hat, sondern der Begriff des Antragstellers bezieht sich auf das Verfahren in seiner Einheit. Diese Absicht hat im Gerichtskostengesetz ihren unzweideutigen Ausdruck gefunden. Daß aber die Einheit des Verfahrens unterschiedslos auf das ganze Verfahren der Instanz zu erstrecken wäre, das folgt aus dem Gerichtskostengesetz und den Motiven dazu nicht. Vielmehr bieten letztere einen deutlichen Anhalt für die Annahme, daß nur dasjenige Verfahren bezeichnet werden sollte, welches die jeweilige Rechtsverfolgung und die darauf gerichtete Rechtsverteidigung umfaßt, so daß für Klage und Widerklage zwei zu unterscheidende Verfahren gegeben sind. Bei Klage und Widerklage sind demnach in der Jahreskostenrechnung dem Kläger nicht sämtliche Kosten in Rechnung zu stellen, sondern es muß eine Verteilung der Kosten zwischen dem Kläger und Widerkläger stattfinden (**RG.** 16. 5. 04, I 51/03, ZfMttlJB. 969). Über die Verteilung der Kosten in diesem Falle enthält das Gerichtskostengesetz nichts. Betreffen Klage und Widerklage verschiedene Streitgegenstände, so können zur Verteilung der Gebühren, sofern es sich nicht um gebührenpflichtige Akte handelt, die ausschließlich entweder die Klage oder Widerklage betreffen, verschiedene Verfahren angewendet werden. Es kann dem Widerkläger der Mehrbetrag der Kosten in Rechnung gestellt werden, der durch die Erhebung der Widerklage entstanden ist. Es ist aber auch eine Verteilung der Gebühren nach Verhältnis des Streitwerts der Klage zu dem der Widerklage ausführbar, oder dieselben können in dem Verhältnisse des Gebührensatzes nach dem Streitwerte der Klage zum Gebührensatze nach dem Streitwerte der Widerklage verteilt werden. Das richtigste Verfahren ist wohl, daß man die Gebühren zunächst nach den zusammengerechneten Werten und sodann auch nach den getrennten Werten berechnet, worauf man nach den Einzelgebühren die Gebühren der zusammengerechneten Werte ver-

hältnismäßig verteilt. Im Falle daß Klage und Widerklage denselben Streitgegenstand betreffen, haften Kläger und Widerkläger als Gesamtschuldner für die Gebühren, weil jeder für den ganzen Streitgegenstand Antragsteller ist. Eingezogen werden die Gebühren zunächst zu gleichen Teilen. Zu beachten ist in allen Fällen, daß jeder mindestens bis zur Höhe seiner Vorschußpflicht als Zweitschuldner haftbar bleibt. Die Haftung der Streitgenossen richtet sich nach dem Beteiligungsverhältnisse derselben. Streitgenossen, welche mehrere selbständige Ansprüche geltend machen (§ 60 ZPO.), haften nach dem Verhältnisse des Klägers und des Widerklägers bei getrennten Streitgegenständen. Streitgenossen dagegen, welche in Rechtsgemeinschaft stehen (§ 59 ZPO.), haften nach diesem Rechtsverhältnisse. Gesamtberechtigte oder -Schuldner haften solidarisch, Mitberechtigte oder -Verpflichtete nach Verhältnis ihrer Anteile wie bei der Klage und Widerklage mit getrennten Streitgegenständen. § 91 findet hier keine Anwendung.

4. Consbruch, R. **06** 552 f. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist für die erste Instanz der von dem Antragsteller zu erhebende Vorschuß nach dem Werte des Streitgegenstandes zur Zeit der Einreichung der Klage bei Gericht zu berechnen. In dem Falle, daß die Anträge erweitert werden, ist gemäß § 81 Abs. 3 GKG. der Vorschuß nach Maßgabe dieser Erweiterung zu erhöhen. Werden die Anträge ermäßigt, so verbleibt es dabei, daß der Vorschuß nach den aus der Klageschrift ersichtlichen Anträgen zu berechnen ist.

5. Aus der Praxis. a) **RG.** JW. **01** 753 Ziff. 11. Der Vorschuß, welcher in der Berufungs- oder Revisionsinstanz einzuziehen ist, bemißt sich nach dem Werte des tatsächlich in der Vorinstanz streitig gebliebenen Gegenstandes, es sei denn, daß von vornherein die Anfechtung auf einen Teil des Streitgegenstandes beschränkt ist. Eine nach Einforderung des Vorschusses erklärte Beschränkung der Anträge ist unmaßgeblich, auch wenn der Vorschuß noch nicht bezahlt ist. b) **RG.** JW. **03** 292. Wenn die vorschußpflichtige Partei aus mehreren verpflichteten Personen, z. B. Streitgenossen, besteht, so muß der Vorschuß nicht nach Kopfteilen, sondern entsprechend der Sachlage nach Maßgabe der materiellen Beteiligung des einzelnen am Rechtsstreit eingefordert werden. Der § 91 ist nicht anzuwenden. Vgl. die Entsch. JW. **00** 17 Ziff. 25, KGBl. **00** 7, in der der § 91 in demselben Sinne ausgelegt wird wie hier. Dagegen hält OLG. **4** 388, HessRspr. **3** 179 (Darmstadt) es für gerechtfertigt, von mehreren Berufungsklägern, welche den Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der ganzen Klage stellen, den Vorschuß je in voller Höhe zu erheben. c) NaumburgAK. **02** 88 (Naumburg). Hat der Kläger bei vorangegangenem Mahnverfahren den Kostenvorschuß in Höhe des Betrags der Mahngebühr geleistet, so ist, wenn der Rechtsstreit nach Einlegung des Widerspruchs weiter verfolgt wird, die bereits gezahlte Gebühr auf die vorschußweise zu zahlende Gebühr des entstehenden Rechtsstreits anzurechnen, da das Mahnverfahren und der nachfolgende Rechtsstreit ein Ganzes bilden (vgl. § 698 ZPO.). d) OLG. **2** 104 (KG.). Wenn der Armenanwalt die Festsetzung der Kosten im eigenen Namen betreibt, so ist er selbst Antragsteller und vorschußpflichtig. — Ob er den Festsetzungsbeschluß auch im Namen der armen Partei betreiben kann, bleibt dahingestellt. e) OLG. **2** 268 (Dresden). Wenn eine Klage durch Einreichung einer neuen Klage erweitert und erstreckt wird, so ist für die neue Klage ein selbständiger Gebührenvorschuß zu erheben. f) OLG. **3** 162 (Karlsruhe). Die Kostenvorschußpflicht dauert auch nach gänzlicher Erledigung des Rechtsstreits fort. g) SächsOLG. **22** 275 (Dresden). Die Bestimmung im Abs. 2 ist nicht eine im fiskalischen Interesse beruhende Ausnahme, sondern eine Anwendung des den § 81 beherrschenden allgemeinen Grundgedankens. h) OLG. **4** 388, DJZ. **02** 488, R. **02** 215, HessRspr. **2** 180 (Darmstadt). Besteht die Partei aus mehreren Personen, so ist von jeder der ganze Vorschuß zu zahlen. i) OLG. **4** 389 (Cöln). Den einfachen Vorschuß aus § 81 müssen auch Angehörige

der Staaten bezahlen, auf welche das Internationale Abk. vom 14. November 1896 Anwendung findet. **k)** OLG. **7** 222 (Hamburg). Wenn gegen mehrere Teilurteile Berufung eingelegt wird, so ist der Vorschuß für jede Berufung gesondert zu berechnen. Eine Zusammenrechnung der Streitwerte findet nicht statt. **l)** OLG. **9** 165 (Darmstadt) Die Erstattung des Vorschusses kann, wenn die Beklagten als Gesamtschuldner für die Kosten haften, von jedem von ihnen verlangt werden. Der Vorschuß wird auf die Gesamtkosten der Instanz, und nicht auf eine bestimmte Gebühr, geleistet. **m)** OLG. **4** 388, HessRspr. **2** 179 (Darmstadt). Jeder von mehreren Berufungsklägern hat einen Vorschuß in Höhe des gesamten Streitgegenstandes zu zahlen. **n)** Elſ. LothJZ. **25** 161 (Colmar). Rückzahlung eines nicht verbrauchten Kostenvorschusses ist anzuordnen, wenn die Partei dem Gerichte gegenüber die Rücknahme der Berufung erklärt hat (vgl. PrMBl. **84** 213). **o)** KGBl. **07** 12 (KG.). Im Widerspruchsverfahren ist nicht der Arrestkläger, sondern der den Widerspruch erhebende Antragsgegner vorschußpflichtig. **p)** KGBl. **07** 45 (KG.). Auch nach dem Erlasse des Urteils können die Gerichtskosten von der vorschußpflichtigen Partei erfordert werden, selbst wenn nach dem Urteile der Gegner die Kosten zu tragen hat. **q)** OLG. **15** 172 (Stuttgart). Die Befreiung von der Vorschußpflicht nach § 120 ZPO. kommt nur dem zugute, der von der armen Partei angegriffen wird. Ist dem Kläger das Armenrecht bewilligt und beschränkt sich der Beklagte nicht auf die Abwehr der Klage, sondern geht selbst durch Erhebung einer Widerklage zum Angriff über, so ist er insoweit vorschußpflichtig.

§ 82. Schildmacher 22. Zahlungspflichtig für den Gebührenvorschuß in den nach § 82 zulässigen drei Fällen ist der Antragsteller. Ist der Gemeinschuldner selbst Antragsteller für die Eröffnung des Verfahrens, so haftet auch er für den Vorschuß mit seinem nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögen. Die §§ 81 und 89 beziehen sich nicht auf Konkurse, wohl aber § 90. Antragsteller haftet also nur, soweit er nach §§ 82 bzw. 84 vorschußpflichtig ist. Für Gebühren aus §§ 53, 54 und 58 Abs. 2 wird der Antragsteller Kostenschuldner, ein Zweitschuldner ist nicht vorhanden. Die Gebühren der §§ 51 und 58 Abs. 1 sind Massekosten und als solche aus der Konkursmasse vorweg zu entrichten (§§ 57/58 KO.). Der Vorschuß wird im Falle der Eröffnung resp. der Wiederaufnahme des Verfahrens auf Grund der Bestimmung des § 90 auf die entstehenden Gebühren verrechnet und der Zahlende muß sich an die Masse halten und daraus seine Befriedigung suchen. Über die Vorschußpflicht hinaus haftet der Antragsteller nicht, abgesehen von dem Falle des § 107 Abs. 1 KO. Ist die Masse zur Deckung der entstandenen Kosten unzulänglich, so bleiben dieselben uneinziehbar. Die Gebühren des § 55 sind zunächst aus dem Erlöse des versteigerten Gegenstandes zu entnehmen. Finden sie dort nicht Deckung, so werden dieselben, soweit sie dem Verwalter zur Last fallen, Massekosten; im übrigen aber sind sie vom Konkursgläubiger wie seine sonstigen Ansprüche gegen die Masse geltend zu machen. Die Gebühren des § 57 sind, wenn sie dem Verwalter zur Last fallen, Massekosten; fallen sie einem anderen zur Last, so hat dieser sie zu tragen, ohne daß er einen Rückgriff auf die Masse nehmen kann. Zweitschuldner sind nicht vorhanden.

§ 83. 1. Über Armenrecht und Vorschußpflicht im Privatklageverfahren s. DJZ. **03** 142, auch Schildmacher 23.

2. **RG.** (Strafſ.) **35** 188. Die Vorschußpflicht trifft den Nebenkläger auch dann, wenn neben ihm auch der Staatsanwalt Berufung oder Revision einlegt.

§ 84. 1. Börger, BayRpflZ. **05** 153, und Reger, ebenda 199, führen aus, daß die Vornahme eines Augenscheins in Zivilsachen nicht von der Erlangung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden darf.

2. Rittmann 445. Der Umstand, daß eine Partei beweispflichtig ist, reicht für sich allein nicht aus, um sie für die Auslagen einer von Amts wegen angeordneten

Beweisaufnahme (§§ 3, 144, 293, 476, 622 ZPO.) vorschußpflichtig erscheinen zu lassen. Für solche Auslagen besteht eine Vorschußpflicht nicht.

3. Schildmacher 50. Die Einforderung der Vorschüsse ist dem Ermessen des Gerichts überlassen. Es ist deshalb Aufgabe der Landesjustizverwaltungen, hierüber Vorschriften zu erlassen. Unabhängig von der Einforderung aber ist eine selbständige Verpflichtung des Vorschußpflichtigen in Höhe der vorzuschießenden Beträge durch das Gerichtskostengesetz festgesetzt. Diese Vorschußpflicht bleibt bestehen ohne Rücksicht auf anderweitige Entscheidung oder Abmachung (§ 90). Der Rechtsgrund der Verpflichtung zur Vorschußzahlung liegt allein in dem Antrage. Die Nichteinforderung des Vorschusses während des Prozesses ist deshalb ohne Einfluß auf die Verpflichtung (**RG.** Beil. z. RAnz. vom 3. Juli 1889 Nr. 4 S. 341, BurBl. 111). Die Höhe des Vorschusses richtet sich nach dem Umfange der baren Auslagen, welche der Antrag veranlaßt; sie wird, wenn sie weder durch das Gesetz noch durch den Richter bestimmt ist, durch den Gerichtsschreiber festgesetzt. Bei Bemessung des Vorschusses ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß er nach dem Gerichtskostengesetze zur Deckung aller durch den Antrag entstehenden Auslagen hinreichen soll.

4. Pörschel 130. Der zwecks Zeugenvernehmung von dem Prozeßgericht ersuchte Richter ist nicht befugt, nach § 379 ZPO. die Vernehmung seinerseits von Bestellung eines Kostenvorschusses abhängig zu machen.

5. WürttZ. **07** 143 (Stuttgart). Auch wenn beide Parteien für dieselbe, von beiden beantragte Beweisaufnahme einen Auslagenvorschuß geleistet haben, entsteht kein Gesamtschuldverhältnis (BGB. § 421). Der Partei steht kein Einwand aus BGB. § 366 zu, wenn der vom Gegner gezahlte Auslagenvorschuß zur Tilgung anderweiter Gebühren verrechnet ist.

6. OLG. **15** 175 (Colmar). Hat nur eine Partei den Vorschuß für eine beiderseits beantragte Beweisaufnahme gezahlt, so kann die Gerichtskasse nicht diese Zahlung auf einen anderen Teil der Kosten des Zahlenden anrechnen, um die andere Partei zur Zahlung dieser Auslagen heranziehen zu können.

§ 85. 1. Schildmacher 24 ff. Für die Vertragsstaaten des Haager Abkommens (RGBl. **99** 285) ist die Pflicht des Ausländers zur Vorschußleistung und Sicherstellung der Prozeßkosten und der Anspruch desselben zur Zulassung zum Armenrechte besonders geregelt. Es betrifft dies Belgien, Frankreich, Luxemburg, Portugal, Spanien, Italien, die Niederlande, Schweden, Norwegen, Schweiz, Deutsches Reich, die Österreichisch-Ungarische Monarchie, Dänemark, Rumänien und Rußland. Treten Angehörige einer der Vertragsstaaten in einem anderen dieser Staaten als Kläger oder Intervenienten vor Gericht auf, so darf, sofern sie in irgendeinem der Vertragsstaaten ihren Wohnsitz haben, ihnen eine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung für die Prozeßkosten nicht auferlegt werden. Diese Bestimmung bezieht sich nicht nur auf die Sicherheitsleistung für die der Gegenpartei entstehenden Prozeßkosten, sondern auch auf die Sicherstellung der dem Staate zustehenden Gerichtsgebühren (**RG. 52** 266). Der Ausländervorschuß nach § 85 kann also nicht gefordert werden, dagegen bezieht sich das Haager Abkommen nicht auf Auslagenvorschüsse. Bei den übrigen Staaten muß die materielle Gegenseitigkeit gewährleistet sein (**RG. 51** 1). Dieselbe ist nicht gewährleistet bei England und der Türkei, sowie in Nordamerika wegen der Kosten. Hinsichtlich des Armenrechts gilt für Nordamerika die Gegenseitigkeit als verbürgt auf Grund der New-Yorker Prozeßordnung Kap. V Tit. III Abs. 3, Artt. 459—461. Für die Kostenfrage ist dies bezüglich England in dem Beschlusse des **RG. 38** 403 und bezüglich der Türkei in dem Beschlusse (JW. **01** 141 Ziff. 8) festgestellt. Daß die Ausnahme des § 85 Ziff. 1 vorliegt, muß die Partei nachweisen (PrJMBl. **85** 185). Die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten, sowohl gegenüber dem Staate als gegenüber der anderen

Partei, und die Zulassung zum Armenrecht ist gewährleistet durch die Verträge des Deutschen Reichs mit:

Columbien	vom 23. 7. 1892	RGBl.	**94**	471	Art.	4
Griechenland	„ 9. 7. 1884	„	**85**	23	„	III
Guatamala	„ 20. 9. 1887	„	**88**	238	„	V
Hawaischen Inseln	vom 25. 3./19. 9. 1879	„	**80**	121	„	II
Honduras	vom 12. 12. 1887	„	**88**	262	„	5
Japan	„ 4. 4. 1896	„	**96**	715	„	1
Italien	„ 6. 12. 1891	„	**92**	97	„	3
Madagaskar	„ 15. 5. 1883	„	**85**	166	„	II
Mexiko	„ 5. 12. 1882	„	**83**	247	„	13
Nicaragua	„ 5. 2. 1896	„	**97**	171	„	5
Serbien	vom 21. 8./9. 8. 1892	„	**93**	269	„	II
Tonga	vom 1. 11. 1876	„	**77**	517	„	II
Uruguay	„ 20. 6. 1892	„	**94**	505	„	1
Zanzibar	„ 20. 12. 1885	„	**86**	261	„	II
Liberia	„ 31. 10. 1867	BGBl.	**68**	197	„	2
Paraguay	„ 21. 7. 1887	RGBl.	**88**	178	„	2

Ferner ist die Gegenseitigkeit gewährleistet hinsichtlich: Argentinien, durch den Vertrag mit Preußen vom 19. September 1857, GS. **59** 405, Bulgarien, durch den Berliner Vertrag, RGBl. **78** 307 Art. 8. Die Verträge enthalten die nachstehende, oder eine gleichbedeutende Bestimmung: daß die beiderseitigen Angehörigen der vertragschließenden Staaten freien und leichten Zutritt zu den Gerichten behufs Verfolgung und Verteidigung ihrer Rechte haben, und in dieser Hinsicht die nämlichen Rechte und Vorteile genießen und denselben Bedingungen unterworfen sein sollen, wie die Landesangehörigen. Über die Behandlung der Reichsangehörigen in den Schutzgebieten und der Eingeborenen der Schutzgebiete im Deutschen Reiche als Inländer in Ansehung der Sicherheitsleistung für Prozeßkosten, des Ausländervorschusses und die Zulassung zum Armenrechte vgl. die AllgVf. des Justizministers vom 6. März 1902 (PrJMBl. 61). Von der Vorschußleistung nach § 81 GKG. bleiben Ausländer indessen auch bei nachgewiesener Gegenseitigkeit nicht befreit, wenn nicht etwa das Armenrecht bewilligt ist. Ausländer würden sonst besser wie Inländer gestellt sein. Klagen Deutsche und nicht befreite Ausländer als Streitgenossen, so tragen alle Streitgenossen den einfachen Vorschuß gemäß § 81 und dessen Auslegung in der Rechtsprechung nach dem Maße der materiellen Beteiligung am Streitgegenstande; das weiter zu erhebende Doppelte tragen die Ausländer. Zahlen die Ausländer nicht, so kann den deutschen Streitgenossen die Rechtsverfolgung nicht verweigert werden. Lassen sich die Ansprüche der Ausländer trennen, so soll dies geschehen und von der Vorschrift des § 85 Abs. 5 Gebrauch gemacht werden.

2. W ö r n e r, SächsA. **13** 21. Bei Eingeborenen deutscher Schutzgebiete ist die Gegenseitigkeit als verbürgt anzusehen.

3. A u s d e r P r a x i s. A. A b s. 2 Z i f f. 1. a) **RG.** JW. **01** 141 Ziff. 8, OLG. **1** 467 (KG.). Der Ausländer ist dann vorschußpflichtig, wenn ein Deutscher in seinem Heimatsland auch vorschußpflichtig sein würde, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Vorschußpflicht vor den ausländischen Gerichten nur dem Ausländer oder auch dem Einheimischen auferlegt wird. Es genügt schon, wenn der Deutsche nicht die vollen Kosten, sondern nur einen Bruchteil vorzuschießen haben würde, eine formelle und ziffermäßige Gleichstellung wird nicht erfordert (beide Beschlüsse die Türkei betreffend). Vgl. **RG. 38** 403. **b) RG.** (VZS.) **51** 5. Die Auslegung des § 85 ist in bezug auf die Frage, ob materielle oder formelle Reziprozität zu erfordern sei, ebenso zweifelhaft und streitig, wie die des § 110 ZPO. bisher gewesen

ist. Wegen des § 110 haben die VZS. sich für die materielle Gegenseitigkeit entschieden. c) Die formelle Reziprozität verlangen **RG.** JW. **97** 190 Ziff. 17 (II. ZS.), **98** 74 Ziff. 29 (II. ZS.), ElsLothZ. **17** 136, OLG. **2** 487 (KG.) — sämtlich wegen Frankreichs und Belgiens, **RG. 38** 406 (VI. ZS. mit zahlreichen Nachweisungen) wegen Österreichs, dagegen die materielle Gegenseitigkeit **RG. 38** 403 (I. ZS.) wegen Englands. **d)** Vorschußpflichtig sind, da Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist: Engländer OLG. **1** 466 (KG.) ebenso wie **RG. 38** 403, s. auch oben zu a. AA. OLG. **2** 487 (KG. XIII). Je nach dem Wohnorte des Klägers entscheiden OLG. **2** 488 (KG. XIII), **2** 489 (Hamburg) Engländer, die nicht in Deutschland wohnen, sind frei von der Vorschußpflicht. Türken **RG.** JW. **01** 141 und OLG. **1** 466 (KG.) (oben zu a). Nordamerikaner OLG. **13** 118 (Hamburg). Peruaner ebenda. **e)** Befreit von dem dreifachen Gebührenvorschuß sind: Italiener BuschsZ. **31** 120 (Breslau), Niederländer OLG. **4** 389 (Cöln), Ungarn **RG.** JW. **02** 595 und SächsOLG. **24** 173, Spanier SeuffA. **56** 288, OLG. **2** 208, HansGZ. **01** Beibl. 81 (Hamburg), Belgier SächsOLG. **24** 173, **RG.** JW. **02** 595. Derartige Befreiungen sind ferner (vgl. oben Ziff. 1) begründet im IntAbk. vom 14. November 1896 Art. 11 und im Berner IntAbk. vom 14. Oktober 1890 Art. 56 II (vgl. **RG. 52** 270). Zu ersterem vgl. α. OLG. **4** 389 (Cöln). Der Art. II des Abk. vom 14. November 1896 ist dahin auszulegen, daß er sich auch auf die Vorschußpflicht des ausländischen Klägers gegenüber der Staatskasse des Landes, in dem der Rechtsstreit geführt wird, bezieht; und β. OLG. **2** 208, HansGZ. **01** Beibl. 81 (Hamburg). Nach Art. 11 IntAbk. vom 14. November 1896 sind die Angehörigen der Vertragsstaaten (in Frage stand Spanien) vom Ausländervorschusse befreit. Diese Vorschrift bezieht sich sowohl auf die vom Kläger dem Beklagten zu leistende Sicherheit für die Prozeßkosten, als auch auf die Vorschußpflicht für die Gerichtskosten.

B. Abs. 5. **a)** OLG. **3** 166, BadRpr. **01** 187 (Karlsruhe). Nach § 85 Abs. 5 hat das Gericht, solange der dem Kläger auferlegte Gebührenvorschuß nicht bezahlt ist, die Vornahme jeder gerichtlichen Handlung abzulehnen; es darf also insbesondere den Kläger nicht zur Verhandlung zulassen. Daraus folgt aber nicht, daß solange das vom Kläger verschuldete Hindernis besteht, auch der Beklagte in gleicher Weise zu behandeln ist. Vielmehr ist dieser berechtigt, gegen den Kläger, der nicht verhandeln darf und daher einer nicht erschienenen Partei gleich zu erachten ist, Versäumnisurteil zu beantragen. **b)** Ebenso PosMSchr. **00** 38, SeuffA. **55** Ziff. 174 (Marienwerder). Gegen den Ausländer, welcher den Gerichtskostenvorschuß nicht zahlt, kann auf Antrag des Gegners ein Versäumnisurteil ergehen (vgl. auch JW. **90** 256). **c)** R. **03** 267 Ziff. 1500 (Frankfurt). Unter dem „nicht zu ersetzenden Nachteile" versteht das Gesetz nicht einen prozessualen (z. B. Verwerfung des Einspruchs), sondern nur den materiellen, den der Kläger dadurch erfährt, daß sich die Verwirklichung seines Anspruchs verzögert. **d)** OLG. **15** 172 (Hamburg). Eine im Auslande (Chicago) bestehende Aktiengesellschaft wird weder dadurch, daß ein von ihr mit der Wahrnehmung ihrer Geschäfte im Deutschen Reiche betrauter und zur Zeichnung ihrer Firma bevollmächtigter Vertreter hier wohnt, noch dadurch, daß sie hier für das Einkommen aus ihrem durch ihren Vertreter bewirkten, als „Zweigniederlassung" bezeichneten und zum Handelsregister angemeldeten Gewerbebetrieb besteuert wird, zur Inländerin.

§ 86. 1. Rittmann 471. Die durch eine gerichtliche Entscheidung geschaffene Kostenpflicht kann nicht durch eine nachfolgende Übereinkunft der Parteien oder Übernahmeerklärung zuungunsten der Staatskasse geändert werden. Nur eine anderweite gerichtliche Entscheidung kann nach § 87 eine Aufhebung oder Abänderung bewirken; erfolgt eine solche nicht, so bleibt in erster Linie die Entscheidung maßgebend, doch ist nicht ausgeschlossen, daß die Staatskasse von einer nachträglichen Überein-

kunft oder Übernahme Gebrauch macht, wenn diese ihr eine bessere Sicherheit für den Eingang der Kosten verspricht. Der gegensätzlichen Ansicht des KG. im BurBl. **01** 112 und KGBl. **00** 45, wonach die Parteien berechtigt seien, in der Berufungsinstanz die Entscheidung des ersten Richters hinsichtlich der Kosten zu ändern und solcher Vergleich auch der Staatskasse gegenüber wirksam ist, kann nicht gefolgt werden.

2. Schildmacher 57. Schuldner der Schreibgebühren für Ausfertigungen und Abschriften, die auf Antrag des Fiskus vom Gericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erteilt werden, ist nach § 86 Abs. 2 der Gerichtskasse gegenüber ausschließlich der Antragsteller. Unterliegt der Gegner des Fiskus, so können diese Schreibgebühren dem Gegner nicht mit in Rechnung gestellt werden. Nach der Rundverfügung des PrJM. vom 13. August 1904 — JMr. I 5040 — ist der beteiligten Verwaltung, welche den Fiskus im Prozesse vertreten hat, eine Mitteilung über die Entstehung und die Höhe der Schreibgebühren zu machen, auf Grund deren diese Verwaltung die Schreibgebühren als Auslagen vom Gegner event. im Kostenfestsetzungsverfahren einfordert. Da in Preußen Zahlungen von einer Staatskasse in die andere in der Regel nicht stattfinden sollen, findet eine Abführung des etwa eingezogenen Betrags an die Gerichtskasse nicht statt (ZfMittlJB. **04** 863).

3. Aus der Praxis. **a)** OLG. **1** 1 (KG.). Die Erklärung freiwilliger Übernahme der Kosten kann auch im Anwaltsprozesse von den Parteien selbst abgegeben werden. **b)** OLG. **11** 149 (KG.). Die Bitte des Anwalts, die Kosten von ihm zu erfordern, enthält noch nicht die Erklärung, die Kosten persönlich zu übernehmen. Der Anwalt kann nur persönlich haftbar gemacht werden, wenn er die Übernahme zweifellos ausdrücklich erklärt. Die Bitte, die Kosten von dem Anwalt einzuziehen, deutet weit eher auf eine Schuldübernahme hin. **c)** BadRpr. **01** 338 (Karlsruhe). Beantragt der Verteidiger namens des Angeklagten Abschriften aus den Gerichtsakten, so haftet nicht er, sondern der Angeklagte für die Schreibgebühren. **d)** OLG. **15** 173 (Hamburg). § 86 setzt keine rechtskräftige Entscheidung voraus. **e)** NaumburgAK. **05** 103, RheinARB. **23** 179 (Naumburg). Wird ein Rechtsstreit durch Vergleich erledigt und eine Erklärung über die Übernahme der Gerichtskosten weder dem Gericht abgegeben, noch dem Gerichte mitgeteilt, sind die Kosten von jeder Partei zur Hälfte zu erfordern. **f)** HansGZ. **06** Beibl. 184 (Hamburg). Eine einstweilige Befreiung des Gegners einer armen Partei tritt nur ein, wenn sie Kläger, Berufungs- oder Revisionskläger ist (§ 123) nicht aber wenn sie Berufungsbeklagte ist. In diesem Falle sind vom (nicht armen) Berufungskläger die Kosten auch dann einzufordern, wenn das Berufungsurteil noch nicht rechtskräftig ist.

§ 87. 1. Schmidt-Reisenegger 153. Schuldner der Kosten eines Versäumnisurteils bleibt unter allen Umständen derjenige, gegen welchen dasselbe ergangen ist. Ist daher z. B. in erster Instanz der Beklagte in die Kosten verurteilt und befindet sich unter den Kosten auch die Gebühr für ein gegen den Beklagten ergangenes Versäumnisurteil, so bleibt der Beklagte Schuldner dieser Gebühr auch dann, wenn in der Berufungsinstanz unter Aufhebung des Vorderurteils die Kosten beider Instanzen dem Kläger überbürdet werden.

2. Aus der Praxis. **a)** **RG.** JW. **00** 17 Ziff. 25. Ein überhobener Betrag kann nicht nur auf Kosten des Gegners, sondern auch auf Kosten eines Streitgenossen angerechnet werden, er ist aber zurückzuzahlen, wenn die Kostenrechnung von vornherein unrichtig gewesen ist. **b)** **RG.** JW. **00** 647 Ziff. 3. Die Zurückzahlung bereits bezahlter Vorschüsse (§ 81) und Jahreskosten (§ 94 Abs. 1) erfolgt auch dann nicht, wenn dem Zahlenden nachher das Armenrecht bewilligt wird (vgl. **RG. 40** 421, **36** 409). **c)** KGBl. **01** 45 (KG.). Schließen die Parteien in der Berufungsinstanz einen Vergleich, so sind die Parteien berechtigt, die Entscheidung des ersten Richters nicht nur hinsichtlich des Hauptgegenstandes, sondern auch hinsichtlich der Kosten zu ändern, und solcher Vergleich ist hinsichtlich der Kosten auch

der Staatskasse gegenüber wirksam. Die Kasse ist durch § 88 geschützt. — Ähnlich OLG. **15** 173 (KG.). Die durch Urteil gegenüber der Staatskasse begründete Kostenpflicht kann auch durch Vergleich beseitigt werden. Dagegen R. **06** 509 (Braunschweig). Eine gerichtliche Kostenentscheidung kann durch Vergleich nicht geändert werden. Ist der Gegner der armen Partei in die Kosten verurteilt, so hat ein Vergleich zur Folge, daß die Gerichtskosten aus dem nunmehr rechtskräftigen Urteile nach § 123 ZPO. eingezogen werden können. **d)** OLG **3** 166 (KG.). Eine Abänderung der Entscheidung kann auf jedem der im § 86 vorgesehenen Wege, durch Urteil oder durch Erklärung der Parteien erfolgen. **e)** HessRspr. **2** 85 (Darmstadt). Die Vorschrift des Abs. 2 findet nicht Anwendung, soweit der Kasse ein Anspruch gegen denjenigen, der einen Vorschuß geleistet hat, überhaupt nicht zusteht. Soweit also der Beklagte als Widerkläger einen Vorschuß zu zahlen hatte, kann eine Rückzahlung nicht erfolgen. Soweit der Beklagte mit Rücksicht auf eine Beweisaufnahme, welche später nicht bewirkt wurde, einen Auslagevorschuß geleistet hat, ist dieser zurückzuzahlen, wenn dem Kläger durch Urteil die Kosten des Prozesses auferlegt sind. **f)** OLG. **7** 222 (Celle). Der Fiskus, der vergleichsweise die Prozeßkosten übernommen hat, kann nicht die Rückerstattung eines vom Gegner geleisteten Gebührenvorschusses an den letzteren verlangen.

§ 88. 1. Rittmann 484. Die Staatskasse hat im Falle der Übereinkunft die Wahl, ob sie die Kosten nach Maßgabe dieser oder je zur Hälfte oder aber nach Maßgabe der etwa ergangenen gerichtlichen Entscheidung von den Parteien einziehen will; sie kann auch, wenn dies ihr günstiger erscheint, die wiederaufgelebte Vorschußpflicht des Gegners des zum Armenrechte zugelassenen Klägers in Anspruch nehmen (vgl. **RG.** JW. **99** 371).

2. **RG.** JW. **05** 117 Ziff. 22 Die Haftung der Gegenpartei hängt davon ab, daß die Zwangsvollstreckung wirklich vorgenommen ist. Es genügt nicht, daß die Vollstreckung, deren Herbeiführung an sich möglich ist, wegen besonderer ihr entgegenstehender Schwierigkeiten oder etwa deshalb unterlassen wird, weil sie voraussichtlich erfolglos sein würde (AllgVf. PrJustMin. vom 20. Mai 1887 — JMBl. 139, 153 — Ziff. 46). Vgl. unten Ziff. 7.

3. **RG.** JW. **05** 117. Die in Preußen bestehende Verwaltungsvorschrift (AllgVf. vom 26. Mai 1887, PrJMBl. 139, 153), nach welcher die zwangsweise Einziehung der Kosten von Personen, die sich im Ausland aufhalten, zu unterlassen ist, hat nicht zur Folge, daß Abs. 2 zur Anwendung gebracht werden kann (vgl. GruchotsBeitr. **49** 1079).

4. WürttJ. **12** 242 (Stuttgart). Nach Erhebung einer Klage gegen den Fiskus war ein Vergleich zustande gekommen, in welchem der Fiskus alle Kosten übernahm. Kläger hatte einen Kostenvorschuß bezahlt. Er kann zwar nicht den Kostenvorschuß gegen den Gegner festsetzen lassen, wohl aber kann er Rückzahlung des Vorschusses von der Gerichtskasse beanspruchen. AA. OLG. **4** 394 (Karlsruhe). Der auf § 98 Abs. 4 gestützte Antrag auf Rückersatz des Vorschusses ist abgelehnt und die Beschwerde als unzulässig (§ 567 ZPO., § 4 GKG.) verworfen worden. Auch auf § 88 kann der Antrag nicht gestützt werden, weil die Rückzahlung an Kläger zu erfolgen hätte, nicht aber an den, dem die Gebührenfreiheit zusteht.

5. PuceltsZ. **31** 73 (Cöln). Auch der Fiskus ist zur Erstattung des Kostenvorschusses, den der obsiegende Gegner zur Deckung der baren Auslagen an die Gerichtskasse gezahlt hat, verpflichtet und insoweit ist ein Kosteufestsetznngsbeschluß wirksam.

6. SeuffA. **25** 207 (Dresden). Hat im Vergleiche die im Armenrechte klagende Partei die sämtlichen Kosten übernommen, so haftet der Beklagte dennoch der Gerichtskasse für die Hälfte der Kosten, ohne daß es der vorgängigen, gegen die arme

Partei auch nicht ausführbaren Zwangsvollstreckung bedürfte. Ebenso BadRpr. **06** 112 (Karlsruhe).

7. OLG **13** 254 (Celle). Unter der Zahlungspflicht im Abs. 2 hat man nur eine rechtlich realisierbare Zahlungspflicht zu verstehen. In Prozessen, in denen der die Kosten tragenden Partei das Armenrecht bewilligt ist, findet sonach der Abs. 1, uneingeschränkt durch die Bestimmung des Abs. 2, Anwendung. Ebenso SeuffA. **55** Ziff. 102 (Dresden). Dazu OLG. **15** 174 (Karlsruhe). Gegen die arme Partei ist für die Staatskasse die Vollstreckung wegen der Gerichtskosten infolge § 115 ZPO. unmöglich; dies steht dem im Abs. 2 des § 88 allein ausgedrückten Falle der erfolglos bewirkten Vollstreckung gleich. Ebenso SächsOLG. **27** 456 (Dresden), OLG. **13** 254 (Ce e), BreslauAK. **05** 61, JustdRundsch. **06** 79.

§ 89. 1. Schildmacher 1, 35. a) Zweitschuldner ist der, welcher nach Inanspruchnahme eines von mehreren Schuldnern als Zweiter zur Zahlung eines Kostenbetrags herangezogen wird. Der Begriff Zweitschuldner ist also wörtlich zu nehmen. Demnach ist auch derjenige von Gesamtschuldnern, von welchem, nachdem der Mitschuldner allein wegen der Kostenschuld in Anspruch genommen worden war, die Kosten nunmehr gefordert werden, Zweitschuldner im Sinne der preußischen Kassenordnung und der Rechtsprechung, obwohl er nach Rechtsbegriffen Erstschuldner ist. Dies trifft auch zu, wenn zunächst Kosten aus § 89 gefordert werden und diese später von einem anderen auf Grund inzwischen ergangener Entscheidung gemäß § 86 eingezogen werden (**RG. 24** 435). Es ist nun nicht erforderlich, daß die Inanspruchnahme des Zweitschuldners erst eintreten kann, wenn der Erstschuldner zahlungsunfähig ist, vielmehr nur vorausgesetzt, daß aus irgendeinem Grunde die Kosten von diesem nicht beigetrieben werden können. b) Die Regelung der Kostenpflicht im § 89 ist subsidiär; sie greift nur Platz, wenn der Kostenschuldner nicht schon nach § 86 durch gerichtliche Entscheidung oder Übernahmeerklärung bestimmt ist. Es ist dann derjenige, welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat, erster Schuldner der erwachsenen Kosten mit Ausnahme derjenigen Auslagen, für welche der Gegner nach § 84 vorschußpflichtig ist.

2. Pfafferoth 333. Als Schuldner gilt für die Staatskasse regelmäßig nur die Partei selbst oder deren Rechtsnachfolger bzw. derjenige, für welchen das Verfahren beantragt oder der durch dasselbe betroffen worden ist, sei es nun eine physische oder juristische Person, ein Personenverein oder eine Vermögensmasse. Der Vertreter (Anwalt) oder ein sonstiger Dritter kann also nur dann für die Gerichtskosten haftbar gemacht werden, wenn er sie ausdrücklich übernommen hat oder wenn sie ihm gemäß § 92 nach dem bürgerlichen Rechte oder sonstigen Gesetzesbestimmungen zur Last fallen.

3. Aus der Praxis. a) **RG.** JW. **00** 17 Ziff. 25. Die Frage, wer als Antragsteller zu gelten habe, ist nach dem bürgerlichen Rechte mit Rücksicht auf den materiell erhobenen Anspruch zu beurteilen. Daher werden Vorschüsse und Kosten ohne Rücksicht auf § 91 von mehreren verpflichteten Personen nach Maßgabe ihrer materiellen Beteiligung am Rechtsstreit erhoben (vgl. **RG. 57** 301 und KGBl. **04** 93 unten Ziff. 2 zu § 94). b) **RG. 54** 63, JW. **03** 182. Unter dem, der das Verfahren der Instanz beantragt hat, ist nur der zu verstehen, der die Klage erhoben oder als erster ein Rechtsmittel eingelegt hat, also eine Instanz eröffnet hat, nicht aber der Widerkläger, der nur ein Verfahren innerhalb der Instanz veranlaßt hat. Der Widerkläger ist also bei der Aufstellung der Jahresrechnung gemäß § 94 nicht als Schuldner von Gebühren für die Widerklage zu behandeln. Dagegen **RG. 57** 301, JW. **04** 475 und OLG. **4** 384, SächsOLG. **22** 275 (Dresden). Insoweit Kosten der Widerklage in Frage kommen, ist der Kläger nicht als Antragsteller anzusehen. Das „Verfahren in der Instanz" beantragen ist nicht „die Instanz" beantragen. Warum das Gesetz unter „Antragsteller" bei Regelung der Kostenpflicht

etwas anderes verstehen sollte, als bei der Regelung der Vorschußpflicht, ist nicht einzusehen. Ebenso OLG. **3** 461 (KG.). AA. auch ElsLothJZ. **26** 509 (Colmar) und SächsOLG. **8** 284 (Dresden). **c) RG.** JW. **04** 214 Ziff. 32. Kostenschuldner ist nur eine Prozeßpartei. — Wenn eine Aktiengesellschaft auf Verlangen der Minderheit eine Klage aus §§ 268, 269 StGB. durch besondere Vertreter erhebt, so ist nur die Gesellschaft und nicht die Minderheit Partei und zur Zahlung und Vorschießung der Kosten verpflichtet. Ihre etwaigen Ansprüche gegen die Minderheit muß sie nach § 269 Abs. 4 StGB. in geeigneter Weise geltend machen. **d) RG.** JW. **04** 560 Ziff. 25, KGBl. **15** 93. Wenn das Verfahren der Instanz von beiden Parteien beantragt ist (Revision beider Teile, welche sich auf denselben Streitgegenstand im gleichen Umfange beziehen), so sind die Kosten (Gebühren und Auslagen) nach dem Verhältnisse zu teilen, in welchem die von jeder Partei veranlaßte Gerichtstätigkeit zu der Gesamttätigkeit des Gerichts gestanden hat. Die Teilung kann, wenn der Streitgegenstand bei beiden Revisionen identisch ist, nur auf die Hälfte gehen. **e)** DJZ. **03** 35 (Darmstadt). Ohne Zustimmung des Verpflichteten können die in Armensachen gestundeten Kostenbeträge erst eingefordert werden, wenn das Gericht entweder durch Auskunft der Ortsbehörde oder aus eigener abweichender Kenntnis zu der Ansicht gelangt, daß die bei der Erteilung des Armenrechts vorhanden gewesene Dürftigkeit nicht mehr bestehe. **f)** OLG. **4** 365 (KG.). Antragsteller ist stets die Partei selbst, nicht ihr Bevollmächtigter. **g)** HansGZ. **02** Beibl. 139 (Hamburg). Der Kläger ist in Ansehung der Kosten der Widerklage nicht als Antragsteller im Sinne des § 89 zu betrachten. Ebenso OLG. **3** 162 (Dresden). **h)** SächsOLG. **24** 179 (Dresden). Der Kläger ist auch für die durch Anträge des Beklagten verursachten Auslagen des Gerichts haftbar, wenn dieser das Armenrecht hat. **i)** OLG. **15** 175 (Hamburg). Beantragen beide Parteien die Einholung eines Gutachtens über eine unter ihnen streitige Frage, so ist jede Partei für sich der Gerichtskasse gegenüber für die Auslagen, die durch die beantragte Beweiserhebung entstehen, zur Vorschußleistung verpflichtet. **k)** SchlHolstAnz. **06** 275 (Kiel). Ist im Laufe eines Prozesses über das Vermögen des Beklagten das Konkursverfahren eröffnet und von dem Prozeßbevollmächtigten ein Schriftsatz eingereicht, nach welchem der Konkursverwalter das Verfahren aufnehme, im Termin aber niemand erschienen, dann kann der Konkursverwalter nicht persönlich als Zweitschuldner in Anspruch genommen werden.

§ 90. 1. Pfafferoth 336. Der „andere", dem die Kosten auferlegt sind, kann nicht bloß die Gegenpartei, sondern auch eine der mehreren Personen der eigenen Partei oder ein Nebenintervenient sein. — Die Verpflichtung zur Vorschußzahlung bleibt selbst dann bestehen, wenn der Vorschuß bisher nicht eingefordert war. Ebenso (nach **RG.** JW. **89** 209) OLG. **3** 162 (Karlsruhe).

2. Schildmacher 28 bemerkt zum Bestehenbleiben der Vorschußpflicht: Die Verpflichtung zur Zahlung der Vorschüsse bleibt bestehen ohne Rücksicht auf die bezüglich der Kosten ergangene Entscheidung oder erfolgte Übernahme. In Höhe des gesetzlich vorgeschriebenen Vorschusses haftet also der Vorschußpflichtige stets als Zweitschuldner, sofern ihm nicht das Armenrecht bewilligt ist. Auch dem Gegner einer armen Partei ist ein ordnungsmäßig eingeforderter und geleisteter Kostenvorschuß nicht zurückzuzahlen, wenn die arme Gegenpartei in die Kosten verurteilt ist. Hat der Kläger das Armenrecht, so können indessen von dem Beklagten, wenn der Kläger mit seiner Klage rechtskräftig abgewiesen worden ist, diejenigen Beträge, für welche er sonst vorschußpflichtig sein würde, nicht eingefordert werden, da sie der Vorschrift des § 120 ZPO. unterliegen, demnach vom Beklagten nur in Höhe der Verurteilung eingezogen werden dürfen.

3. PosMSchr. **00** 68 (Marienwerder). Für die Forderung der Staatskasse besteht ein doppelter Rechtsgrund, einer beruhend auf der gerichtlichen Entscheidung, der andere auf der gesetzlichen Vorschußpflicht. Hat die Staatskasse aus einem Grunde

Zahlung erhalten, so ist insoweit die Forderung erloschen und kann nicht mehr aus dem anderen Grunde geltend gemacht werden. Z. B. dem Beklagten sind 1/3 der Kosten auferlegt und gezahlt. Bis zu dem ganzen gezahlten Betrage wird auch die Vorschußpflicht erledigt, und die Staatskasse könnte nur den etwa den Vorschuß übersteigenden Betrag verlangen.

4. OLG. **15** 175 (Colmar). Die Verpflichtung einer Partei zur Vorschußzahlung besteht nicht nur in den im § 90 hervorgehobenen Fällen, sondern auch dann fort, wenn der Prozeß ohne Entscheidung über die Kosten oder ohne deren Übernahme durch einen anderen beendet ist. Sie besteht jedoch nur dann fort, wenn die Staatskasse für die vorzuschießenden Beträge keine Deckung erhalten hat.

§ 91. 1. Rittmann 503. Die Vorschrift erstreckt ihre Wirksamkeit sowohl auf die Vorschuß- als auch auf die Kostenpflicht. Ohne die Erstreckung der Geltung des § 91 auf den Vorschuß würde es an jeglichem Anhalte dafür fehlen, in welchem Maße mehrere Antragsteller für den Vorschuß in Anspruch zu nehmen sind. Ebenso Pfafferoth 307, 337, Roos 53, RheinA. **92** I 182 (Cöln). AA. das RG.; dieses will den Gebührenvorschuß gemäß § 100 Abs. 2 nach Verhältnis der Beteiligung repartieren (JW. **99** 702 und **00** 17, GruchotsBeitr. **42** 1123), bzw. es soll — wie es JW. **99** 438 sich ausdrückt — auf die Verschiedenheit der Objekte Rücksicht genommen werden, da der einzelne nur für seine Forderung als Extrahent des Verfahrens angesehen werden könne. JW. **03** 292 Ziff. 13 führt das RG. aus, daß zwar nach § 91, wenn eine Partei aus mehreren Personen besteht, die einzelnen Personen in Ermangelung einer Gerichtsentscheidung über die Kostenverteilung nach Kopfteilen haften, daß aber der Vorschuß für die Rechtsmittelinstanz von den Zahlungspflichtigen entsprechend der Sachlage erfordert werden müsse, wobei in erster Reihe nach § 92 die Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes maßgebend seien. — OLG. **4** 388, DJZ. **02** 488 (Darmstadt) erklärt im Anschluß an diese reichsgerichtliche, von Rittmann aaO., von Pfafferoth 338 und von Rittmann, DJZ. **03** 498, bekämpfte Meinung für den Fall, daß alle Antragsteller wegen des ganzen Anspruchs klagen, sogar jeden derselben für den ganzen Vorschuß haftbar.

2. BraunschwZ. **01** 62 (Braunschweig). Sind den Beklagten die Kosten solidarisch auferlegt, so liegt eine gerichtliche Entscheidung über die Verteilung der Kosten nicht vor, da der Anteil des einzelnen Beklagten nicht bestimmt ist.

§ 92. 1. Darüber, wer die Haftbarkeit aus § 92 geltend zu machen hat, vgl. die Bestimmungen der §§ 17 u. 54 KassO.: Gerichtsschreiber oder Rendant der Gerichtskasse.

2. Wiesner, JustdRundsch. **05** 121. §§ 100 Abs. 4, 788 ZPO. gelten als mittelbare Bestandteile des Gerichtskostengesetzes. Mehrere Beklagte haften deshalb im Falle der gesamtschuldnerischen Haftung bezüglich des Hauptanspruchs auch für die Gerichtskosten gesamtverbindlich, und der Schuldner aus § 788 ZPO. ist auch Schuldner der Staatskasse. Diese hat dann für ihre Gebühren und Auslagen einen Schuldner nach § 89 GKG. und § 788 ZPO.; beide stehen sich gleichwertig gegenüber und der Staatskasse zur Wahl.

3. Schildmacher 39. Infolge der Vorschrift des § 92 wird durch den § 788 ZPO. eine unmittelbare Haftung des Schuldners gegenüber der Staatskasse begründet. Als Schuldner für die Kosten von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen ist daher nicht nur der Antragsteller, sondern auch der Schuldner anzusehen. Diese Haftung erhält ihre Bedeutung z. B., wenn der Antragsteller das Armenrecht hat oder Gebührenfreiheit genießt. Daraus folgt, daß im Zwangsversteigerungsverfahren in diesen Fällen, falls Zahlung anderweit vom Schuldner nicht zu erlangen ist, die Gerichtskasse die fraglichen Kosten in dem Verteilungsverfahren geltend zu machen hat. Die Geltendmachung geschieht mit dem Range der Forderung des be-

treibenden Gläubigers. Einer Geltendmachung des sonach der Staatskasse gegenüber dem Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren zustehenden unmittelbaren Anspruchs steht in dem Falle des Armenrechts des Gläubigers die Vorschrift des § 120 ZPO. über die einstweilige Befreiung des Gegners der armen Partei von der Berichtigung der Gerichtskosten nicht entgegen, da die im § 788 ZPO. ausgesprochene Verpflichtung zur Kostentragung der im § 123 ZPO. erwähnten Verurteilung in die Kosten gleichgestellt werden muß (PrJMRundvf. vom 25. Oktober 1902, ZfMittlJB. **03** 18).

4. Aus der Praxis. a) **RG.** JW. **05** 299 Ziff. 30. Der Ehemann hat für Rechtsstreitigkeiten der Frau, wenn er ihr selbst als Gegner gegenübersteht, diejenigen Geldmittel, die zu einem sachgemäßen Prozeßbetrieb erforderlich sind, vorzuschießen, sofern es sich nicht etwa um einen Rechtsstreit handelt, dessen Kosten dem Vorbehaltsgut unbedingt zur Last fallen, vielmehr Ungewißheit darüber besteht, wer von den Eheleuten die Kosten zu tragen haben werde. — Diese Verpflichtung fällt weg, wenn die Ehe für nichtig erklärt wird; ob auch im Falle der Scheidung, soll dahingestellt bleiben. b) OLG. **7** 223 (Hamburg). Dem Kostenschuldner nach § 86 werden solche Personen gleichgestellt, die nach dem maßgebenden Urteile für ihn aufzukommen haben, oder nachträglich kraft Gesetzes an seine Stelle treten. § 92 bezieht sich aber nicht auf den Anspruch der Partei gegen einen Dritten auf Ersatz der Kosten auf Grund eines Auftragsverhältnisses. c) BraunschwZ. **01** 62 (Braunschweig). Diese Vorschrift spricht nicht für die Ansicht, daß die im § 100 Abs. 4 ZPO. statuierte Gesamthaft sich ohne weiteres auf die Gerichtskosten erstreckt. § 92 will die Vorschrift des § 100 Abs. 4 ZPO. nicht erweitern, derselben vielmehr nur neben den §§ 81—91 GKG. die gebührende Achtung sichern. Bedeutungslos ist darum die Verweisung auf jene Vorschrift nicht. Beispielsweise können die vom Kläger gezahlten Gebühren- und Auslagenvorschüsse auf die Gerichtskosten auch dann in Anrechnung gebracht werden, wenn diese dem Beklagten auferlegt sind. Haften nun mehrere Beklagte dem Kläger wegen dessen Kosten nach § 100 Abs. 4 ZPO. als Gesamtschuldner, so kommt diese Gesamthaft auch für die durch jene Vorschüsse gedeckten Gerichtskosten zur Geltung. Dies stellt § 92 GKG. durch die Verweisung auf § 100 Abs. 4 ZPO. außer Zweifel. d) SeuffBl. **07** 166 (München). Bei einem gegen einen Minderjährigen durchgeführten Alimentenprozesse haftet der Vater für die Kosten des Rechtsstreits. Seine Haftung ist durch das Vorhandensein unfreien Vermögens des Kindes (BGB. § 1654) nicht bedingt (ebenso ZfDGerSekr. **18** 186 [Breslau]). Über die Kostenvorschußpflicht des Ehemanns s. die Bemerkungen zu BGB. § 1387, über diejenige des Vaters die Bemerkungen zu BGB. § 1654.

§ 93. FrankfRundsch. **41** 55 (Frankfurt). Eine Forderung wird erst dann fällig, wenn ihre Erhebung stattfindet. Die Gebühr für den besonderen Prüfungstermin (§ 54) kann zwar schon vor der Beendigung des Konkursverfahrens erhoben werden, doch tritt die Fälligkeit erst mit Beendigung des Konkursverfahrens ein.

§ 94. 1. Schildmacher 20 ff. Ob eine Anrechnung bereits entstandener Gebühren auf den Vorschuß stattzufinden hat oder nicht, ist in der Praxis streitig. In Betracht kommen die Fälle der §§ 37 letzter Absatz (Mahnverfahren) und 41 Abs. 2 (Sühneverfahren gemäß § 510 ZPO.). Die in diesen Fällen vorgeschriebene Anrechnung bereits erhobener Gebühren enthält nichts darüber, ob auch schon die Anrechnung auf den Gebührenvorschuß zulässig ist. Die Anwendung der Anrechnung ist aber für die Zweitschuldnerfrage wichtig. Muß die Anrechnung bereits auf den Vorschuß erfolgen, vermindert sich auch die Haftung des Zweitschuldners (§ 90) um den anzurechnenden Betrag. Ebenso müßte man dem Gegner, wenn er vorschußpflichtig wird, die Gebühr anrechnen. Es würde also dann auch der Beklagte, wenn er im Mahnverfahren infolge Widerspruchs zur mündlichen Verhandlung ladet, nur in Höhe des Restes vorschußpflichtig und als Zweitschuldner haftbar werden.

Die Anrechnung auf den Vorschuß ist aber bezüglich der Mahngebühr zu verneinen, weil es an einer hierauf bezüglichen Vorschrift im Gerichtskostengesetze fehlt und nach § 81 der Vorschuß soviel beträgt wie die höchste Gebühr, welche für einen Akt der Instanz zum Ansatze kommen kann. Die PrKO. schreibt im § 16 Ziff. 3 indessen die Anrechnung vor. Im Falle des § 35 Abs. 3 (Arrest und einstweilige Verfügung) dagegen liegt die Sache anders. Hier erlischt die Gebühr aus § 35 Abs. 3, wenn infolge Widerspruchs nachträglich eine Gebühr aus § 26 Abs. 9 zur Erhebung kommt. Ladet der Antragsteller zur mündlichen Verhandlung, so ist ihm die Gebühr des § 35 Abs. 3 auf den Vorschuß anzurechnen. Der Antragsgegner aber, welcher zur mündlichen Verhandlung ladet, muß den vollen nach § 26 Abs. 9 zulässigen Vorschuß zahlen. Ihm kann die Gebühr des § 35 Abs. 3 nicht angerechnet werden, vielmehr ist sie dann an den Antragsteller zurückzuzahlen.

2. Aus der Praxis. a) **RG.** (VZS.) **57** 301, JW. **04** 475 Ziff. 19. Bei Aufstellung der Jahresrechnung nach Ziff. 1 sind dem Kläger diejenigen Gebühren und nicht unter § 89 Satz 2 fallenden Auslagen nicht zur Last zu legen, welche wegen einer von dem Beklagten erhobenen Widerklage aufzunehmen sind (vgl. die früheren gegensätzlichen Entsch. **52** 197, **54** 63). b) **RG. 57** 308. Die Erstreckung der Frist kann nicht mehr erfolgen, wenn die Frist abgelaufen ist. Ebenso SächsOLG. **22** 556 (Dresden). c) **RG.** KGBl. **04** 93. Obwohl die Revision beider Parteien sich auf denselben Streitgegenstand in gleichem Umfange bezogen hat, obwohl ferner über beide Rechtsmittel einheitlich verhandelt und entschieden wurde und obwohl darum der Gebührenansatz gemäß § 11 zunächst in einheitlichen Beträgen nach dem Werte des Streitgegenstandes vorzunehmen war, so durfte trotzdem die Inanspruchnahme einer jeden Partei nicht über das Verhältnis hinausgehen, in welchem die von ihr selbst durch eigene Anrufung des höheren Gerichts veranlaßte Gerichtstätigkeit zur Gesamttätigkeit des Gerichts in der Instanz gestanden hat. Soweit sich die gerichtliche Verhandlung und Entscheidung auf das Rechtsmittel des Gegners bezogen hat, ist das Verfahren der Instanz nicht vom Revisionskläger beantragt und eine Mithaftung für die entsprechenden Gerichtskosten schreibt das Gesetz nicht vor. d) OLG. **9** 163 (Dresden). Partei im Sinne der Ziff. 3 ist nur die Prozeßpartei. e) OLG. **15** 176 (KG.). Die von der Partei auf Grund des § 94 als Jahreskosten erforderten Beträge müssen in erster Linie auf denjenigen Bruchteil der Gesamtkosten angerechnet werden, der dieser Partei durch die Endentscheidung auferlegt ist. f) SchlHolstAnz. **06** 121 (Kiel). Die Kostenpflicht des Klägers aus § 94 wird nicht dadurch aufgehoben, daß dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits demnächst auferlegt werden.

§ 98. 1. Rittmann 528 betont, daß die Befreiung sich lediglich auf die Gebühren, nicht auch auf die im § 79 bezeichneten baren Auslagen, erstreckt. Ebenso **RG.** JW. **02** 220 Ziff. 28.

2. **RG.** JW. **02** 220 Ziff. 28. Das fürstlich Waldecksche Domanialvermögen ist Staatsgut, nicht Privatvermögen des Fürsten. Gerichtsgebühren (aber nicht Auslagen einschließlich Schreibgebühren) sind daher nicht anzusetzen, auch dann nicht (im Verfahren vor dem RG.), wenn die Erträgnisse des Domanialvermögens zeitweise in ihrem ganzen Umfange zur Beschaffung des standesgemäßen Unterhalts des Landesherrn Verwendung finden.

3. OLG. **4** 394 (Karlsruhe). Der Fiskus kann nicht Rückersatz eines vom Gegner geleisteten, diesem im Vergleichswege vom Fiskus erstatteten Gebührenvorschusses im Rechtswege verfolgen.

§ 99. Schwalb, JustdRundsch. **07** 62 f. § 99 GKG. samt der hierzu erlassenen Vollzugsanordnung ist in seiner Anwendung auf die ordentliche Gerichtsbarkeit beschränkt; es wird hierdurch also nur die Beistandsleistung hinsichtlich derjenigen Gebühren, Auslagen usw. geregelt, welche in den vor die ordentlichen Gerichte ge-

hörigen Rechtssachen entstanden sind, auf welche die ZPO., die StPO. oder die KO. Anwendung finden.

§ 101. 1. *Baudoin, JustdRundsch. **05** 91. Erstreckt sich ein zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossener Vergleich auf Ansprüche, welche nicht Gegenstand des Rechtsstreits waren, so unterliegt derjenige Anspruch, welcher nicht Gegenstand des Rechtsstreits ist, auch dann der landesgesetzlichen Besteuerung, wenn derselbe außerhalb des Prozesses zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form, d. h. einer Beurkundung durch das Gericht oder den Notar bedarf, weil, wenn der Vergleich mit gleicher Wirkung wie ein Prozeß außerhalb des Prozesses geschlossen werden wollte, zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedurft hätte.

2. Rittmann 539. Die Vorschrift kommt nicht nur dann zur Anwendung, wenn nach Lage der Gesetzgebung ein außergerichtlicher Vergleich nur durch öffentliche Urkunde zustande kommen könnte, sondern auch in dem Falle, daß die Rechtswirksamkeit eines Vergleichs nicht durch die Einhaltung einer bestimmten Form bedingt ist.

3. *Meyer, JustdRundsch. **04** 198, 224. Nach § 2 Abs. 1 GKG. ist eine Erhebung von Stempeln und anderen Abgaben neben den Gebühren des GKG. nicht statthaft. Hiervon ist im § 101 eine Ausnahme gemacht. Im Sinne dieses Paragraphen sind jedoch nur solche Gebühren und Abgaben zu verstehen, die als Beiträge der Bürger zum Staatsbedarfe zu erheben sind, also einen steuerartigen Charakter haben, nicht aber Gebühren, durch die eine staatliche Tätigkeit vergolten werden soll. Geht ein Vergleich über den Gegenstand des Rechtsstreits hinaus, so findet insoweit § 2 Abs. 1 GKG. überhaupt keine Anwendung, so daß hier lediglich die Landesgesetze maßgebend sind. a) Hätte ein über den Gegenstand des Rechtsstreits hinausgehender Vergleich auch außergerichtlich rechtswirksam abgeschlossen werden können, so kann eine Gebühr für den Anspruch, der nicht Gegenstand der Klage war, nicht erhoben werden; denn § 2 Abs. 3 bezweckt nur, im Rechtsstreit errichtete Vergleichsurkunden nicht von solchen „Landessteuern" zu befreien, denen sie außerhalb des Prozesses unterliegen würden. b) Enthält der Vergleich außer der Einigung über den Klaganspruch eine Vereinbarung, die außergerichtlich getroffen unwirksam wäre und bei Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form einer landesgesetzlichen Gebühr unterliegen würde (z. B. in Bayern: die Bestellung einer Hypothek für die Vergleichssumme), so ist neben der Vergleichsgebühr aus § 23 GKG. die landesgesetzliche Gebühr nach § 2 Abs. 3 zu erheben. c) Bedürfte der Vergleich hinsichtlich des Klaganspruchs, wenn außergerichtlich geschlossen, einer besonderen Form (wie z. B. der Vergleich über das Eigentum an Grundstücken) und wäre für die Einigung außerhalb des Rechtsstreits eine landesgesetzliche Staatsgebühr zu entrichten, so ist zu berechnen: α. die Gebühr nach § 23 GKG. und β. die für den Fall der notariellen oder gerichtlichen Beurkundung des Rechtsgeschäfts zum Ansatze kommende Staatsgebühr. Zur Erhebung hat zu gelangen: die Vergleichsgebühr (§ 23 GKG.) + (Betrag der Staatsgebühr — die $^3/_{10}$ V.Gebühr).

4. Aus der Praxis. a) **RG.** JW. **06** 201, SeuffBl. **06** 220, BayRpflZ. **06** 141. Zur Entscheidung von Beschwerden gegen den Ansatz von Gebühren nach § 101 mit Art. 146 BayGebO. sind die OLG. zuständig. **b)** OLG. **1** 195, R. **00** 308 (München). Die Annahme, daß nur ein in vollstreckbarer Form ausgefertigter Vergleich als ein außerhalb des Rechtsstreits abgeschlossener Vergleich im Sinne des § 101 GKG. in Betracht komme, ist irrig. § 101 GKG. setzt nur einen rechtswirksam abgeschlossenen Vergleich voraus. **c)** BayRpflZ. **07** 373 (München). Die Vorschrift ist nicht anwendbar auf § 794 Abs. 2 im Falle eines Anerkenntnisurteils.

Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige

in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.

Vorbemerkung: Eine liberale, von Engherzigkeit und kleinlicher Fiskalität sich fernhaltende Anwendung der ZGebO. empfiehlt die auszugsweise unter Ziff. 6 der Einleitung mitgeteilte Justizministerialverfügung vom 11. Oktober 1907, die zwar zunächst nur Rechtsstreitigkeiten auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes im Auge hat, aber Beachtung für jeden Zivilstreit und für jedes Strafverfahren, wo Sachverständige herangezogen werden, verdient, solange nicht die ZGebO. zeitgemäß umgestaltet ist.

Literatur: Pfafferoth, Das deutsche Gerichtskostenwesen (8) 395—419. 1903. — Pörschel, GKG. (2) 170 ff. 1901. — Schmidt (v. Reisenegger), GKG. und GebO. (3) 220 ff. 1905. — Wegner, DZGebO. (3). 1905.

Einleitung. 1. Wegner 5 ff. hebt hervor, daß die Grundsätze, aus denen das Recht der Zeugen und Sachverständigen auf Entschädigung folgt, bereits in den Prozeßordnungen (§§ 401, 413 ZPO. und §§ 70, 84 StPO.) festgelegt sind. Bei Erlaß der Gebührenordnung selbst konnte es sich also im wesentlichen nur noch um Feststellung der Entschädigungssätze und, da es nicht angängig erschien, die zu bewilligenden Gebühren im Gesetz ein für allemal festzustellen, ihre Bemessung vielmehr der Bestimmung von Fall zu Fall überlassen werden mußte, um Festlegung von Höchst- und Mindestsätzen handeln, soweit dem richterlichen Ermessen hierbei eine Grenze gezogen werden durfte. — Die Bestimmungen der ZGebO. finden über den Rahmen des § 1 hinaus bei den ordentlichen Gerichten ferner Anwendung: a) bei Festsetzung der dem Gegner in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten zu erstattenden Kosten gemäß § 91 ZPO.; b) in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit gemäß § 15 FGG. und Art. 1 PrFGG. — In Fürsorgeerziehungssachen erhalten für die Wahrnehmung von Terminen die Eltern des Minderjährigen überhaupt keine Entschädigung, die anderen nach § 4 Abs. 2 PrG. vom 2. Juli 1900 zu hörenden Personen erhalten die notwendigen baren Auslagen vergütet, alle übrigen als Zeugen oder als Sachverständige geladenen Personen Gebühren nach Maßgabe der ZGebO. (vgl. § 42 PrAGGKG.). — Die Fälle, in denen die ZGebO. in dem Verfahren vor Sondergerichten und Verwaltungsbehörden anzuwenden ist, zählen Friedrichs, Handbuch des Gebühren- und Kostenwesens 247 ff. unter „Zeuge" und Wegner 14 ff. unter Ziff. 13 u. 14 auf. Vgl. auch Pfafferoth 396. Nicht anwendbar ist die ZGebO. auf die vom Staatsanwalt außerhalb einer gerichtlichen Verhandlung als Zeugen oder Sachverständige zugezogenen sowie die von der Polizei vernommenen Personen. Jedoch ist im Verwaltungswege Vorsorge getroffen, daß auch hier Entschädigung gezahlt werden kann (Wegner 20, 21). Nach § 38 der am 1. April 1907 in Kraft getretenen Notariatsgebührenordnung für Württemberg findet die ZGebO. Anwendung auch in allen den Angelegenheiten, in welchen die ZPO., StPO. und KO. nicht Platz greifen. Vgl. Haidlen, GKO. (2) 293.

2. Die ZGebO. regelt die an Zeugen und Sachverständige zu gewährenden Vergütungen erschöpfend. Hat daher ein Z. oder S. nach diesen Vorschriften Vergütung erhalten, so kann er weitere Ansprüche auf Vergütung von Schäden, Ersatz von Stellvertreterkosten u. dgl. nicht mehr erheben (Schmidt 221).

3. **RG. 52** 409. Die ZGebO. ist auch im Verfahren vor den Konsuln und Konsulargerichten ohne Abweichungen anwendbar.

4. SeuffBl. **06** 489, R. **06** 1148 (BayObLG.). Jeder unmittelbar geladene

Zeuge hat das Recht, richterliche Festsetzung seiner Gebühren zu verlangen. Das Gericht ist auf Antrag zur Festsetzung verpflichtet und dabei unabhängig von der Höhe des hinterlegten Vorschusses. Vgl. aber hierzu die bei § 17 Abs. 1 angezogenen Aufsätze von Brugsch und Wegner.

5. OLG. **11** 83 (Marienwerder). Nach dem Inhalte der ZGebO. ist anzunehmen, daß sie dem Zeugen eine volle Entschädigung der ihm durch den Zeugniszwang entstehenden Vermögensschäden gewähren will. Hieraus folgt, daß dem Zeugen die von ihm zur Entschädigung seines Ausbleibens pflichtgemäß aufgewendeten Kosten und die Auslagen für seine weiteren Eingaben und Beschwerden zu erstatten sind (Telegrammgebühren).

6. Aus einer die Rechtspflege auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes betreffenden Verfügung des preuß. Justizministers vom 11. Oktober 1907 seien folgende hierher gehörige Sätze mitgeteilt: Eine Hauptschwierigkeit für die Auffindung und Vernehmung geeigneter Sachverständiger bildet die Gebührenfrage. Wegen der Revision der ZGebO. schweben zurzeit Erwägungen, es dürfte sich aber empfehlen, daß die Gerichte auch schon jetzt mehr als bisher die Mittel anwenden, die ihnen das geltende Recht an die Hand gibt, um berechtigten Wünschen der Interessenten entgegenzukommen. Es käme in Frage, ob nicht die Gerichte — unter voller Wahrung der finanziellen Rücksichten — soweit eine Vereinbarung über die Gebühren nicht stattfinden kann, Anlaß finden möchten, häufiger von der Bestimmung des § 4 Gebrauch zu machen und namentlich auch die auf das Aktenstudium verwendete Zeit dem Sachverständigen zu vergüten. Da nach der Bestimmung des § 4 dem Sachverständigen bei schwierigen Untersuchungen und Sachprüfungen eine Vergütung „nach dem üblichen Preise“ auf Verlangen zugebilligt werden kann, dürfte es möglich sein, in Zivilsachen nach Anhörung der Parteien das Honorar des Sachverständigen festzustellen, ohne von ihm eine bis ins einzelne gehende Berechnung zu verlangen, wie sie mit Rücksicht auf die wissenschaftliche und soziale Stellung der Sachverständigen meist als ebenso lästig wie unangemessen empfunden wird. So geht z. B. auch der Beschluß des OLG. Hamburg vom 24. Oktober 1905 (OLG. **11** 345) von dem Satze aus, daß es bei Anwendung des § 4 daurauf ankommt, wie hoch nach den verkehrsüblichen Anschauungen die Zeit des Sachverständigen in Geld zu bewerten ist.

§ 1. 1. Wegner 9 und Pfafferoth 397. Unter „Gebühren“ soll die gesamte Vergütung des Z. oder S., also auch der Ersatz von Auslagen, Zehrkosten u. dgl., verstanden werden. Ebenso OLG. **5** 223 (Cöln).

2. Ders. Der Anspruch entsteht bereits mit dem auf Ladung erfolgenden Erscheinen vor Gericht; daß auch die Vernehmung erfolgt sein müsse, ist nicht Bedingung für den Entschädigungsanspruch.

3. Schmidt 220. Die Regelung der Gebühren in den zwar vor die Gerichte gehörigen, jedoch nicht nach den Reichsprozeßgesetzen zu behandelnden Rechtssachen, ferner in Gegenständen der Verwaltung und der Verwaltungsrechtspflege ist der Landesgesetzgebung überlassen.

4. Aus der Praxis. **a)** OLG. **3** 169, BurBl. **01** 219 (KG.). Ein Zeuge, der ohne gerichtliche Anordnung durch Versehen eines Gerichtsschreibers geladen ist, hat keinen Anspruch auf Zeugengebühren gegen die Staatskasse. Der Gerichtsschreiber ist bei der Ladung kein Willensorgan des Staates, da ihm bei der Ausführung des Beweisbeschlusses jede Selbständigkeit fehlt. **b)** OLG. **11** 83 (Marienwerder). Nach der ZGebO. ist anzunehmen, daß sie dem Zeugen eine volle Entschädigung der ihm durch den Zeugniszwang entstehenden Vermögensschäden gewähren will. Hieraus folgt, daß dem Zeugen die von ihm zur Ent-

schuldigung seines Ausbleibens pflichtmäßig aufgewendeten Kosten und die Auslagen für seine weiteren Eingaben und Beschwerden zu erstatten sind.

§ 2. I. Allgemeines. 1. Wegner 22 betont, daß der Zeuge als solcher nur eine allgemeine Bürgerpflicht erfüllt und deshalb nur auf Ersatz des ihm durch deren Erfüllung entstehenden Schadens Anspruch hat, während der Sachverständige nur deshalb, weil er die betr. Kunst oder Wissenschaft zum Erwerb ausübt, zur Abgabe eines Gutachtens verpflichtet ist, daher Anspruch darauf hat, daß ihm seine Leistung als eine zum Zwecke des Erwerbes gemachte vergütet werde.

2. Schmidt 222. Außer der Zeitversäumnisgebühr des § 2 kommt für die Entlohnung eines Zeugen noch in Betracht die Reiseentschädigung der §§ 6, 7, 9, 10 und 11, sowie die Vergütung des verursachten persönlichen Aufwandes (§§ 6, 8); eine von § 2 abweichende Art der Entlohnung behandelt § 14.

3. Für den Fall, daß der Zeuge in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse steht, erhebt sich im Hinblick auf § 616 Satz 1 BGB. die Frage, ob die Gewährung einer Zeitversäumnisentschädigung verweigert werden darf. Die Frage ist vom preuß., bayr. u. sächs. Justizminister erörtert und verneint worden (s. PrJMBl. **03** 143, BayJMBl. **04** 50, SächsJMBl. **03** 67). Danach ist, wie Wegner 35 und Schmidt 224 richtig hervorheben, auch Personen, die in einem festen Dienst- oder Arbeitsverhältnisse stehen, eine Versäumnisgebühr zu gewähren, falls ihnen wegen der Wahrnehmung des Termins von ihrem Dienstherrn ein Abzug an Lohn oder Gehalt gemacht ist; hierfür genügt eine einfache schriftliche Bescheinigung des Dienstberechtigten.

II. Einzelne Fälle. **a)** OLG. **7** 231, R. **03** 531 (Celle). Auch Zeugen aus dem Stande der Fabrikanten, Bankiers ꝛc., die ihre ganze Tätigkeit dem Geschäfte widmen, erleiden, wenn sie ihm auf längere Zeit entzogen werden, der Regel nach eine Erwerbsversäumnis. Unter Berücksichtigung dieser ist ihnen eine Entschädigung zu gewähren. **b)** OLG. **7** 232 (Dresden). Rechtsanwälte können ihre Gebühren als Zeugen nicht nach der RAGebO. berechnen. Dazu KGBl. **05** 106 (KG.), Ein Notar, der an seinem Wohnsitz vernommen wird, kann Zeugengebühr lediglich nach § 2 erhalten. **c)** OLG. **3** 170 (Stettin). Eine Vergütung wegen Erwerbsversäumnis ist dem als Zeuge geladenen Gerichtsvollzieher regelmäßig nicht zuzubilligen. Auch der Sondererwerb kann ihm nicht entgehen, weil nur er für seinen Bezirk zuständig ist und weil er durch die Konkurrenz anderer Gerichtsvollzieher nicht beeinträchtigt wird. Die Auftraggeber, die ihn zurzeit nicht antreffen, müssen wiederkommen. Hat er aber des Termins wegen Wechselproteste versäumt oder dringliche Aufträge nicht ausgeführt, oder liegen andere Ausnahmefälle vor, so kann der Gerichtsvollzieher Entschädigung beanspruchen. Dazu GVZ. **17** 29, R. **03** 215. Dem Gerichtsvollzieher stehen Zeugengebühren dann zu, wenn den gegebenen Umständen nach eine ihm durch die Wahrnehmung des Zeugentermins entstandene Erwerbsversäumnis glaubhaft gemacht ist. **d)** R. **01** 624 (Dresden). Ein festen Gehalt beziehender Handlungsgehilfe kann Entschädigung für Zeitversäumnis als Zeuge selbst dann nicht verlangen, wenn sein Prinzipal ihm einen Abzug gemacht hat; denn er brauchte sich nach § 63 HGB. eine solche Kürzung seines Gehalts nicht gefallen zu lassen. Dazu ZBergr. **41** 471. Das Gericht, welches einen zur Dienstleistung Verpflichteten (Bergmann) als Zeugen geladen hat, ist nicht berechtigt, demselben unter Verweisung auf § 616 BGB. die gesetzlichen Zeugengebühren zu verweigern. **e)** DJZ. **01** 192 (Hamburg). War ein Zeuge nach seinem Dienstvertrage verpflichtet, im Falle einer Behinderung auf seine Kosten einen Vertreter zu bestellen, so muß er, da diese Vereinbarung auch gegenüber § 616 BGB. zulässig ist, entsprechend entschädigt

werden. f) HessRspr. **3** 11 (Darmstadt). Kosten des vom nicht erschienenen Zeugen eingereichten Krankheitszeugnisses sind nicht zu ersetzen. g) HessRspr. **5** 145 (Darmstadt). Kosten einer ohne besonderen Auftrag des Gerichts zu Informationszwecken unternommenen Reise eines Zeugen sind dann erstattungsfähig, wenn ohne diese Reise die Aussage des Zeugen unvollkommen gewesen wäre und seine nochmalige Vernehmung notwendig gemacht hätte.

§ 3. 1. Wegner 40. Während der Zeuge neben Reise- und Aufwandsentschädigung nur noch eine Entschädigung für versäumte Zeit und dadurch bedingten Erwerbsverlust erhält, gewährleisten § 413 ZPO. und § 84 StPO. dem Sachverständigen außer diesen Entschädigungen noch eine Vergütung für seine Mühewaltung. Die ZGebO. trägt dem Rechnung, indem sie zunächst (§ 3) bestimmt, daß die Leistungen des Sachverständigen nach der darauf verwendeten Zeit zu vergüten sind, womit auch regelmäßig die durch Zeitversäumnis entstandene Erwerbsversäumnis mitabgegolten wird. Darüber hinaus gewährt § 4 für gewisse Fälle den Anspruch auf Vergütung der Leistung nach ihrem üblichen Preise, läßt aber daneben den Anspruch auf Entschädigung für die sonst noch versäumte Zeit bestehen.

2. Schmidt 227. Unter der „erforderlichen Zeitversäumnis" ist auch derjenige Zeitaufwand begriffen, welcher vor Abfassung des Gutachtens zu dem Zwecke erforderlich war, die nötigen Grundlagen für die Erstattung des Gutachtens, z. B. durch Versuche, Untersuchungen und sonstige Ermittelungen, zu beschaffen. So hat z. B. das **RG.** JW. **99** 89 als Kosten der Vorbereitung eines Gutachtens die Auslagen des Sachverständigen für das Aufreißen der Dielen, das Abkratzen des Mauerputzes u. a. in einem zu untersuchenden Keller bezeichnet.

3. Friedrichs, Handbuch 167, weist darauf hin, daß dem Sachverständigen auch Schreibgebühren zu vergüten sind, wenn er sich zur Reinschrift des Gutachtens einer fremden Hand bedient, ebenso die Kosten von Zeichnungskopien. Auch die Kosten anderer Hilfsarbeiter bei der Untersuchung können ersetzt werden, nach der Zeitversäumnis und den persönlichen Verhältnissen der Gehilfen bemessen. Ebenso Pfafferoth 403.

4. Einigkeit herrscht unter den Kommentatoren darüber, daß es für Entscheidung der Frage, ob jemand die Gebühren eines Zeugen oder eines Sachverständigen zu beanspruchen hat, nicht auf die im Beweisbeschlusse gewählte Bezeichnung, sondern darauf ankommt, ob die vernommene Person ausweislich des Protokolls zur Erstattung eines Gutachtens, also zur Abgabe eines Urteils, veranlaßt worden ist (vgl. JW. **98** 419).

5. Pfafferoth 402 und Pörschel 174. Sachverständige Zeugen sind zunächst lediglich als Zeugen auch in Ansehung der ihnen zu gewährenden Gebühren zu behandeln. Haben sie nicht bloß äußerliche Wahrnehmungen wiederzugeben, sondern zugleich ein Urteil abzugeben, so kann die Sachverständigengebühr beansprucht werden (**RG.** betreffs eines über die Erwerbsfähigkeit eines Unfallverletzten gehörten Arztes: JW. **99** 145).

6. OLG. **1** 469 (Bamberg), **2** 273 (KG.). Der Sachverständige kann sich der Arbeit für die Grundsätze der ZGebO. nur dadurch entziehen, daß er die Auskunftspflicht zulässigerweise ablehnt. Ein einseitiger Protest gegen die Anwendung der ZGebO. ist wirkungslos; auch kann der Sachverständige nicht die vorherige Zusicherung besonderer Gebührensätze verlangen.

7. R. **07** 838 (Frankfurt). Ein Sachverständiger, der nach Empfang der Ladung an das Gericht den Antrag auf Zusendung der Akten gerichtet hat, da er deren Einsicht vor seiner Vernehmung für erforderlich erachte, welchem An-

trag entsprochen worden ist, kann für diesen Antrag Zeitversäumnis für eine angefangene Stunde besonders liquidieren.

8. OLG. **15** 178 (Breslau). Es ist unrichtig, daß Sachverständige mit einem Einkommen von unter 6000 M. den Entschädigungssatz von 2 M. nicht erhalten dürften. Vielmehr ist für die Bemessung der Vergütung allein maßgebend der § 3, der in Abs. 1 die Leistungen nach Maßgabe der Zeitversäumnis bis zu 2 M. für jede angefangene Stunde vergütet wissen will und in Abs. 2 die Berücksichtigung der Erwerbsverhältnisse bestimmt.

9. OLG. **15** 179 (Karlsruhe). Bei Ausdehnung des schriftlichen Gutachtens auf nicht gestellte Fragen ist die Mehrarbeit nicht zu vergüten.

§ 4. 1. Pfafferoth 404. Wie im Privatverkehre die Vergütung meistens nach der Gattung der Arbeit geschätzt wird, so wird die Leistung des Sachverständigen vor Gericht hinsichtlich der Schwierigkeiten ähnlich zu beurteilen sein.

2. Wegner 50. Verlangt ein Sachverständiger für seine Leistung eine über die Sätze des § 3 hinausgehende Entschädigung, so hat er den Nachweis zu erbringen, daß die geforderte Vergütung denjenigen Preis darstellt, welcher im Privatleben für gleichartige Leistungen üblich ist. Neben der Beurteilung der Schwierigkeit der verlangten Leistung unterliegt auch die Anerkennung der beanspruchten Beträge als „übliche Preise“ der gerichtlichen Entschließung. Vgl. oben Einleitung Ziff. 6.

3. Aus der Praxis. **a)** SeuffA. **56** 106 (KG.). Eine vorherige Zusicherung über die Höhe der ihm zu gewährenden Gebühren kann ein Sachverständiger nicht beanspruchen. **b)** OLG. **1** 468 (Bamberg). Die Erklärung des Sachverständigen, er müsse es ablehnen, nach der Taxe der ZGebO. zu arbeiten, ist wirkungslos. **c)** OLG. **3** 171 (KG.). § 4 ist nur ausnahmsweise, nur bei „erheblichen“ Schwierigkeiten anwendbar. **d)** **RG. 52** 410. Eine Schwierigkeit ist nicht zu finden in der Durchsicht von Marktberichten und Fakturen. **e)** OLG. **5** 222 (KG.), **7** 232 (Hamburg). Das Gericht kann für die aufgetragene Leistung, für die schwierige Sachprüfung, die Untersuchung und die dazu gebotene Besichtigung den üblichen Preis ermitteln. Für Terminsmitteilung, frustrierte Besichtigungstermine, Durchsicht der Akten dürfen nur 2 M. angesetzt werden. **f)** OLG. **5** 222 (Karlsruhe und **RG.**), **7** 232 (Hamburg), **11** 345 (Hamburg). Bei schwierigen Untersuchungen können die „Hamburger Normen“ als Vergütungsmaßstab der üblichen Preise für die Leistungen der sachverständigen Architekten gelten. Ebenso BadRpr. **00** 63 Ziff. 12, 268 Ziff. 26 OLG. **11** 149 (Hamburg). **g)** OLG. **1** 468, (Bamberg) **11** 345 (Hamburg). Das Gesetz hat nur die objektive, nicht die subjektive Schwierigkeit im Auge. — Eine solche liegt vor, wenn die Aufgabe nicht jedem Sachkundigen ohne weiteres lösbar ist, sondern erst eine zeitraubende Untersuchung, Beobachtung, Ermittelung und Feststellung der tatsächlichen Unterlagen beschafft werden muß oder eine längere Zeit erfordernde umständliche geistige Arbeit durch logische Schlüsse und Erwägungen, Berechnungen und Schätzungen nötig macht oder beides gefordert wird. **h)** SeuffA. **56** 416 (KG.). Die Besichtigung eines Hauses behufs Feststellung, ob der Schwamm definitiv beseitigt sei und event. welche Kosten die Beseitigung erfordern würde, ist „keine schwierige Untersuchung oder Sachprüfung“. **i)** OLG. **11** 345 (Hamburg). Nicht darauf, ob das zu erstattende Gutachten dem Gutachter nach Maßgabe seiner subjektiven Fähigkeiten Schwierigkeiten bereitet hat, sondern nur darauf kommt es an, ob die dem Gutachter gestellte Aufgabe, mag sie ihm nach dem Maße seines subjektiven Könnens auch leicht geworden sein, objektiv schwierig war. Es fragt sich bei Anwendung des § 4 in

jedem Einzelfalle, wie hoch nach den verkehrsüblichen Anschauungen die Zeit des Sachverständigen in Geld zu bewerten ist.

§ 5. a) Wegner 52. Die im § 5 enthaltene Ergänzung der §§ 2—4 soll verhüten, daß in zu enger Auslegung dieser Bestimmungen einem Zeugen die Versäumnisentschädigung, einem Sachverständigen die Vergütung für seine Leistungen und für Versäumnis nur für die wirkliche Dauer des wahrzunehmenden Termins oder des abzugebenden Gutachtens zugebilligt wird **b)** Pfafferoth 404. Es wird z. B. die Zeit der Zurücklegung des Weges zwischen Werkstätte und Wohnung sowie des Umkleidens mit in Betracht kommen müssen. Ebenso wird billigerweise nach Terminsschluß dem Zeugen die Zeit zur Einnahme der der Tageszeit entsprechenden Mahlzeit vor der Rückreise freizulassen sein.

§ 7. a) Wegner 58. Bei Benutzung von Kraftfahrzeugen oder Fahrrädern sind die durch Leihen entstandenen Auslagen zu erstatten, vorausgesetzt, daß sie über den Preis der üblichen Verkehrsmittel, mit denen die Reise sonst hätte ausgeführt werden können, nicht hinausgehen. Bei Benutzung eigener Fahrräder ist eine angemessene Entschädigung für Abnutzung zuzubilligen, höchstens 10 Pf. für 1 km. — Haben mehrere Z. u. S. oder diese und die Parteien ein gemeinschaftlich angenommenes oder von einem der Beteiligten gestelltes Transportmittel benutzt, so haben sie nur Anspruch auf Ersatz des auf jeden von ihnen fallenden Anteils an dem aufgewendeten oder ortsüblichen Fuhrlohne (59). **b)** OLG. **11** 343 (KG.). Ein Fahrrad ist als Transportmittel des § 7 anzusehen. Eine angemessene Reiseentschädigung ist zu gewähren, wenn der Zeuge ein eigenes Fahrrad benutzt hat und diese Benutzung für angemessen erachtet wird. **c)** R. **04** 506 (Colmar). Auch für Benutzung des eigenen Fuhrwerks kann dem Zeugen oder Sachverständigen, wenn die Benutzung von Transportmitteln für ihn angemessen erscheint, Reiseentschädigung in Höhe des Betrags gewährt werden, der für ein Mietfuhrwerk aufzuwenden gewesen wäre. **d)** PosMSchr. **01** 166 (Posen). Der Zeuge, der eine der Parteien zum Beweistermin auf dem von ihm benutzten Wagen mitgenommen hat, kann von der Gerichtskasse Erstattung der vollen Fuhrkosten fordern, da er, nicht auch die Partei, den Termin wahrnehmen mußte. **e)** PrJMBl. **06** 23 (KG.), 25 (Celle) u. 26 (Breslau). Auf Zahnärzte ist die Vorschrift des § 7 nicht anwendbar.

§ 8. a) Pfafferoth 408. Die Aufwandsentschädigung soll nicht vollen Ersatz der außerhalb des Wohnorts aufgewendeten Kosten unter allen Umständen gewähren. Sie ist vielmehr nur als ein Ausgleich des Unterschieds zwischen den Ausgaben der gewöhnlichen Lebenshaltung am Wohnort und den Mehrkosten, die bei entsprechender Lebensweise durch den Aufenthalt an einem anderen Orte unter den gegebenen Verhältnissen notwendigerweise erwachsen, anzusehen. **b)** MecklbZ. **19** 138 (Rostock). Wenn auch der Zeuge mit dem 6 Uhr 20 Min. vorm. abgehenden Zuge den Terminsort erreichen konnte, so war ihm eine so frühe Reise nicht zuzumuten. Er war berechtigt, am Tage vorher zu reisen und kann bezügliche Zehrungsgelder beanspruchen.

§ 12. a) Pfafferoth 410. Durch die Notwendigkeit der Begleitung eines Zeugen wird sein Anspruch auf Versäumnisentschädigung nicht ausgeschlossen. Dem Begleiter ist nicht die im Falle seiner eigenen Vernehmung zulässige höhere, sondern die einem gewöhnlichen Arbeiter zustehende Entschädigung, Eltern als Begleitern ihrer Kinder dagegen eine ihrem Stande und Erwerb angemessene Entschädigung zu gewähren. **b)** Wegner 62. Müssen Fürsorgezöglinge zu gerichtlichen Terminen vorgeführt werden, so ist ihre Gestellung in Preußen Sache des verpflichteten Kommunalverbandes. Dies gilt auch dann, wenn der Fürsorgezögling als Zeuge erscheinen muß, hinsichtlich der

im Interesse seiner Beaufsichtigung und Erziehung erforderlichen Begleitung; eine Übernahme dieser Kosten auf die Fonds der Justizverwaltung könnte nur in Frage kommen, wenn es sich um eine Begleitung im Sinne des § 12 ZGebO. handelt. Vgl. JustMVf. v. 1. August 1903, BurBl. **04** 31. **c)** WürttJ. **14** 75 (Stuttgart). Der als Zeuge nach auswärts geladene Strafgefangene kann Ersatz der Reisekosten für sich, aber nicht für seinen Zivilbegleiter beanspruchen.

§ 13. 1. Wegner 90—117 bringt die besonderen Taxvorschriften zum § 13 für Preußen, Schmidt 234 ff. die für Bayern, Pörschel 180 die für Sachsen.

2. Pfafferoth 411, Aus Inhalt und Stellung des § 13 ist zu folgern, daß die besonderen Taxvorschriften hier nur hinsichtlich des Betrags der Vergütung maßgebend sein sollen, nicht aber auch für die Frage, wer die Vergütung festzusetzen hat, worüber erst § 17 allgemeine Anordnungen trifft.

3. Nach der Verfügung des Reichskanzlers vom 13. September 1901 (RZentrBl. 335 § 8) sind die Sachverständigenkammern für Werke der Literatur und Tonkunst befugt, Gebühren für ihre Gutachten im Betrage von 30—300 M. zu erheben.

4. Aus der Praxis. **a) RG.** JW. **00** 169 Ziff. 48. Wenn für eine Tätigkeit, welche der Sachverständige auf Anordnung des Gerichts vornehmen mußte, in der maßgebenden Taxvorschrift eine ausdrückliche Position nicht ausgeworfen (keine besondere Vergütung vorgesehen) ist, dann ist eine entsprechende Vergütung im Geiste und Sinne der Taxvorschrift aus deren sonstigen Bestimmungen zu ermitteln. **b)** OLG. **13** 268 (Colmar). Die Leistung von Dolmetscherdiensten durch den protokollierenden Gerichtsschreiber ist eine Amtspflicht desselben, also nicht nach § 13 Abs. 2 ZGebO. zu vergüten. **c)** OLG. **1** 469 (Bamberg), **11** 149 (Hamburg), Friedrichs, Geb.- u. Kostenwesen 167 e. Zu den besonderen Taxvorschriften gehören nur amtlich anerkannte Gebührentarife, nicht Privatvereinbarungen. Die 1888 vom Verbande deutscher Architekten- und Ingenieurvereine aufgestellten Hamburger Normen können nie als Taxvorschriften im Sinne des § 13, wohl aber als übliche Vergütung des § 4 in Betracht kommen. Ebenso BadRpr. **00** 268 (Karlsruhe). **d)** PosMSchr. **00** 113 (Marienwerder). Das preuß. Feldmesserreglement von 1871 enthält keine besonderen Taxvorschriften im Sinne des § 13.

§ 14. 1. Wegner 67 hebt hervor, daß an sich der Beamte, welcher einer Ladung als Zeuge oder Sachverständiger Folge leistet, nur eine ihm wie jedem anderen Staatsbürger obliegende Pflicht erfüllt, also hinsichtlich der Gebühren eine Bevorzugung nicht beanspruchen kann. Wird der Beamte aber als solcher über Dinge vernommen, die er in Ausübung seines Amtes wahrgenommen hat, so kann er für die Terminsreise nach Maßgabe der für Dienstreisen geltenden Vorschriften Entschädigung beanspruchen.

2. Aus der Praxis. **a) RG.** GruchotsBeitr. **44** 203 (vgl. PrJMBl. **95** 3). Für die Beurteilung der Frage, ob ein über Fragen des Grundsteuerkatasters als Sachverständiger vernommener Katasterbeamter als Staatsbeamter gemäß § 14 Ziff. 2 zu liquidieren hat, kommt es darauf an, ob das geforderte Gutachten auf eine Auskunft gerichtet ist, die der Sachverständige auf Grund der von ihm verwalteten Karten und Register erteilen konnte oder auf eine Auskunft, die auf einer nur technische Kenntnisse voraussetzenden Vermessung beruht und darum nicht unter den amtlichen Wirkungskreis des Sachverständigen fällt. **b)** SächsOLG. **21** 559 (Dresden). Für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist es erforderlich, daß der als Sachverständige bestellte Beamte über Verhältnisse vernommen wird, die zu seinem amtlichen Wirkungskreise gehören und daß diese Verhältnisse dergestalt in den bezeichneten Wirkungskreis fallen, daß

sich das geforderte Gutachten als eine amtliche Auskunft darstellt (vgl. **RG. 11** 436). Dazu BayObLG. **6** 1, SeuffBl. **71** 65, JustdRundsch. **5** 109 (BayObLG.). Die Voraussetzung „aus Veranlassung des Amts" trifft nur dann zu, wenn der Sachverständige mit der Sache, auf die sich das von ihm abgegebene Gutachten bezieht, amtlich befaßt war, nicht aber dann, wenn der Grund seiner Beiziehung lediglich darin lag, daß er die erforderlichen Kenntnisse besitzt, die ihn zur Abgabe des Gutachtens befähigen. **c**) PosMSchr. **00** 177 (Marienwerder). Zu den öffentlichen Beamten gehören auch die mittelbaren Staatsbeamten. **d**) OLG **7** 232 (Dresden). Zu den öffentlichen Beamten gehören die Rechtsanwälte nicht. **e**) R. **01** 290 (BayObLG.) Bei den als Sachverständige vor Gericht geladenen (bayr.) Bezirksbaumeistern ist der im übrigen zutreffende § 14 dann nicht anwendbar, wenn lediglich die bei Dienstreisen innerhalb seines Amtsbezirks dem Bezirksbaumeister zustehenden Vergütungen geregelt sind, aber eine Dienstreise außerhalb des Amtsbezirks in Frage steht, für die Tagegeldvorschriften mangeln. **f**) DJZ. **06** 268 (Cöln). Lehrer oder Rektoren an öffentlichen Volksschulen haben keinen Anspruch auf Tagegelder und Reisekosten, falls sie als Zeugen vernommen werden, weil für sie Vorschriften über Dienstreisen in Preußen nur für den Fall ihrer Versetzung bestehen. Ebenso H a m m , DJZ. **06** 61, und OLG. Cassel, GoltdA. **53** 299. Dagegen KG., DJZ. **05** 461, Volksschullehrer, als Zeugen über Umstände vernommen, von denen sie in Ausübung ihres Amtes Kenntnis haben, erhalten Tagegelder und Reisekosten nach Ziff. 1. **g**) OLG. **13** 270 (Cassel). Mitglieder der preuß. Schloßbaukommission sind keine öffentlichen Beamten. **h**) DJZ. **05** 869 (Darmstadt). Bei Vernehmung eines Beamten (Lehrers) über amtliche Wahrnehmungen in einem anderen Bundesstaat sind die Vorschriften desjenigen Staates anzuwenden, in dem der Beamte angestellt ist. **i**) ZfMittlJB. **16** 57 (Naumburg). Der Erlaß des PrMJ. vom 26. Februar 1903 kommt für die Bemessung von Tagegeldern dann nicht zur Anwendung, wenn durch Ortsstatut solche festgesetzt sind.

§ 16. a) OLG. **5** 223 (Cöln). Im § 16 werden, wie in der ganzen ZGebO., unter „Gebühren" sowohl Gebühren im eigentlichen Sinne als auch Auslagen verstanden. Zwischen beiden wird kein Unterschied gemacht. **b**) Hess. Rspr. **2** 54 (Darmstadt). Das Verlangen von Zeugengebühren braucht nicht bei dem Vorsitzenden des Gerichts bzw. dem Gerichte gestellt zu werden. Die Präklusivfrist ist vielmehr auch dann gewahrt, wenn der Zeuge nach seiner Vernehmung dem als Protokollführer fungierenden Gerichtsakzessisten (in Hessen) gegenüber Zeugengebühren beansprucht, den ihm angebotenen Betrag aber als zu gering bemessen unter Hinweis auf eventl. Beschwerde zurückgewiesen hat. **c**) OLG. **15** 179 (Hamburg). Wird auch der Lauf der Ausschlußfrist des § 16 durch die Gerichtsferien nicht unterbrochen, so beginnt er doch erst mit Beendigung der Zuziehung des Sachverständigen; und diese den Beginn des Fristenlaufs bestimmende Tatsache muß dem Sachverständigen zum Bewußtsein gebracht sein, wenn sie den Ausgangspunkt für die Ausschließung mit seinem Gebührenanspruche bilden soll. **d**) SächsOLG. **28** 283 (Dresden). Die Fristversäumnis wird nicht dadurch entschuldbar, daß der Sachverständige angenommen, er werde nach Abgabe seines schriftlichen Gutachtens nochmals zum Vortrage des Gutachtens geladen oder davon in Kenntnis gesetzt werden, daß sich seine weitere Vernehmung erledigt habe.

§ 17. A b s. 1. 1. P f a f f e r o t h 417 und W e g n e r 79 betonen, daß durch den § 17 in abschließender und erschöpfender Weise das Verfahren der Gebührenfestsetzung geregelt ist, so daß der Zeuge oder Sachverständige, der sich durch die Festsetzung oder deren Ablehnung in seinem Gebührenanspruche ge=

schmälert fühlt, zwar den Beschwerdeweg beschreiten, nicht aber durch Erhebung der Klage Abhilfe suchen kann. Vgl. hierzu **RG. 43** 47, JW. **99** 75.

2. Pörschel 185. Die auf Grund der Instruktion des preuß. Justizministers für Verwaltung der Etatsfonds vom 19. April 1893 erfolgte Zahlungsanweisung von Zeugengebühren in Zivil- und Strafsachen ist an sich lediglich eine Verwaltungsverfügung und keineswegs die in Abs. 1 von dem Gericht als solchem zu treffende Festsetzung, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben ist (vgl. RheinA. **87** 179). Ebenso Wegner 81. Die richterliche Festsetzung der Gebühren im Sinne des § 17 Abs. 1 kommt erst in Frage, wenn gegen die Zahlungsanweisung namens der Staatskasse oder vom Zeugen bzw. Sachverständigen Erinnerung erhoben wird.

3. Brugsch, R. **05** 277, bekämpft die herrschende Ansicht, daß Zeugen und Sachverständige zunächst eine Entscheidung des Prozeßgerichts über die vom Vorsitzenden getroffene Festsetzung im Wege einer Erinnerung herbeiführen müssen und erst gegen diese Entscheidung des Prozeßgerichts den Beschwerdeweg beschreiten können. Demgegenüber weist Wegner, R. **06** 611, darauf hin, daß aus praktischen Gründen von einer richterlichen Festsetzung der Gebühren zunächst allgemein abgesehen und nur eine auf Grund der Berechnung des Gerichtsschreibers erfolgende Zahlungsanweisung des Vorsitzenden bzw. des verhandelnden Einzelrichters erfordert wird. Erst bei Bemängelung der Gebührenzahlung erfolgt die richterliche Festsetzung des Gebührenanspruchs im Sinne des § 17 Abs. 1, an welche sich demnächst das Beschwerdeverfahren aus Abs. 3 anschließen kann. Die auf Grund der Etatsordnung vom Vorsitzenden erlassene Verwaltungsverfügung, d. h. die von ihm lediglich vom etatsrechtlichen Standpunkt aus zu vertretende Zahlungsanweisung, ist keine „richterliche Entscheidung".

4. Abs. 2. Pfafferoth 418. Eine Frist ist für die Berichtigung von Amts wegen nicht gegeben. Ist ein Beschwerdebeschluß ergangen, so hört damit die Möglichkeit einer Berichtigung auf.

5. Abs. 3. Wegner 86 ff. In den unter die ZPO. fallenden Rechtsangelegenheiten ist gegen die erste richterliche Festsetzung der Zeugen- oder Sachverständigengebühren die Beschwerde unbedingt zulässig, wenn die Festsetzung durch das Amts- oder Landgericht erfolgt ist. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts kann mit der weiteren Beschwerde nur angefochten werden, wenn ein neuer selbständiger Beschwerdegrund vorliegt und wenn der Beschwerdegegenstand bei beabsichtigter Anfechtung landgerichtlicher Beschwerdeentscheidungen mehr als 50 M. beträgt. Beschwerde-Entscheidungen der OLG. sind unanfechtbar. — In Strafsachen ist die Beschwerde nur gegen die erste richterliche Festsetzung durch ein Amts- oder Landgericht zulässig, eine weitere Anfechtung der in der Beschwerdeinstanz ergangenen Entscheidungen ist nicht angängig. — Die Gebührenfestsetzung durch einen beauftragten Richter gilt als eine solche durch das Gericht, welchem er angehört.

6. Aus der Praxis. a) **RG.** JW. **00** 495 Ziff. 6, GruchotsBeitr. **44** 1189. α. Diese Vorschrift hat nur eine Berichtigung im Interesse der Staatskasse im Auge und kann zur Festsetzung erhöhter Gebühren nicht führen. β. Anzuwenden sind auch die Vorschriften der ZPO. über die Höhe der Beschwerdesumme, so daß gegen die Festsetzung eines OLG. die Beschwerde nur stattfindet, wenn der Zeuge um mehr als 100 M. verkürzt ist. γ. Nach ständiger Praxis des RG. gilt die von einem beauftragten Richter vorgenommene Festsetzung der Zeugengebühren mit Bezug auf die Beschwerde als eine Entscheidung des Prozeßgerichts, welche ihn mit der Beweiserhebung beauftragt hat (vgl. **RG. 17** 352). Ebenso HessRspr. **5** 145, R. **05** 169 (Darmstadt). b) **RG.** JW. **01** 721, R. **01** 594. Die von einem beauftragten Richter des Oberlandesgerichts getroffene Festsetzung

der Zeugengebühren steht einer Tätigkeit des Oberlandesgerichts im Sinne des § 17 und der ZPO. § 567 Abs. 2 gleich. c) **RG. 55** 312, R. **03** 507. Diese Beschwerde steht nur dem empfangsberechtigten Zeugen oder Sachverständigen zu, die zahlungspflichtige Partei hat nur das Recht der Erinnerung aus § 4 GKG. AA. OLG. **13** 271 (Kiel) Die Beschwerde des Abs. 3 steht nicht nur dem Empfangsberechtigten, sondern allen zu, die durch Festsetzung der Gebühren beschwert werden, z. B. der Partei, welcher die gezahlte Gebühr in Rechnung gestellt wird, ebenso wie der Staatsanwaltschaft. d) **RG. 63** 244, JW. **06** 395. Eine Anfechtung der Festsetzung von Sachverständigengebühren durch die Oberlandesgerichte findet nicht statt. e) OLG. **6** 108 (KG.). Die Vorschriften über die Beschwerde nach der ZPO. finden auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung, zuständig ist auch in diesen Angelegenheiten nicht das KG., sondern das dem LG. vorgesetzte OLG. f) R. **07** 1272 Ziff. 3201 (Colmar). Ein Zeuge, der es schuldhaft verabsäumt, dem Gerichte davon Anzeige zu erstatten, daß er sich in entfernter Gegend auf Reisen befindet, hat keinen Anspruch auf Ersatz der durch die Reise von seinem damaligen Aufenthaltsorte nach dem Orte der Beweisaufnahme entstandenen Kosten. g) OLG. **13** 269 (Celle). Die Festsetzung der Vergütung eines zum Sachverständigen bestellten Kreisarztes, der ein Gutachten über die schädliche Wirkung von Fabrikabgasen zu erstatten und deshalb die Umgebung der Fabrik zu besichtigen hatte, erfolgt nach § 17 — nicht nach dem Gesetze vom 9. März 1872.

Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher

in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.

Literatur: Pfafferoth, Das deutsche Gerichtskostenwesen (8) 365—391. 1903. — Pörschel, GKG. und GebO. (2) 157 ff. 1901. — Schmidt (v. Reisenegger), GKG. und GebO. (3) 196 ff. 1905.

Einleitung. 1. Friedrichs, Handbuch des Gebühren- und Kostenwesens 75. Die GVGebO. findet Anwendung: a) auf die vor die ordentlichen Gerichte gehörigen Rechtssachen, auf welche die ZPO., StPO. oder KO. Anwendung finden; b) auf die nach den Vorschriften der deutschen Prozeßordnungen auszuführenden Zwangsvollstreckungen und Zustellungen in Angelegenheiten, welche vor besondere Gerichte gehören oder durch die deutschen Prozeßordnungen nicht betroffen werden (PrG. vom 27. September 1899, enthaltend die landesgesetzlichen Vorschriften über die Gebühren der RA. und GV., Art. 19), namentlich aus Urteilen und Vergleichen der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte; c) auf die Vollstreckung gerichtlicher Anordnungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (PrG. vom 27. September 1899 und JMinVf. vom 8. Dezember 1899, JMBl. 721); d) auf die Ladung zur Leistung des Offenbarungseids und die Verhaftung zur Erzwingung der Eidesleistung im Verwaltungszwangsverfahren (JMinVf. vom 8. Dezember 1899 und GVO. vom 31. März 1900, JMBl. 345); e) auf die Einziehung von Gerichtskosten, welche zusammen mit kriminellen Geldstrafen beizutreiben sind (GVO. § 59); f) auf alle Aufträge, welche von anderen als preuß. Staatsbehörden ergehen (GVO. § 61); g) auf alle Zwangsvollstreckungshandlungen, für welche nicht der Tarif zur V. vom 7. September 1879 (4. August 1884 / 15. November 1899) betr. das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen (GS. **99** 545) ausdrücklich für anwendbar erklärt worden ist (Vf. vom 8. Dezember 1899 § 6).

2. Pfafferoth 365. Nach dieser Gebührenordnung sind auch die Gebühren und Auslagen der beim Reichsgerichte mit den Zustellungen beauftragten

Beamten zu berechnen (vgl. RZentrBl. **83** 159). Die GebO. gilt ferner in den Konsulargerichtsbezirken mit der Maßgabe, daß dort Gebühren in doppeltem Betrag erhoben werden (§§ 19, 73 KonsGG. vom 7. April 1900, RGBl. 213), sowie in den Schutzgebieten (Vf. d. Reichskanzlers vom 28. November 1901).

§ 1. 1. Pörschel 157. Die GVGebO. regelt nicht nur sachlich die Bezüge des Gerichtsvollziehers für Aufträge, welche ein Verfahren der im § 1 bezeichneten Art betreffen, sondern auch das Verfahren bei dem Streite desselben mit dem Auftraggeber über das Bezugsrecht, dessen Höhe und die Fälligkeit als einen zur Zuständigkeit des Gerichts der Sache gehörigen Nebenstreit. Dies gilt auch für die Staatskasse (vgl. BadAnn. **53** 169).

2. Pfafferoth, der 366 die Geschäfte aufzählt, welche reichsgesetzlich den GV. zugewiesen sind, bemerkt 367: Für jedes einzelne von dem GV. erledigte Geschäft ist die Gebühr, welche dieses Gesetz in den §§ 1—11 für die bezügliche Art seiner Tätigkeit vorsieht, als Bauschgebühr zu erheben. Eine Gebühr kann der GV. nur dann beanspruchen, wenn er eine entsprechende Berufstätigkeit geleistet hat. In Anbetracht des Kostenansatzes tritt eine Sonderung der Dienstverrichtungen zunächst nach den die Verrichtungen veranlassenden einzelnen Aufträgen ein; bezüglich der infolge eines Auftrags nötig werdenden mehreren verschiedenen Amtshandlungen ergibt sich eine weitergehende Teilung daraus, ob die GebO. für jedes einzelne Geschäft eine Gebühr besonders vorsieht, ohne durch die Gebühr andere mit dem Geschäfte zusammenhängende Verrichtungen gleichzeitig mitvergüten zu wollen. Ein Zusammenziehen oder gegenseitiges Absorbieren von Gebühren für verschiedene Geschäfte aus dem Grunde, weil sie in derselben Rechtsangelegenheit und in derselben Instanz erwachsen und vorgenommen sind, kennt die GVGebO., abgesehen vom Falle des § 17 Abs. 2, nicht.

3. Grundsätze von allgemeiner Bedeutung enthält die Vf. des preuß. Justizministers vom 16. Februar 1903, JMBl. 36.

§ 2. 1. Schmidt 199. Die Gebühr für eine Zustellung kann nur dann angesetzt werden, wenn die Zustellung wirklich zur Ausführung gekommen ist, nicht aber auch dann, wenn die Wohnung des Schuldners von dem an Ort und Stelle erschienenen GV. nicht aufgefunden werden konnte.

2. Pfafferoth 369. Die ermäßigte Zustellungsgebühr kommt in Ansatz, wenn und solange mit der betreffenden Sache ein Amtsgericht oder Schöffengericht befaßt ist, ohne Rücksicht auf die sachliche Zuständigkeit. In Rechtshilfesachen kommt es darauf an, ob die Beistandleistung von einem Amtsgericht oder von einem höheren Gerichte begehrt wird.

3. Aus der Praxis. OLG. **3** 124 (Celle). Die Ermäßigung der Gebühren für die Zustellung von Anwalt zu Anwalt, die ihren Grund in der geringeren Mühewaltung des Gerichtsvollziehers bei solcher Zustellung hat, findet nur dann statt, wenn die Zustellung in der Form des § 198 ZPO. bewirkt wird, für eine Ersatzzustellung, die deshalb erforderlich wurde, weil der Anwalt nicht angetroffen wurde (§ 183 Abs. 2 ZPO.), ist die volle Gebühr zu erheben.

§ 3. Vgl. Vf. d. preuß. Justizministers vom 16. Februar 1903, JMBl. 36.

§ 4. 1. Pfafferoth 372. § 13 GKG. und § 4 ZPO. sind hier nicht anwendbar, da das Gesetz auf diese Vorschriften nicht Bezug nimmt. Die „beizutreibende Forderung" begreift deshalb unterschiedlos Hauptforderung und Nebenforderungen, und zwar die letzteren bis zum Tage der Zwangsvollstreckungshandlung. Die Kosten der Schuldtitelzustellung kommen nur dann in Betracht, wenn sie im Kostenfestsetzungsbeschlusse mit berücksichtigt sind.

2. OLG. 2 272 (Hamm). Wenn der GV. für einen oder mehrere Gläubiger aus mehreren Schuldtiteln bei demselben Schuldner gleichzeitig pfändet, so ist das im Sinne der Gebührenerhebung eine Pfändung. § 17 Abs. 2 greift nur Platz, wenn gegen verschiedene Schuldner Geschäfte vorgenommen werden.

§ 6. Pfafferoth 375. Die Bestimmung erstreckt sich auch auf die Wegnahme von Urkunden über eine dem Gläubiger überwiesene Forderung des Schuldners gegen einen Dritten (§ 836 ZPO.).

§ 7. Pfafferoth 376 und Schmidt 203 betonen, daß die Gebühr des § 7 für die gesamte Tätigkeit des GV. anläßlich der Versteigerung einschließlich der Vorbereitung derselben, Abholen der Pfandsachen, Zuziehung eines Ausrufers, Empfangnahme, Aufbewahrung und Ablieferung des Versteigerungserlöses, gewählt wird (vgl. § 12 Ziff. 4).

§ 9. 1. Pfafferoth 377. Der § 9 bezieht sich nur auf Verhaftungen oder zwangsweise Vorführungen nach der ZPO. oder KO., findet also keine Anwendung auf den Vollzug von Haft- oder Vorführungsbefehlen im Strafverfahren.

2. Meyer, JustdRundsch. 3 171. In Bayern sind die Berufsgenossenschaften, wenn sie die Verhaftung des Schuldners beantragen, von der Zahlung der Gebühr des § 9 nicht befreit.

3. OLG. 4 269 (KG.). Die Verhaftungsgebühr ist eine von der Höhe der beizutreibenden Forderung unabhängige, lediglich die Mühewaltung des Gerichtsvollziehers für die Verhaftung und Ablieferung abgeltende Bauschgebühr. Die Verhaftung einer Person ist ein einziges Dienstgeschäft, auch wenn sie gleichzeitig von mehreren Gläubigern beantragt ist.

§ 11. Schmidt 207. Als „gezahlter Betrag", aus welchem die Gebühr des § 11 zu berechnen ist, kommt in Betracht, was der GV. zur Deckung dessen, was er zu vollstrecken hatte, bekommen hat. Nicht in die gebührenpflichtige Summe mit einzurechnen sind die Gebühren und Kosten des GV., auch wenn ihm dieselben vom Schuldner gleichzeitig mit eingehändigt wurden.

§ 12. Pfafferoth 382. Zu den Vollstreckungshandlungen (Ziff. 2) gehören nicht die Zustellungen gemäß §§ 829 Abs. 2, 840, 843, 845, 857 ZPO., ebensowenig die Zustellung des Schuldtitels, mit der die Instanz abschließt (§ 750 ZPO.).

§ 17. 1. Pfafferoth 385. Als Endpunkt der Reise gilt stets „Ort und Stelle", d. h. der Platz, von welchem aus dem Gerichtsvollzieher unmittelbar die Vollziehung der von ihm vorzunehmenden Zwangsvollstreckungshandlung möglich ist.

2. Schmidt 215. Der Ausdruck „Geschäft" im Abs. 2 bedeutet nichts anderes als der Ausdruck „Amtshandlung" im Abs. 1.

3. Aus der Praxis. **a)** OLG. 3 124 (Celle). Weitere Aufwendungen (Droschkengelder) sind auch dann nicht zu vergüten, wenn sie zur Wahrung einer Frist notwendig waren. Dem Gerichtsvollzieher ist sogar die Annahme des Droschkengeldes untersagt. **b)** OLG. 3 123 (KG.). Auch bei eiligen Zustellungen außerhalb des Bezirkes kann das tatsächlich gezahlte Droschkenfahrgeld nicht liquidiert werden. **c)** BadRpr. 02 223 (Karlsruhe). Die amtliche Entfernungstabelle (nicht die wirkliche Entfernung vom Amtssitz) ist für die Berechnung der Wegegelder maßgebend. **d)** OLG. 2 272 (Hamm). Der § 17 Abs. 2 bezieht sich nur auf den Fall, daß auf derselben Reise am gleichen Orte und aus einer und derselben Rechtsangelegenheit gegen mehrere Schuldner Geschäfte vorzunehmen sind; er stellt keinen allgemeinen Grundsatz dafür auf, was als ein Geschäft im Sinne der GebO. aufzufassen sei.

§ 19. a) Ullmann, PosMSchr. **02** 153. Der Rechtsanwalt des Gläubigers haftet nicht dem von ihm beauftragten Gerichtsvollzieher für die Zwangsvollstreckungskosten (vgl. auch Kirschner ebenda 173). Zur Frage der Haftung des Rechtsanwalts für Gerichtsvollziehergebühren. **b)** OLG. **4** 364, KGBl. **02** 59 (KG.). Der RA., der namens seiner Partei einen Auftrag erteilt hat, wird nicht Schuldner der dem GV. erwachsenden Gebühren und Auslagen.

§ 20. a) Pfafferoth 388. Die Erledigung des einem GV. erteilten Auftrags kann durch vollständige Ausführung desselben, gerichtsseitige Unterbrechung, Tod oder längere Krankheit des GV., wodurch die Übertragung des Auftrags auf einen anderen GV. erforderlich wird, und auch durch ausdrückliche Zurücknahme des Auftrags oder ein dahin zu deutendes Verhalten des Auftraggebers eintreten. Verlängert der Auftraggeber das Mandat dadurch übermäßig, daß er dem Schuldner wiederholt längeren Ausstand gibt, so wird es dem GV. erlaubt sein, nach vorheriger Aufkündigung durch Rückgabe des Schuldtitels den Auftrag für erledigt zu erklären. **b)** **RG. 49** 399. Zahlung der Hauptschuld hindert nicht die Fortführung der Zwangsvollstreckung wegen der zu Lasten des Schuldners erwachsenen Vollstreckungskosten, insbesondere der Gebühren und Auslagen des Gerichtsvollziehers. **c)** OLG. **4** 365 (KG.). Ob im Sinne des Satz 2 auch der Prozeßbevollmächtigte als Auftraggeber aufzufassen sei, steht dahin. Jedenfalls hat die Vorschrift nur die Bedeutung, daß der Gerichtsvollzieher bei Nichteinlösung der Sendung die Aushändigung der von ihm aufgenommenen Urkunde an den Rechtsanwalt verweigern darf (Just. MinVf. vom 20. Juni 1901 I. 4192). Der Rechtsanwalt ist nicht persönlicher Kostenschuldner.

§ 22. a) OLG. **4** 364 (KG.). Der Gerichtsvollzieher selbst hat das Beschwerderecht dann nicht, wenn die Entscheidung des Gerichts eine seine Amtsführung regelnde Anweisung der vorgesetzten Behörde ist, wohl aber, wenn er an der Aufhebung der Entscheidung ein eigenes persönliches Interesse hat. Dies Interesse besteht auch an solchen Gebühren, die zur Staatskasse fließen. **b)** R. **01** 75 (KG.). Auch auf diejenigen landgerichtlichen Beschlüsse, welche bei Erinnerungen gegen den Ansatz von Gebühren oder Auslagen des GV. gemäß § 22 ergehen, findet § 568 Abs. 3 Anwendung. **c)** PosMSchr. **03** 199 (Marienwerder). Die weitere Beschwerde des Gerichtsvollziehers bei einem Gebührenstreit ist von dem Vorhandensein einer 50 Mark übersteigenden Beschwerdesumme auch dann abhängig, wenn es sich nicht um Zustellungs-, sondern um Zwangsvollstreckungskosten handelt.

§ 24. **RG. 62** 353. Aus der durch § 6 GKG. den Gerichten bezüglich der Gerichtsgebühren beigelegten Befugnis der Niederschlagung kann eine gleiche Befugnis bezüglich der Gerichtsvollziehergebühren auch dann nicht abgeleitet werden, wenn von dem im § 24 Abs. 2 GVGebO. vorgesehenen Vorbehalte bundesstaatlicherseits Gebrauch gemacht und den Gerichtsvollziehern eine anderweitige Vergütung gewährt ist.

§ 25. Pfafferoth 391. Die GVGebO. ist von den Bundesstaaten mit Ausnahme von Sachsen, Württemberg, Baden, Oldenburg und Lübeck im großen und ganzen auch auf die Zwangsvollstreckungen und Zustellungen in Sachen, welche vor besondere Gerichte gehören oder welche von den Prozeßordnungen nicht betroffen werden, für anwendbar erklärt worden. Vgl. für Preußen G. vom 27. September 1899 (GS. 381), Vf. vom 8. Dezember 1899 (JMBl. 721) und 16. Februar 1903 (JMBl. 36); für Bayern AllerhV. vom 16. Dezember 1899 (GuVBl. 1028); für Sachsen (SächsJMBl. **92** 9).

Gebührenordnung für Rechtsanwälte

in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898.

Literatur: 1. Kommentierte Ausgaben: Drucker. Leipzig 1904. — Merzbacher. München 1900. — Meyer-Irmler (3). Berlin 1899. — Pfafferoth (4). Berlin 1905. — Walter-Joachim (5). Berlin 1908. — Willenbücher (6). Berlin 1906. — 2. Sonstiges: van Aken, Die Gebühr des Rechtsanwalts für Mahnbriefe, Kündigungsschreiben und Verzugssetzungen, JW. **01** 118. Ders., Wann ist ein Vergleich vor dem Richter abgeschlossen? JW. **02** 247. — BadRpr. **01** 341 f. Wann ist ein Vergleich vor dem Richter abgeschlossen? — Basedow, Die Erhebungsgebühr nach § 87 RAGebO., HansGZ. **07** Beibl. 89. — Begemann, Gebühren des Rechtsanwalts in den Fällen des § 30 Ziff. 2 RAGebO., BuschsZ. **28** 447. — Hagen, Steht dem Rechtsanwalt des Privatklägers mit Rücksicht auf § 73 Abs. 1 die Gebühr für die Vertretung im Vorverfahren zu? JustdBl. **1** 118. — Irmler, Notwendigkeit und Ziele einer Revision der GebO. — Landsberg, Anwaltsgebühren bei Vertagungen, Pos. MSchr. **02** 1. — Lichten, HessRAGebO. Mainz 1903. — Mayer, Die Erstattungsfähigkeit der Inkassogebühr, SächsA. **1** 49. — Schanz, Bestimmt sich die Vergütung des Rechtsanwalts für die Erwirkung einer Zwangshypothek nach Reichsrecht oder nach Landesrecht? JW. **05** 196 ff. — Thiesing, Die Anwaltsgebühren in den Verfahrensarten ohne Eröffnungsbeschluß, JW. **06** 100. — Türk, Über die beratende Tätigkeit des Anwalts, welche den Beginn und die Fortsetzung eines bürgerlichen Rechtsstreits betrifft, JW. **02** 285. — JW. **01** 196. Kann ein Rechtsanwalt als von Amts wegen bestellter Verteidiger für den Antrag auf Anweisung der ihm zustehenden Gebühren und Auslagen für die von ihm geführte Verteidigung die Erstattung der Auslagen für den Antrag verlangen?

Einleitung. 1. Joachim 15 ff. behandelt das Verhältnis der GebO. zu anderen Reichsgesetzen, insbesondere zum BGB. und gibt Auslegungsgrundsätze unter Betonung von Billigkeitsrücksichten.

2. Friedrichs, Handbuch des Gebühren- und Kostenwesens 153. Die RAGebO. findet Anwendung: a) in jedem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten, auf welches die ZPO., StPO. und KO. Anwendung findet; b) im schiedsrichterlichen Verfahren; c) in den vor besondere Gerichte gehörigen Rechtssachen, auf welche die ZPO. oder StPO. Anwendung findet (PrG. vom 27. September 1899 enthaltend die landesgesetzlichen Vorschriften über die Gebühren der RA. und GV. Art. 2 Ziff. 1); d) im Verwaltungsstreitverfahren (aaO. Art. 2 Ziff. 3); e) im Verfahren vor dem Bundesamte für das Heimatwesen (aaO. Art. 2 Ziff. 4); f) im Verfahren wegen Nichtigkeit oder Zurücknahme eines Patents (§ 91 Ziff. 2); g) im Rechtsmittelverfahren betr. die Veranlagung von Staatssteuern (PrGebO. Art. 2 Ziff. 5); h) im Forststrafverfahren (aaO. Art. 2 Ziff. 2); i) im Verwaltungsstrafverfahren (aaO. Art. 2 Ziff. 6) k) im Disziplinarverfahren (§ 91 Ziff. 3, 4 u. aaO. Art. 2 Ziff. 7); l) bei der Untersuchung von Seeunfällen (§ 91 Ziff. 5); m) auf die beratende Tätigkeit des RA., welche den Beginn oder die Fortsetzung eines solchen Verfahrens betrifft (§ 91 u. aaO. Art. 2).

3. Die landesgesetzlichen Gebührenvorschriften sind enthalten in den Gesetzen bzw. Verordnungen: für Preußen vom 27. September/6. Oktober 1899 (GS 381), für Bayern vom 26. März 1902 (GuVBl. 133), für Sachsen vom 22. Juni 1900 (GuVBl. 364), für Württemberg vom 27. September 1879 (RegBl. 406) u. vom 14. November 1899 (RegBl. 964), für Baden vom 16. September 1879 (GuVBl. 687) u. vom 14. Januar 1902 (GuVBl. 40). Vgl. im übrigen Joachim 537 f. betreffs der kleineren Staaten.

§ 1. 1. Joachim 26. Die Inanspruchnahme der Berufstätigkeit des RA. enthält einen Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB., der den Dienstberechtigten zur Gewährung einer Vergütung für die Dienste verpflichtet. Diese Vergütung kann nach § 612 beansprucht werden, auch wenn eine besondere darauf ge-

richtete Vereinbarung nicht getroffen ist. Bezüglich der Höhe der Vergütung greift aber § 612 nicht Platz, da nach Art. 32 EGBGB. die Vorschriften der RA. GebO. neben dem BGB. in Kraft geblieben sind.

2. Willenbücher 88. Läßt sich der Anwalt vertreten, so ist, wenn die Vertretung durch einen anderen RA. oder durch einen im Justizdienste befindlichen Rechtskundigen erfolgt, der mindestens 2 Jahre im Vorbereitungsdienst und von der Landesjustizverwaltung gemäß § 25 Abs. 1, 2 RAO. zum Stellvertreter bestellt ist, die Tätigkeit des Vertreters ebenso zu vergüten, als wenn sie vom RA. selbst geübt wäre. Ebenso die meisten anderen Kommentatoren gemäß **RG. 21** 349. — Drucker 2 ff. will das auch für diejenigen Handlungen gelten lassen, die der RA. durch einen mindestens 2 Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigten, ihm nicht durch Anordnung der Landesjustizverwaltung zum Stellvertreter bestellten Rechtskundigen ausüben läßt.

3. *Türk aaO. erörtert zunächst, welche systematische Bedeutung es hat, daß § 1 aaO. die Bestimmungen der Gebührenordnung auf die den Beginn oder die Fortsetzung eines Verfahrens betreffende beratende Tätigkeit ausdehnt. Es wird hieran die begriffliche Bestimmung geknüpft, was unter solcher Ratserteilung zu verstehen ist, um den Umfang darzutun, in welchem durch die Ausdehnungsvorschrift des § 1 die beratende Tätigkeit des Anwalts der Vergütung nach Reichsrecht unterliegt. Das Wort „betreffen“ sei gleichbedeutend mit „Beziehung haben“. Es brauche indessen die Beziehung der Ratserteilung auf den Beginn oder die Fortsetzung eines Verfahrens keine unmittelbare zu sein und der Rat nicht direkt diesem Zwecke zu dienen. Vielmehr genüge es, wenn die Ratserteilung hierauf auch nur mittelbar und zwar dadurch Bezug habe, daß der Anwalt bei Erteilung des Rates die Möglichkeit des Beginns oder der Fortsetzung eines Verfahrens in Betracht ziehen und den Rat danach einrichten müsse. Letzteres sei in allen Angelegenheiten der Fall, welche bereits einen streitigen Charakter gewonnen hätten, wozu in weiterem Sinne auch diejenigen zählten, die erst in der Ausgestaltung zu einem Streitfalle begriffen seien, d. h. Streit als bevorstehend in Aussicht stellten. Es folgt die Erläuterung des hierdurch erweiterten Gegenstandes der unter § 1 fallenden Ratserteilung und die beispielsweise Aufzählung einer Anzahl dem Vorbereitungsstadium eines bürgerlichen Rechtsstreits angehörender Akte streitigen Charakters, welche Ratserteilung aus § 1 zu veranlassen pflegen. Alsdann wird die Grenze der Ausdehnungsvorschrift des § 1 dahin gezogen, daß durch diese Vorschrift nur die beratende, nicht auch die sonstige Tätigkeit des Anwalts im Vorbereitungsstadium eines Verfahrens von der DGebO. mitumfaßt ist, also z. B. nicht Zahlungsaufforderungen, Mahnungen und Kündigungen, welche lediglich nach landesgesetzlicher Gebührenvorschrift zu vergüten sind, selbst im Zusammenhange mit einem bedingten Klagauftrage, der regelmäßig nur als ein suspensiv bedingter zu beurteilen ist. Hieran schließt sich die Betrachtung der Fälle, in denen die Ratserteilung aus § 1 in Verbindung mit einer dem Anwalt aufgetragenen weiteren Tätigkeit erscheint. Ist der weitere Auftrag die Folge der Ratserteilung, so bildet der Rat nur einen Teil des aufgetragenen weiteren Geschäfts und ist mit diesem, nicht neben ihm noch besonders zu honorieren. Steht eine Ratserteilung aus § 1 mit einer weiteren Tätigkeit des Anwalts, welche landesgesetzlich zu honorieren sein würde, in solcher Verbindung, so führt dies zur Anwendung des § 92 DGebO. Alsdann wird noch der Inhalt der Ratserteilung aus § 1 erörtert, insbesondere im Gegensatze zu der bloßen Vorbesprechung und zu der Ausführungstätigkeit eines anderen Geschäfts. Den Schluß bilden Betrachtungen über den unaufgefordert erteilten Rat.

4. Aus der Praxis. a) **RG.** JW. **03** 28. Unter die beratende Tätigkeit des RA. fällt nicht bloß die eigentliche Ratserteilung, sondern die ganze das gerichtliche Verfahren, besonders dessen Beginn, vorbereitende Tätigkeit, auch soweit sie

auf Beschaffung des erforderlichen Materials gerichtet ist. **b)** OLG. **3** 167 (Karlsruhe). Eine Gebühr für eine Mahnung wegen einer bereits fälligen Forderung durch den mit eventuellem Klagauftrage versehenen RA. des Gläubigers gehört nicht zu den Prozeßkosten und ist nicht zu erstatten. **c)** OLG. **9** 168 (Hamburg). Für die Höhe der dem RA., welcher als Vorsitzender einer Gläubigerkommission tätig war, aus der Masse zukommenden Vergütung sind nicht die Grundsätze maßgebend, nach welchen das dem Anwalte von seinem Auftraggeber zu zahlende Honorar zu bemessen ist. Ebenso OLG. **11** 342 (Karlsruhe). **d)** OLG. **15** 180 (KG.). Allerdings bestimmt die RAGebO. auch die Vergütung für die beratende Berufstätigkeit, welche den Beginn oder die Fortsetzung eines Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten betrifft, so daß sie auch zur Anwendung kommt, wenn die beratende Tätigkeit zur Einleitung eines Rechtsstreits überhaupt nicht geführt hat. Voraussetzung ist aber stets, daß die Intention des Auftraggebers darauf gerichtet war, die Tätigkeit des RA. zum Zwecke des Beginns oder der Fortsetzung eines gerichtlichen Verfahrens in Anspruch zu nehmen.

§ 3. a) SächsOLG. **21** 453 (Dresden). Vertritt der nämliche Anwalt mehrere Streitgenossen, so haftet, falls das Streitobjekt für die mehreren Streitgenossen identisch ist, jeder Streitgenosse dem Anwalte gegenüber solidarisch für die Gebührenforderung (**RG. 31** 406). Verlangt aber Kläger von jedem der Beklagten einen anderen Streitgegenstand, so daß es sich um mehrere verschiedene Prozesse handelt, die nur wegen des im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grundes verbunden worden sind, so haftet jeder der Streitgenossen seinem Anwalte nur in Höhe der Gebühr, die entstanden sein würde, wenn eine Verbindung nicht stattgefunden hätte. Der Anwalt hat die Gebühren nach dem durch Zusammenrechnung sämtlicher Streitgegenstände gefundenen Streitwerte zu liquidieren. **b)** SächsOLG. **22** 511 (Dresden). Für die Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten eines von mehreren Streitgenossen ist die Vorschrift des § 3 RAGebO. nicht unmittelbar maßgebend. Sie betrifft zunächst nur das Rechtsverhältnis mehrerer Auftraggeber zum gemeinsamen Anwalt. Insoweit sie ihm hiernach als Gesamtschuldner haften, haben sie untereinander doch nur zu dem Gesamtschuldbetrage nach Maßgabe ihrer Beteiligung am Rechtsstreite beizutragen. Vom kostenpflichtigen Gegner können sie der Regel nach nur die Erstattung derjenigen Kosten fordern, die sie in ihrem Verhältnisse zu ihren Streitgenossen zu den Kosten des gemeinsamen Anwalts beizutragen haben. Einen weitergehenden Ersatzanspruch kann der einzelne Streitgenosse unter Berufung auf seine gesamtschuldnerische, dem Anwalte gegenüber bestehende Haftung nur erheben, wenn er glaubhaft macht, daß er die Kostenrechnung des gemeinsamen Anwalts in vollem Umfange berichtigt hat und daß er Ersatz von dem Anteile, zu welchem sein Streitgenosse zu den gemeinsamen Kosten beizutragen hat, von diesem wegen dessen Zahlungsunfähigkeit nicht erlangen kann. — Dazu R. **05** 317 Ziff. 1520, PfälzRspr. **2** 31 (Zweibrücken). Im Kostenerstattungsverfahren ist dann, wenn von zwei durch denselben Anwalt vertretenen Streitgenossen der eine obsiegt, der andere unterliegt, im Falle gleicher Beteiligung im Rechtsstreite der obsiegende Streitgenosse dem ihm unterlegenen Prozeßgegner gegenüber nur mit dem Anspruch auf Erstattung der Hälfte der Gebühren und Auslagen des gemeinschaftlichen RA. zuzulassen. Ebenso SchlHolstAnz. **05** 155 (Kiel). **c)** ThürBl. **51** 91 (Jena). Der § 3 betrifft nur das Verhältnis der mehreren Auftraggeber zu ihrem Anwalt und ist nicht der Erstattungspflicht gegenüber dem unterliegenden Gegner zugrunde zu legen. § 3 macht keinen Unterschied darin, ob die mehreren Auftraggeber eine einheitliche Prozeßpartei oder ob sie mehrere selbständige Prozeßparteien bilden. **d)** ElsLothJZ. **26** 404 (Colmar). Siegt von zwei durch denselben Anwalt vertretenen Auftraggebern nur der eine, so kann er nur die Hälfte der gemeinsamen Kosten ersetzt fordern, vorbehaltlich eines Erstattungsbegehrens in

einem Nachverfahren, wenn er etwa für das Ganze den Anwalt bezahlt haben sollte, ohne von seinem Streitgenossen Ersatz erhalten zu können.

§ 7. 1. Willenbücher 94. Eigene Angelegenheiten des RA. sind sowohl diejenigen, die ihn, gleichviel aus welchem Rechtsgrunde, persönlich als Träger von Rechten und Verbindlichkeiten treffen, als auch diejenigen, die er als gesetzlicher Vertreter, z. B. als Inhaber der elterlichen Gewalt, Vormund, Pfleger, Konkurs-, Zwangs- oder Nachlaßverwalter, Testamentsvollstrecker betreibt. Ebenso Sydow-Busch.

2. PosMSchr. **03** 96 (Königsberg). Der RA., welcher als Konkursverwalter Prozeßpartei im landgerichtlichen Prozeß, aber beim Landgerichte nicht zugelassen ist, kann für Wahrnehmung von Beweisterminen beim ersuchten Amtsgericht und für Stellung von Zwangsvollstreckungsanträgen Gebühren nach der RAGebO. verlangen. Ebenso Willenbücher; aM. Joachim.

§ 9. 1. Joachim 82 ff. Streitgegenstand ist das vom Kläger geltend gemachte Recht in der durch den Klagantrag gegebenen Begrenzung; letzterer ist von maßgebender Bedeutung, so daß der Streitgegenstand auch keine Änderung dadurch erleidet, daß die Parteien in den Prozeßvergleich noch andere Gegenstände hineinziehen; bei der Festsetzung des Streitwerts kommen letztere nicht in Betracht. Ebenso OLG. **2** 427 (KG. und Celle), OLG. **15** 488 (Hamburg), R. **05** 372 Ziff. 1708 (Jena). — Dagegen KGBl. **05** 43, R. **05** 285 Ziff. 1384 (KG.). — Ob bei der Kostenfestsetzung auf Grund eines gerichtlich abgeschlossenen Vergleichs die Gesamtvergleichsgebühr oder die Vergleichsgebühr nur dem eigentlichen Streitgegenstande des Rechtsstreits gemäß zu berücksichtigen ist, ist streitig; die Festsetzung der Gesamtvergleichsgebühr haben zugelassen die OLG. Naumburg (NaumburgAK. **95** 7), Cöln (DJZ. **03** 60) und das KG. (KGBl. **02** 15, **05** 44). Die Vergleichsgebühr des Anwalts, bezüglich des nicht im Prozesse befangenen Gegenstandes, richtet sich nach § 13 GebO. (vgl. Art. 14 PrGebO. vom 27. September 1899) und ist im Kostenfestsetzungsverfahren erstattungsfähig, sofern nach dem Willen der Parteien die Kosten des Vergleichs wie die Prozeßkosten behandelt werden sollen. Ebenso **RG.** KGBl. **01** 12 und NaumburgAK. **00** Ziff. 12 zu § 11 (vgl. unten Ziff. 2). Dagegen Meyer-Irmler 47. Werden durch den Vergleich noch andere, nicht im Prozesse befangene Streitpunkte erledigt, so hat der RA. zwar auch hierfür eine besondere Vergütung zu beanspruchen; dieselbe ist aber nicht direkt nach § 13, sondern dann, wenn der durch den Vergleich erledigte Streit an sich unter § 1 fallen würde, nach Analogie der §§ 13, 9 RAGebO. und sonst nach Landesgesetz zu bestimmen. Dagegen auch OLG. **6** 388 (Marienwerder). — PosMSchr. **01** 145 (Posen) führt aus: Die Vergleichsgebühr ist stets nur nach dem Werte des zur Entscheidung stehenden Gegenstandes, dem Objekte des Rechtsstreits, zu erheben. Dies gilt auch, wenn das Vergleichsobjekt den Wert des Prozeßgegenstandes überschreitet. Daraus folgt jedoch nicht, daß dem RA., der einen gerichtlichen Vergleich schließt, durch den noch andere als in dem betreffenden Rechtsstreite befangene Ansprüche erledigt werden, hierfür keine Vergütung zukomme. Diese Vergütung ist vielmehr auf Grund des § 89 in Verbindung mit § 13 Ziff. 3 RAGebO. zu gewähren. Sie ist aber nicht ohne weiteres im Festsetzungsverfahren festzusetzen. Denn der Anspruch auf diese Gebühr steht dem Anwalte zunächst nur gegen seinen Auftraggeber zu. Nur wenn im Vergleich eine Vereinbarung auch über die Tragung der Gebühren getroffen ist, kann behufs ihrer Erstattung eine Festsetzung im Festsetzungsverfahren erfolgen; andernfalls sind in dieser Hinsicht nach § 98 ZPO. die Kosten beider Parteien als gegeneinander aufgehoben anzusehen.

2. a) **RG.** JW. **00** 47, 827. Unerheblich für die Berechnung des Streitwerts ist, in welcher Art der Beklagte gegen die Klage sich verteidigt, insbesondere, ob er durch Zugeständnisse den Umfang des Streitstoffs verringert. — OLG. **2** 430 (Stuttgart).

Der Streitwert ist lediglich nach dem Klagantrage zu berechnen, wenn der Beklagte nur die Fälligkeit oder die vom Kläger geforderte Art der Erfüllung bestreitet. **b)** **RG.** **00** 520, 747, 827. Wird aus einem gegenseitigen Rechtsgeschäft auf Erfüllung Zug um Zug gegen die schuldige Gegenleistung geklagt, so bestimmt nicht das wirtschaftliche Interesse des Antragstellers an der Durchsetzung der Klageforderung den Streitgegenstand und dessen Wert, sondern der klagend geltend gemachte Anspruch selbst; dieser aber ist auf die Leistung gerichtet und deshalb bestimmt nur die Leistung ohne Abzug der für dieselbe aufzuwendenden Gegenleistung den Streitwert. **c)** **RG.** **57** 411. Bei einer Feststellungsklage, welche die unmittelbare Realisierung der festzustellenden Forderung bezweckt, bestimmt der Betrag der Forderung den Streitwert; ob der Geldwert der Forderung in der Klage ziffermäßig bestimmt ist oder nicht, macht keinen Unterschied. **d)** **RG.** JW. **00** 179, **01** 57, **02** 253, GruchotsBeitr. **46** 1042. Ist bei Feststellungsklagen nicht eine bestimmte Summe als der Betrag des festzustellenden Anspruchs angegeben, so ist der Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen festzusetzen. Ebenso R. **01** 124 (Dresden); vgl. auch **RG.** JW. **06** 755. **e)** **RG.** JW. **03** 180. Bei Klagen auf Duldung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück ist der Grundstückswert, soweit er noch nicht frei ist, also abzüglich der Hypotheken, maßgebend. **f)** **RG.** **54** 411. Bei Einklagung einer Forderung gegen den Erben des ursprünglichen Schuldners ist es für die Festsetzung des Streitwerts ohne Bedeutung, daß die Klage auf Zahlung aus den Mitteln und nach dem Bestande des Nachlasses gerichtet ist.

§ 10. Vgl. oben die Bem. zu §§ 9—13 GKG.

§ 11. 1. Schönfeld, R. **06** 927 f., erörtert die Bedeutung des § 11 für den Gebührenansatz. Er tritt den Entsch. der OLG. Colmar (R. **03** 609 Ziff. 3166) und Jena (R. **05** 372 Ziff. 1708) darin bei, daß die nebenherige Einbeziehung eines Anspruchs bei einem durch Mitwirkung des RA. zur Beilegung des Rechtsstreits im Sinne des § 13 Abs. 1 Ziff. 3 abgeschlossenen Vergleiche niemals einen besonderen Ansatz von Gebühren erzeugt.

2. KGBl. **02** 15, **05** 44 und DJZ. **03** 60 (Cöln) lassen dagegen in dem Falle, daß der zum Prozeßbevollmächtigten bestellte RA. bei einem Vergleiche mitwirkt, der nicht nur den anhängigen Rechtsstreit beilegt, sondern auch andere, noch nicht oder in einem anderen Prozeß anhängige Ansprüche erledigt, die Gesamtvergleichsgebühr zu. Ebenso **RG.** KGBl. **01** 12, NaumburgAK. **00** Ziff. 12. Der RA., der bei einem gerichtlichen Vergleiche tätig ist, durch den nicht rechtshängige Ansprüche erledigt werden, kann von seinem Mandanten eine nach §§ 89, 13 Ziff. 3 RAGebO. zu bemessende Gebühr beanspruchen, und diese ist auch erstattungsfähig, soweit in dem bezüglichen vollstreckbaren Vergleich alle Kosten vom Gegner übernommen sind. Vgl. auch das zu § 9 Ziff. 1 aE. abgedruckte Urteil des OLG. Posen vom 11. Februar 1901.

3. R. **06** 805 Ziff. 1953 (Breslau). Bei einer Klage auf vorrechtliche Befriedigung aus einer hinterlegten Teilungsmasse ist für die Berechnung der Anwaltsgebühren der verschiedenen Beklagten nicht der Wert des ganzen hinterlegten Betrags maßgebend, sondern nur derjenige der Forderung der von dem RA. vertretenen beklagten Partei.

§ 12. 1. **RG.** JW. **01** 226. a) Die Beschwerde aus § 12 ist nur gegen den die Wertfestsetzung aussprechenden oder abändernden Beschluß, nicht gegen eine die Festsetzung überhaupt ablehnende Entscheidung zulässig. b) Die Beschwerde aus § 12 steht nur demjenigen RA. zu, der an der Erhöhung des Streitwerts in Ansehung seiner Gebührenforderung nach Maßgabe der RAGebO. ein Interesse hat, also nicht dem Anwalt I. Instanz auf Erhöhung des Streitwerts der II. Instanz, in der ein anderer Anwalt aufgetreten war.

2. SeuffBl. **00** 150 (BayObLG.). Der § 12 gibt dem RA nur das Recht zur Beschwerde gegen einen Wertfestsetzungsbeschluß, nicht das Recht, die Erlassung eines solchen im Wege des Antrags herbeizuführen.

3. OLG. **2** 268 (KG.). Dem Anwalte steht die Beschwerde in eigenem Namen nur gegen den im § 16 GKG. bezeichneten Beschluß zu; eine gleiche Befugnis ist ihm für andere Fälle, insbesondere für das Kostenfestsetzungsverfahren, nicht beigelegt (vgl. JW. **91** 200, **97** 240). Dazu ElsLothJZ. **26** 141 (Colmar). Eine Beschwerde des Anwalts in eigenem Namen gegen den unter den Parteien ergangenen Kostenfestsetzungsbeschluß mit der Begründung, daß der Streitgegenstand zu niedrig angenommen sei, ist nicht zulässig. Wohl stände dem Armenanwalte, der in eigenem Namen die Kostenfestsetzung betrieben hätte, die Anfechtung zu. Wäre mit dem Kostenfestsetzungsbeschlusse gleichzeitig ein Wertfestsetzungsbeschluß verbunden, so könnte der Anwalt Beschwerde zwar einlegen. Ein solcher Wertfestsetzungsbeschluß liegt aber noch nicht vor, wenn das Gericht dem Kostenfestsetzungsbeschluß einen niedrigeren Wert zugrunde gelegt hat, als in er der Klage und in der Kostenrechnung des Anwalts angegeben ist. Dazu KGJ. **28** B 43 (KG.). Die Beschwerde gegen die gerichtliche Wertfestsetzung steht dem Rechtsanwalte dann nicht zu, wenn der Wert des Gegenstandes für die Berechnung der Anwaltsgebühren nach anderen Grundsätzen zu bemessen ist als für die Berechnung der Gerichtsgebühren.

4. PosMSchr. **04** 133, R. **05** 46 Ziff. 183 (Posen) u. SchlHolstAnz. **07** 157 (Kiel). Ein Beschwerderecht wegen zu niedriger Streitwertsfestsetzung hat nicht die Partei, sondern nur der RA.

5. **RG.** JW. **00** 124. Bestehen Zweifel darüber, ob die Beschwerde von einem RA. in eigenem Namen oder namens der Partei eingelegt wird, so hat das Gericht den Antragsteller darüber zu befragen.

6. SächsOLG. **21** 442 (Dresden) bejaht im Gegensatze zu **RG. 10** 374 unter Bezugnahme auf § 16 Abs. 2 u. § 4 Abs. 3 GKG. die Frage, ob der Anwalt, der wegen Erhöhung des Streitwerts Beschwerde einlegt, diese wirksam dann unterzeichnen kann, wenn er bei dem Beschwerdegerichte nicht zugelassen ist.

7. **RG.** JW. **00** 147 entsprechend der Plenarentscheidung vom 27. Dezember 1899 (DJZ. **00** 141, HansGZ. **00** Beibl. 99). Der Streitwert bei der auf Erhöhung des Streitwerts der Hauptsache gerichteten Beschwerde des Anwalts besteht nur in der betreffenden Differenz der Höhen der Gebühren, die der Beschwerdeführer im Falle des Erfolges seiner Beschwerde zu beanspruchen haben würde, und dem Gebührenbetrage, der ihm nach dem angefochtenen Beschlusse zukommt. Nicht maßgebend ist die Differenz der Gebühren aller beteiligten Anwälte und der Gerichtsgebühren.

8. RheinA. **101** I 92 (Cöln). Der Anwalt kann für eine Tätigkeit, die dem Auftrage nicht entspricht, nicht liquidieren; wegen Schädigung des Auftraggebers haftet er jedoch nur bei Verschulden. Ebenso OLG. **13** 254 (Cassel).

9. OLG. **13** 255 (Karlsruhe). Voraussetzung der nach § 12 zugelassenen Beschwerde ist das Interesse des RA. an der Erhöhung des Streitwerts in Ansehung seiner Gebührenforderung.

10. R. **07** 387 Ziff. 813 (BayObLG.). Die für den Ansatz der Gerichtsgebühren getroffene Wertfestsetzung dient in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit dann nicht als Maßstab für die Berechnung der Anwaltsgebühren, wenn der Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens, in dem der Anwalt tätig geworden ist, einer Schätzung nach Geldwert nicht fähig ist. Darum steht dem RA. gegen die ihn nicht berührende Wertfestsetzung in solchem Falle ein Beschwerderecht nicht zu.

§ 13. 1. Joachim 168 hebt hervor, daß neben den nach den §§ 13—18 zulässigen Rechtsstreitgebühren dem zum Prozeßbevollmächtigten bestellten RA. anderweitige besondere Gebühren für etwaige Nebentätigkeiten, welche innerhalb der

Vertretung im Rechtsstreite geleistet werden, nur dann zustehen, wenn die Gebührenordnung dies ausdrücklich vorgesehen hat.

2. Willenbücher 130 f. Die Prozeßgebühr ist, wie jede der vier Rechtsstreitgebühren des § 13, eine selbständige; sowohl das Recht zu ihrer Erhebung, wie ihr Betrag sind von dem Bezugsrecht und dem Betrage der übrigen Rechtsstreitgebühren, insbesondere der Verhandlungsgebühr, unabhängig. Dazu Joachim 169. Auch die Berechnung nach dem Werte des Streitgegenstandes ist für jede der vier Gebührenarten eine selbständige. Sie geschieht nach dem höchsten Werte, welcher im Laufe des Prozesses für die betreffende für die Gebühr maßgebende Tätigkeitsgruppe anzunehmen war.

3. Drucker 19 betont, daß mehrere Spezialmandate zusammen noch keine Prozeßvollmacht geben. Wenn zwar der Anwalt, dessen Vollmacht nicht auf bestimmte Handlungen beschränkt ist, auch dann, falls er für einen Abschnitt im Prozesse beauftragt wurde, insoweit als zum Prozeßbevollmächtigten bestellter Anwalt zu gelten hätte, so trifft doch nicht das gleiche zu auf einen Anwalt, der neben dem Prozeßbevollmächtigten zufolge Substitution des letzteren für eine einzelne Prozeßhandlung tätig geworden ist. Derselbe äußert zu § 13 Ziff. 2: Die Ansicht, daß wegen § 19 GKG. für die Gebührenerhebung das Stellen von widersprechenden Anträgen als streitige Verhandlung zu betrachten sei, wurde bisweilen bestritten, weil § 19 das Vorliegen einer Verhandlung voraussetze, wozu eine „allerdings möglicherweise sehr vereinfachte Erörterung des Rechtsstreits" gehöre, übrigens § 19 nicht das Wort „sobald", sondern „soweit" enthalte. Hiergegen wendet Drucker 27 ff. zur Unterstützung der herrschenden Meinung ein, daß weder der Wortlaut des § 19, noch die ZPO. mit der entgegenstehenden Ansicht vereinbar sei. Die Parteien können sich (theoretisch) auf die Stellung der Anträge beschränken. In Konsequenz der bekämpften Ansicht müßte der Richter gemäß § 333 ZPO. beide Parteien als erschienen behandeln oder er müßte die (mangels Begründung unschlüssige) Klage durch ein Urteil abweisen, das nicht auf Grund mündlicher Verhandlung ergangen sein will. Das Wort „soweit" hat nicht engeren, sondern weiteren Sinn als „sobald"; dadurch wird aber an der Logik des Gesetzes nichts geändert.

4. Die Rechtsprechung des RG. hat sowohl die Bestellung als auch die Rückforderung der prozessualischen Sicherheit als eine Tätigkeit angesehen, die in den durch die Prozeßgebühr abgegoltenen Geschäftsbetrieb fällt (vgl. **RG. 9** 329, **11** 364, JW. **91** 485, **97** 323, **98** 262, bzw. JW. **92** 372, **93** 561, **98** 437, Gruchots Beitr. **44** 207). — Joachim 173 greift diese Rechtsprechung an, indem er zunächst bezüglich der Bestellung einer Sicherheit (Hinterlegungstätigkeit des Anwalts) ausführt: Dieselbe falle nicht in den Rahmen der RAGebO., könne deshalb auch nicht durch die Prozeßgebühr abgegolten sein, sondern müsse nach dem Landesgesetze besonders honoriert werden. Hinsichtlich der Rückforderung einer bestellten Sicherheit aus § 715 ZPO. meint er 174, daß nach dem Standpunkte der RAGebO. die Instanz mit der Zustellung des Urteils abgeschlossen ist und die Tätigkeiten aus Ziff. 13—16 des § 47 GKG. jenseits der Zustellung liegen. „Wenn demnach die Tätigkeit aus § 715 ZPO. nicht zur Instanz gehört, andererseits aber die hierfür im § 24 bestimmte Gebühr dem Anwalte der Instanz nicht abgesprochen ist, da § 35 sich hierauf nicht bezieht, so muß die Gebühr als besondere Gebühr neben der Prozeßgebühr zu erheben sein." — Meyer-Irmler 44. Im Falle des § 109 ZPO. erhält der RA. gemäß §§ 23, 30 Abs. 3 RAGebO. und § 38 GKG. $^3/_{10}$ der Gebühr und zwar neben der Prozeßgebühr. Gehören aber diese Anträge auf Anordnung der Rückgabe in Zukunft nicht mehr zur Instanz, so wird man auch die darauf folgende Rücknahme selbst nicht mehr der Instanz zurechnen dürfen. Zweifelhafter ist die Entscheidung im Falle des § 715 ZPO. Zieht man in Betracht, daß § 29 Ziff. 6

RAGebO. zwar die im § 47 Ziff. 1—12 GKG. bezeichneten Anträge ausdrücklich der Instanz zuzählt, die Ziff. 16 dagegen nicht erwähnt, daß aber zu einer solchen Erwähnung durch die neue Vorschrift des § 24 hinreichender Anlaß gegeben war, daß ferner die Tätigkeit des RA. im Falle des § 715 derjenigen im Falle des § 109 ZPO. nach Inhalt und Umfang gleich ist, so muß man annehmen, daß auch die Anträge aus § 715 ZPO. nicht durch die Prozeßgebühr vergütet werden. — Auch Drucker 83 pflichtet dahin bei, daß die Gebühr für solche Anträge stets neben der Bauschgebühr zu vergüten ist. — Willenbücher 130. Für die Rückforderung einer bestellten Sicherheit kommt in Betracht, daß das Rückgabeverfahren aus § 109 ZPO. niemals zur Instanz gehört. Für die Tätigkeit des RA. in diesem Verfahren wird die Gebühr stets besonders neben der Prozeßgebühr erhoben. Für das Rückgabeverfahren aus § 715 ZPO. ist eine gleiche Bestimmung nicht ergangen. Daraus ist zu folgern, daß für das Verfahren aus § 715 die Gebühr des § 24 nur dann liquidiert werden darf, wenn die Tätigkeit des Anwalts auf dies Verfahren beschränkt ist, daß aber, wenn dies Verfahren vom Prozeßbevollmächtigten betrieben wird, die Tätigkeit des RA. als in den durch die Prozeßgebühr gedeckten Geschäftsbetrieb fallend angesehen werden soll... Die verschiedene Behandlung des Verfahrens nach § 109 und nach § 715 ZPO. erscheint auch gerechtfertigt. Denn während der im Falle des § 109 zu führende Nachweis, daß die Veranlassung für eine Sicherheitsleistung weggefallen ist (**RG. 50** 376), dem RA. erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann, genügt im Falle des § 715, bei dem ein Schadensanspruch des Gegners nicht in Frage kommt, zur Erwirkung der Rückgabe der Sicherheit die Vorlegung eines Rechtskraftzeugnisses. Über die neuere Rechtsprechung hinsichtlich dieser heiß umstrittenen Frage vgl. unten Ziff. 7 B e.

5. **a)** Willenbücher 133. Maßgebend für die Berechnung der Vergleichsgebühr ist der durch den Vergleich erledigte Streitgegenstand. Wird nur ein Teil des Streitgegenstandes durch Vergleich erledigt, so ist die Gebühr nach diesem Teile zu bemessen (vgl. **RG.** JW. **99** 815). Die Frage, wie die Vergleichsgebühr zu berechnen ist, wenn der Vergleich über den Rahmen des Rechtsstreits hinausgeht, ist streitig. Für Preußen ist der Streit erledigt durch Art. 14 PrGebO. vom 27. September 1899; danach ist die Gebühr für den über den Rechtsstreit hinausgreifenden Vergleichsgegenstand nach § 13 Ziff. 3 zu berechnen (vgl. KGBl. **02** 15, abgedruckt zu § 9 Ziff. 1). Dieselbe Berechnung ist allgemein zu empfehlen. — Dazu äußert sich Joachim 51. Es erscheint durchaus angängig, die Mitwirkung des RA. beim Vergleichsabschluß als eine beratende Tätigkeit aufzufassen, welche bezüglich noch nicht anhängiger Ansprüche den Beginn, bezüglich der schon in anderen Prozessen anhängigen Ansprüche die Fortsetzung eines Verfahrens nach der ZPO. vor den ordentlichen Gerichten betrifft. Damit ist nach § 1 die RAGebO. maßgebend, die Vergleichsgebühr für das nicht in Streit befangene Objekt gemäß § 9, 13 Ziff. 3 u. 37 auf $^{10}/_{10}$ zu normieren und in entsprechender Anwendung des § 48 eventuell die Gesamtgebühr für den Vergleich auf die Vergleichsgebühr für das Gesamtobjekt zu reduzieren. Zu dem gleichen Ergebnisse gelangen Hergenhahn, BuschsZ. **18** 147, **RG.** KGBl. **01** 12 und NaumburgAK. **00** Ziff. 12 (vgl. Ziff. 1 zu § 9, Ziff. 1 u. 2 zu § 11). **b)** *Drucker 31 bemerkt: Nach den Motiven sind Vereinbarungen, die sich darauf beschränken, für eine nach keiner Richtung bestrittene Forderung lediglich Zahlungsfristen zu gewähren, nicht als Vergleiche aufzufassen. Die Bedeutung der Motive ist aber nunmehr erheblich abgeschwächt durch § 779 Abs. 2 BGB., und es ist daher mindestens als Auslegungsregel der schon in der bisherigen sächsischen Praxis befestigte Satz zu billigen, nach dem davon auszugehen ist, daß der Schuldner, der es bis zur mündlichen Verhandlung kommen läßt, die Forderung bestritten habe und daß daher die Abmachung, daß der Schuldner den Klaganspruch in Raten zu befriedigen und die Kosten zu tragen habe,

den Ausdruck einer als Vergleich anzusehenden Willensrichtung enthalte, nach der der Schuldner gegen den Vorteil der Gestundung die bisherige Bestreitung aufgibt.

6. Begemann. Die Beweisgebühr ist, wenn die Beweisaufnahme nur einen Teil des Streitgegenstandes betraf, nicht lediglich, wie das RG. annimmt (**RG. 42** 104), von diesem Teile in Ansatz zu bringen, sondern sie ist auch in diesem Falle im Anschluß an die Vorschrift des § 285 ZPO., „daß die Parteien über das Ergebnis der Beweisaufnahme unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln haben", nach dem ganzen noch in Streit befangenen Prozeßstoffe zu berechnen.

7. Aus der Praxis. A. Allgemeines. **a)** HansGZ. **00** Beibl. 245 (Hamburg). Besondere, nicht in dem Verkehre mit der Partei oder den Prozeßbehörden bestehende vorbereitende Mühewaltungen, wie eigene Herbeischaffung von Beweismitteln, Verhandlungen mit anderen, außerhalb des Prozeßverfahrens stehenden Behörden usw. unterliegen besonderer Honorierung. **b)** OLG. **9** 166 (KG.). Hat der RA. zunächst den Gemeinschuldner, dann nach der Aufnahme des Prozesses den Konkursverwalter vertreten, so kann er von letzterem sämtliche Gebühren und Auslagen fordern. **c)** KGBl. **05** 79 (KG.). Aus der Vorschrift, daß die Sätze des § 9 dem als Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalte zustehen, folgt nicht, daß der Rechtsanwalt honoriert werden muß, sobald er als Prozeßbevollmächtigter aufgetreten ist. Hat ihn nicht die Partei, sondern deren mit der Prozeßführung betrauter, aber beim Prozeßgerichte nicht zugelassener Anwalt bestellt, so steht ihm eine Gebührenforderung gegen die Partei nicht zu.

B. Ziff 1. Prozeßgebühr. **a)** OLG. **7** 224 (Kiel). Wird ein Teilbetrag eingeklagt, der Rechtsstreit jedoch nach Erhebung von Widerklage wegen der ganzen Forderung ans Landgericht verwiesen und von diesem entschieden, so ist auch die Prozeßgebühr nach Höhe der ganzen Forderung zu berechnen. **b)** BadRpr. **02** 259 (Karlsruhe). Durch die Prozeßgebühr werden nicht dem Prozesse vorhergegangene Mahnbriefe, Aufforderungen, Inverzugsetzungen abgegolten. Obwohl also keine eigentlichen Prozeßkosten, können sie bei der Kostenfestsetzung berücksichtigt werden. **c)** ElsLothJZ. **28** 146 (Colmar). Volle Prozeßgebühr hat auch der — in der Sache vollständig informierte — Anwalt, der in der mündlichen Verhandlung lediglich Unzuständigkeit geltend macht, zu beanspruchen. Ebenso OLG. **15** 184 (Dresden). **d)** BadRpr. **02** 236 u. R. **02** Ziff. 2276 (Karlsruhe). Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit gehört, wie alles, was zur Herbeiführung der Rechtskraft des Urteils erforderlich ist, zum Prozeßbetrieb; eine besondere Gebühr kann der Anwalt daher nicht beanspruchen (vgl. oben unter Ziff. 4). **e)** (Vgl. oben zu Ziff. 4.) Rückforderung einer prozessualischen Sicherheit. OLG. **2** 269 (Jena), **4** 270 (KG.), **5** 227, ElsLothJZ. **27** 482 u. R. **02** 352 (Colmar), **7** 226 u. 229 (Hamburg), **7** 227 (Posen), **7** 228 (Jena), **7** 229 (Hamburg), **11** 154 (Frankfurt), **11** 156 (Rostock), **11** 156 (Cassel), **13** 259 (Kiel), **13** 260 (Colmar), **15** 191 (Karlsruhe), **15** 192 (Breslau), **15** 193 (Posen). Für den Antrag auf Anordnung der Rückgabe einer Sicherheit im Falle des § 715 ZPO. kann der RA. neben der Prozeßgebühr eine besondere Gebühr nicht berechnen. Ebenso BadRpr. **03** 151 (Karlsruhe), SächsOLG. **27** 185 (I. u. VII. Sen. Dresden), R. **06** 251 Ziff. 500 (Breslau), R. **06** 447 Ziff. 1099 (Colmar), R. **06** 509 (Cassel), R. **07** Ziff. 1066 (Stettin), DJZ. **03** 552 u. HessRspr. **3** 115, **7** 42 (Darmstadt), KGBl. **03** 62, **04** 47 (KG.), R. **07** 1543 Ziff. 3865 (Hamm), DJZ. **04** 1000 u. HansGZ. **06** 245 (Hamburg), PosMSchr. **03** 96 (Posen), BadRpr. **02** 236 (Karlsruhe), R. **07** 1272 Ziff. 3200 (Hamburg). Entgegengesetzter Meinung sind: OLG. **2** 270 (Cöln), **3** 169 (Karlsruhe), **4** 271 (Posen), **9** 170 (Rostock), **13** 258 (Augsburg), PosMSchr. **03** 29 (Posen), SächsOLG. **27** 185 (II. bis VI. u. VIII. Sen. Dresden), PucheltsZ. **32** 205 (Cöln). Die zur Herbeiführung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urteils von dem prozeßbevollmächtigten RA. bewirkte Hinterlegung

einer Sicherheit stellt sich als eine der zum Prozeßbetriebe gehörigen Einzelhandlungen dar, welche gemäß § 29 GebO. durch die im § 13 bestimmten Gebühren abgegolten werden. Das nämliche muß auch für die Rücknahme einer solchen Sicherheit gelten, falls diese vom RA. ohne weiteres bei der Hinterlegungsstelle selbst bewirkt wird. Hingegen ist der Antrag des Anwalts auf gerichtliche Anordnung der Rückgabe der Sicherheit (§ 715 ZPO.) gebührenpflichtig. **f)** OLG. **7** 224 (KG.). Die Herstellung des Entwurfs einer eidesstattlichen Versicherung, welche zur Durchführung des Antrags auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung notwendig ist, ist dann als in den Prozeßbetrieb fallend und durch die Prozeßgebühr mit abgegolten zu erachten, wenn die eidesstattliche Versicherung vom Antragsteller selbst abgegeben ist und der Entwurf nur den Inhalt der Begründung des Antrags wiedergibt. **g)** R. **05** 256 Ziff. 1218 (Colmar). Für ein Kostenfestsetzungsgesuch, das nach Erledigung des Rechtsstreits durch Vergleich durch einen nach demselben für eine Partei auftretenden Prozeßbevollmächtigten eingereicht worden ist, steht ihm selbst dann keine Prozeßgebühr zu, wenn er pro forma nach dem Vergleich einen Antrag auf Klagabweisung gestellt hatte. **h)** OLG. **7** 225 (Hamburg). Auch wenn der Kläger erklärt, er beschränke die Beschwerdesumme in der Berufungsinstanz auf einen bestimmten Betrag, kann der Gegner die volle Prozeßgebühr für die Berufung fordern.

C. Ziff. 2. Verhandlungsgebühr. **a)** PosMSchr. **00** 56 (Posen) und **03** 179 (Königsberg). Die bloße Verlesung widersprechender Anträge stellt noch keine kontradiktorische Verhandlung dar — gegen **RG. 10** 388, JW. **98** 418, 607. Ebenso WürttZ. **9** 352 (Stuttgart). Dazu SächsOLG. **21** 191 (Dresden). Kommt zur Verlesung der Anträge der Vortrag des Klagegrundes hinzu und unterbleibt die Einlassung des Beklagten nur deshalb, weil das Gericht zwei Sachen verbindet, so liegt eine kontradiktorische Verhandlung vor. **b)** WürttZ. **12** 245 (Stuttgart). Werden Prozesse gemäß § 147 ZPO. verbunden, so kann der Anwalt zwei Verhandlungsgebühren nach dem Streitwerte der verbundenen Prozesse, nicht nur eine Verhandlungsgebühr nach dem zusammengerechneten Streitwerte beider Prozesse verlangen, da die Verbindung aus § 147 ZPO. eine kontradiktorische Verhandlung in beiden Sachen zur Voraussetzung hat. **c)** PosMSchr. **00** 155 (Marienwerder). Beantragt der Beklagte im Wechselprozesse nur, ihm die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten, so liegt keine kontradiktorische Verhandlung vor. **d)** OLG. **9** 167 (Hamburg). Sind widersprechende Anträge im Verhandlungstermine verlesen, so kann der RA. des Beklagten dadurch, daß der Kläger demnächst seinen Antrag zurückzog und dadurch die Fortsetzung der Verhandlung abschnitt, den Anspruch auf die Verhandlungsgebühr nicht verlieren. **e)** OLG. **11** 149 (Hamburg). Wird nach Verbindung mehrerer Klagen Widerklage erhoben, so ist die Prozeßgebühr für den Streitgegenstand der verbundenen Klagen festzustellen und dann die Differenz zwischen dieser Gebühr und der Gebühr für den gesamten Streitgegenstand von Klage und Widerklage zu erheben. **f)** OLG. **15** 185 (Hamburg). Der Begriff der Verhandlung macht nicht erforderlich, daß zur Hauptsache verhandelt und unmittelbar sich auf diese richtende Anträge gestellt oder Ausführungen gemacht werden. Auch die Verhandlung über eine prozessuale Vorfrage, das Verlangen, daß der Prozeßvertreter des Gegners sich als zur Prozeßführung legitimiert durch eine notariell beglaubigte Vollmacht ausweise, muß als ein Verhandeln angesehen werden. **g)** OLG. **9** 169 (Dresden). Erklärt der Kläger nach Verlesung der Klaganträge, aber vor Eintritt in die Verhandlung zur Hauptsache, daß er vom Urkundenprozeß Abstand nehme, so ist nur die Verhandlungsgebühr im ordentlichen Verfahren verdient.

D. Ziff. 3. Vergleichsgebühr (vgl. § 9 Ziff. 1). **a)** SächsOLG. **21** 549 Wenn ein — zwar für das Gericht zweiter Instanz nicht zugelassener — RA.

seine Partei vor dem beauftragten Richter vertreten und bei Abschluß eines Vergleichs mitgewirkt hat, steht ihm die Vergleichsgebühr zu. Dazu OLG. **15** 188 (Dresden). Die Meinung, daß die im § 13 festgesetzten Gebühren nur den Instanzbevollmächtigten zuständen, ist irrig. Auch andere RA. können bei dem Vergleichsabschlusse mitwirken und haben in solchem Falle Anspruch auf die Vergleichsgebühr. Eine Vergleichsgebühr kann insbesondere auch der Anwalt erster Instanz für den in der Berufungsinstanz geschlossenen Prozeßvergleich beanspruchen, jedoch nur dann, wenn der Vergleich durch ihn zustande gekommen ist, nicht schon dann, wenn er nur den Verkehr seiner Partei mit dem Anwalt der Berufungsinstanz vermittelt und letzterer den Vergleich herbeigeführt hat. **b**) BadRpr. **02** 249 (Karlsruhe). Es genügt, daß in irgendeiner Weise Bemühungen zu dem demnächst abgeschlossenen Vergleich aufgewendet sind (außergerichtliche Verhandlungen, Ratschläge). Ebenso PosMSchr. **06** 145, R. **06** 1382 Ziff. 3342 (Posen). **c**) HansGZ. **06** Beibl. 180 (Hamburg). Die Vergleichsgebühr kommt den Rechtsanwälten voll zu, wenn der infolge der Tätigkeit der Anwälte fertig abgeschlossene Vergleich vom Gericht nur protokolliert ist. **d**) OLG. **11** 152 (Hamburg). Der Umstand, daß nachträglich der Vergleich teilweise wieder hinfällig geworden ist, erscheint bedeutungslos. Anders ist die Sache zu beurteilen, wenn sich beide Parteien oder eine derselben vorbehalten haben, ihre Willenserklärung bezüglich des Vergleichsabschlusses zu widerrufen, oder wenn die Parteien sich mit dem Vorbehalte verglichen haben, daß ein Dritter dem Vergleiche zustimmen müsse und der Dritte seine Zustimmung nicht gegeben hat. Ebenso Joachim 190 f., Drucker 32, Meyer-Irmler 47, Pfafferoth (101) teilt ein gleichlautendes Urteil des RG. vom 19. November 1897 in Anm. 11 zu § 13 mit. **e**) OLG. **15** 187 (Naumburg). Der Anspruch auf die Vergleichsgebühr erfordert nicht die Anwesenheit des Anwalts selbst beim Abschlusse des Vergleichs. **f**) OLG. **15** 188 (Hamburg). Die Einbeziehung nicht im Prozesse befangener Ansprüche in einen zur Erledigung eines Rechtsstreits geschlossenen Vergleich rechtfertigt nicht eine Erhöhung der Vergleichsgebühr, welche immer nur nach dem Werte des Streitgegenstandes, d. h. des rechtshängig gemachten Anspruchs, zu bemessen ist. AA. KGBl. **05** 43, R. **05** 285 Ziff. 1384 (KG.). Vgl. auch Ziff. 1 zu § 9 u. Ziff. 1 u. 2 zu § 11. **g**) OLG. **15** 188 (KG.). Die Vergleichsgebühr ist erwirkt, mag der Vergleich gerichtlich oder außergerichtlich abgeschlossen sein, und kann auch im Erstattungsverfahren geltend gemacht werden. Wesentlich für den Gebührenanspruch ist nicht die Beilegung des Rechtsstreits durch den Vergleich, sondern nur die Schließung des Vergleichs zum Zwecke der Beilegung des Rechtsstreits. **h**) R. **07** 710 (Frankfurt). Wenn der bereits außergerichtlich vereinbarte Vergleich zu gerichtlichem Protokoll erklärt worden ist, so kann die Vergleichsgebühr nicht nach § 13, sondern nur mit $^{5}/_{10}$ nach § 18 gefordert werden. Entgegengesetzter Ansicht OLG. Cöln, R. **07** 1472 Ziff. 3695. **i**) BayRpflZ. **06** 19, R. **06** 1011 Ziff. 2421 (BayObLG.). Der § 13 bezieht sich auf jede Art von Vergleich, während § 18 eine Ausnahme ist, die einschränkend auszulegen und nur auf die Fälle zu beziehen ist, in denen die Vergleichsgebühr mit dem Vergleichsschlusse vor Gericht erst anfällt, ein außergerichtlicher Vergleichsschluß also nicht vorliegt.

E. Ziff. 4. Beweisgebühr. **a**) **RG.** JW. **00** 51, NaumburgAK. **00** 15. Wenn unter Zuziehung eines Sachverständigen ein Sühneversuch stattfindet, so hat, falls ein Vergleich zustande kommt, der Anwalt nur die Vergleichsgebühr, nicht die Beweisgebühr zu beanspruchen. **b**) HessRspr. **3** 158 (Darmstadt). Die Gebühr setzt zwar nicht voraus, daß eine Beweisanordnung gerade in der Form des § 359 vorangegangen ist, auch nicht, daß die Beweiserhebung in einem späteren Termine stattgefunden hat, wohl aber, daß eine Spaltung des Verfahrens in einem den Behauptungen der Parteien und einem der Beweisaufnahme gewidmeten Abschnitt erkennbar hervortritt. Ebenso OLG. **15** 187 (Hamburg). Dazu R. **06** 868 Ziff. 2164,

FrankfRundsch. **39** 255 (Frankfurt). Die Gebühren aus §§ 13 Ziff. 4, 17 können auch dann liquidiert werden, wenn die angeordnete Beweisaufnahme unterbleibt, weil der Gegner den Anspruch anerkennt. **c)** R. **02** 486 (Breslau). Beweisgebühr entsteht erst, nachdem der RA. eine auf das Beweisergebnis zielende Tätigkeit entwickelt hat, die als Vertretung angesehen werden kann. Empfangnahme der Nachricht und bloße Weitergabe gehören zum Prozeßbetriebe. Dagegen gilt jede weitergreifende, das Verhalten der Partei bezüglich der Beweisaufnahme betreffende Mitteilung als Vertretung nach § 13. **d)** ThürBl. **47** 339 (Jena). Die Beweisgebühr wird nicht schon dadurch verdient, daß das Ergebnis eines vor dem ersuchten Richter abgehaltenen Eidesleistungstermins vorgetragen wird; nur durch die Vertretung im Eidesleistungstermine selbst wird sie erworben. Dazu PosMSchr. **02** 135 (Königsberg). Die Beweisgebühr steht nicht zu, wenn der RA. den Termin zur Eidesabnahme vor dem ersuchten Richter nicht wahrnimmt. **e)** KGBl. **00** 3 (KG.). Zur Erlangung der Beweisgebühr genügt, daß das Beweisaufnahmeverfahren begonnen und in diesem eine hierauf gerichtete Tätigkeit des Anwalts stattgefunden hat. Ebenso NaumburgAK. **00** 56 (Karlsruhe). Dazu ferner KGBl. **01** 11, auch JW. **99** 729 und GruchotsBeitr. **40** 1139. Dagegen MecklZ. **20** 38 (Rostock). Soll die Gebühr des § 13 Ziff. 4 verdient sein, so genügt nicht, daß der Anwalt im Beweisaufnahmeverfahren eine Tätigkeit, die mit der Beweisaufnahme im direkten Zusammenhange steht, entfaltet hat, sondern es muß mit der Beweisaufnahme selbst mindestens begonnen worden sein. AA. **RG. 44** 398. — OLG. **1** 330 (Rostock). Die Tätigkeit des Anwalts, welche lediglich in Mitteilung des Beweisbeschlusses an die Partei und in der Aufforderung zur Einzahlung eines Vorschusses für die Beweiserhebung besteht, wird durch die Prozeßgebühr abgegolten. — OLG. **1** 331 (Kiel). Lediglich die Entgegennahme des Beweisbeschlusses und seine Mitteilung an die Partei begründet keinen Anspruch auf die Beweisgebühr. AA. DJZ. **02** 56 und HansGZ. **03** Beibl. 312 (Hamburg). **f)** OLG. **11** 150 (Hamburg). Die Heranziehung von Akten, die als Beweismittel in Bezug genommen werden, macht ein besonderes Verfahren erforderlich und deshalb hat der die Heranziehung der Akten verfügende Beschluß als Anordnung eines Beweisaufnahmeverfahrens im Sinne der §§ 13, 17 zu gelten, auch wenn er nicht als Beweisbeschluß bezeichnet und nicht unter genauer Einhaltung der im § 354 ZPO. vorgeschriebenen Form erlassen ist (vgl. JW. **99** 6 und **03** 124). Ebenso OLG. **13** 256 (Karlsruhe) und R. **07** 1079 Ziff. 2630 (Naumburg). Dagegen SächsOLG. **24** 183 (Dresden). Die Herbeiziehung von Akten und der Vortrag aus ihnen zum Zwecke der Ermittelung des Inhalts von Ortsstatuten bildet keine Beweisaufnahme. Ebenso OLG. **11** 151 (Colmar). Dazu NaumburgAK. **00** 6 (Naumburg). Ist die Einholung einer amtlichen Auskunft von einer öffentlichen Behörde angeordnet, so gebührt dem hierbei tätigen Anwalt die Beweisgebühr. Vgl. auch SächsOLG. **27** 180 (Dresden). Eine Beweisgebühr kann nicht gefordert werden für die vom Gericht angeordnete Vorlegung von Geschäftsbüchern einer Partei. **g)** SächsOLG. **21** 287. Ist die Beweiserhebung von einem Kostenvorschuß abhängig gemacht, so kann der Anwalt, der die Partei von der bevorstehenden Beweiserhebung benachrichtigt und behufs Feststellung, ob der Vorschuß gezahlt sei, Erkundigungen eingezogen hat, doch nicht die Beweisgebühr beanspruchen, wenn die Beweisaufnahme wegen Nichtzahlung des Vorschusses unterbleibt. **h)** WürttJ. **13** 200 (Stuttgart). Der RA., der sich durch einen Referendar bei einer Beweisaufnahmeverhandlung vertreten läßt, darf die Gebühr nach § 13 Ziff. 4 erheben. **i)** SächsOLG. **24** 184 (Dresden). Ein Testamentsvollstrecker war zur eidlichen Bestärkung des Nachlaßverzeichnisses rechtskräftig verurteilt und hat den Eid dann geleistet. Die Beweis- und Nachverhandlungsgebühr ist nicht zu berechnen. Sie betrifft nur den Fall, daß durch bedingtes Urteil ein Eid auferlegt ist. Nach § 89 ist jedoch eine Gebühr anzusetzen.

k) OLG. **9** 169 (Hamburg). Auch das Arrestverfahren bietet Raum für ein gebührenpflichtiges Beweisverfahren. Ebenso OLG. **15** 187 (München). Ein Beweisaufnahmeverfahren im weiteren Sinne findet auch im Arrestverfahren zum Zwecke der Glaubhaftmachung statt. AM. DJZ. **04** 128 und R. **03** 161 (Darmstadt). **l**) OLG. **13** 256 (Hamburg). Die Beweisgebühr ist mit Erlassung des eine Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises anordnenden Beschlusses verdient. **m**) HansGZ. **01** Beibl. 111 (Hamburg). Erfolgt in einem Prozeß eine Herabsetzung des Streitgegenstandes, so kann eine Beweisgebühr, auch wenn die Beweisaufnahme erst nach der Herabsetzung erfolgte, nach dem höheren Werte berechnet werden, wenn der Anwalt bereits vor der Herabsetzung eine Tätigkeit für die Zwecke der Beweisaufnahme entwickelt, z. B. seine Partei vom Beweistermine benachrichtigt hat. **n**) OLG. **15** 187 (München). Das Wort „Beweisaufnahmeverfahren" ist im weitesten Sinne aufzufassen, so daß es auch auf Urkundenvorlegung der Parteien anzuwenden ist. **o**) R. **07** 776 Ziff. 1733 (Oldenburg). Ein zur Vorbereitung der Beweisaufnahme selbst dienender Akt des Gerichts, nicht dagegen eine vor der Beweisaufnahme liegende Tätigkeit des Verteidigers, läßt die Beweisgebühr entstehen. **p**) R. **07** 776 Ziff. 1734 (Frankfurt). Die Beweisgebühr steht dem Anwalte nicht zu, wenn durch Beweisbeschluß angeordnet worden ist, daß zum Nachweis einer bestrittenen Behauptung ein Handelsregisterauszug seitens einer Partei eingezogen werden soll, diese Einziehung aber statt durch die Partei durch das Gericht erfolgt ist.

§ 14. Willenbücher 138 schließt sich der reichsgerichtlichen Auffassung — JW. **86** 118, **93** 470 — an, wonach als mündliche Verhandlung im Sinne des § 14 auch diejenige anzusehen ist, in der nicht zur Hauptsache, sondern nur über die Kosten verhandelt wird; er hebt aber zugleich hervor, daß keine mündliche Verhandlung vorliegt, wenn lediglich die Anberaumung eines neuen Verhandlungstermins beantragt und beschlossen ist (vgl. **RG.** JW. **91** 200). Dagegen Joachim 205, weil es immerhin zur Eröffnung der mündlichen Verhandlung gekommen und der Anwalt als Prozeßbevollmächtigter in die Erscheinung getreten sei. — KGBl. **02** 61 (LG. II Berlin). Der RA. hat einen Gebührenanspruch, wenn er ohne Rückfrage beim Mandanten die Berufung, mit deren Einlegung er beauftragt war, als aussichtslos zurückzieht. — ElsLothJZ. **25** 164 (Colmar). Die Informationsgebühr des Anwalts, der die Berufung eingelegt hat, ist nach dem Streitwerte zu bemessen, welcher bei Einlegung der Berufung bestand. Verminderungen der Berufungsanträge auch in der ersten Verhandlung haben eine Herabsetzung der Informationsgebühr nicht zur Folge.

§ 16. Drucker 54. Da das vorbereitende Verfahren zur Instanz gehört, ist die Gebühr gemäß § 25 nicht neben der Gebühr aus § 13 Ziff. 2 zu berechnen. Die Bestimmung gewinnt Bedeutung, wenn im vorbereitenden Verfahren und in der mündlichen Verhandlung verschiedene Anwälte tätig werden. Bei notwendigem Wechsel ist die Gebühr erstattungsfähig. Ebenso Joachim 212 f., Willenbücher 140 f. Vgl. die Rechtsprechung zu § 13 Ziff. 7 C.

§ 17. 1. *Drucker 59. Die Schlußverhandlungsgebühr ist nach dem Werte des nach der Beweisaufnahme noch verbliebenen Streitgegenstandes, nicht nach dem Streitwerte der Beweisaufnahme zu berechnen. Ebenso (in verschiedenen älteren Entscheidungen) die OLG. Dresden, Stuttgart, Jena und das KG., ferner OLG. **1** 331 (Darmstadt). AM. Joachim 221. Umfaßt die Beweisaufnahme nur einen Teil des Streitgegenstandes, so ist die Gebühr des § 17 auch nur nach dem Werte dieses Teiles zu bemessen, auch wenn die Verhandlung nach der Beweisaufnahme den ganzen Streitgegenstand betrifft. Ebenso Meyer-Irmler, Willenbücher, Pfafferoth, **RG. 42** 409, GruchotsBeitr. **43** 513.

2. ThürBl. **47** 103 (Jena). Die Gebühr des § 17 setzt voraus, a) daß ein Be-

weisaufnahmeverfahren stattgefunden hat und der RA. in demselben für seine Partei tätig gewesen ist, b) daß nach stattgehabtem Beweisaufnahmeverfahren eine mündliche Verhandlung stattgehabt und die Tätigkeit des RA. sich auf diese Verhandlung erstreckt hat. — Ist demgemäß nach stattgehabtem Beweisaufnahmeverfahren auf Grund mündlicher Verhandlung ein weiteres Beweisaufnahmeverfahren angeordnet, so ist die Gebühr des § 17 verdient; unerheblich ist, ob nach der zweiten Beweiserhebung noch eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat oder nicht.

3. KGBl. **00** 3 (KG.). Über die erhöhte Verhandlungsgebühr besteht Streit. Der I. Senat des RG. macht dieselbe davon abhängig, daß die Beweisaufnahme tatsächlich erfolgt ist (JW. **97** 421 Ziff. 21). Der VII. Senat billigt sie schon dann zu, wenn nur ein Beweisverfahren stattgefunden hat und der Anwalt in diesem tätig geworden ist (JW. **99** 493 Ziff. 30 = **45** 397). Der letzteren Ansicht ist das KG. beigetreten.

4. HansGZ. **01** Beibl. 111 (Hamburg). Die weitere Gebühr des § 17 ist nicht nach dem gesamten, nach Erlaß des Beweisbeschlusses, noch in Streit befindlichen Prozeßstoffe, sondern nur nach demjenigen Teile des Streitgegenstandes zu berechnen, auf den sich die Beweisaufnahme selber bezogen hat.

5. SächsOLG. **24** 187 (Dresden). Es genügt, daß die Schlußverhandlung sich darauf beschränkt, daß die Parteien ihre früheren Anträge aufrechterhalten. Ebenso PosMSchr. **03** 133 (Marienwerder).

6. R. **02** 486 (Breslau). Tritt für die weitere mündliche Verhandlung, infolge Wechsels der Person, der neue Anwalt auf, so erhält dieser nur die Gebühr aus § 13 Ziff. 2 ohne Erhöhung.

7. SächsOLG. **22** 559 (Dresden). Die erhöhte, $1^1/_2$fache Verhandlungsgebühr hat nur derjenige Anwalt zu beanspruchen, der die Partei sowohl bei einer der Beweisaufnahme vorausgegangenen als bei einer ihr nachfolgenden Verhandlung vertreten hat. Hat er nur das letztere getan, so steht ihm allein die Verhandlungsgebühr aus § 13 Ziff. 2 zu.

8. OLG. **7** 226 (Hamburg) verwirft die Ansicht, daß die im § 17 vorgesehene Erhöhung der Verhandlungsgebühr nur dann stattfinde, wenn die weitere Verhandlung in einer Deduktion aus dem Beweismateriale bestehe. Ebenso SächsOLG. **21** 557 (Dresden). AA. OLG. **1** 331 (Darmstadt).

9. SächsOLG. **27** 180 (Dresden). Die Gebühr aus § 17 kann für die Hauptsache auch dann gefordert werden, wenn während der Beweisaufnahme eine Partei die Abhörung eines weiteren Sachverständigen mittels Schriftsatzes beantragt und hierüber ohne förmliche Ladung eine weitere Verhandlung stattgefunden hat, in der dieser Antrag mündlich wiederholt ist und der Gegner sich darauf erklärt hat.

10. OLG. **13** 257 (Cassel). Die in der Verhandlung über die Höhe des Schadens nach Erlaß eines Zwischenurteils über den Grund erfolgte Erhöhung der Klagforderung und damit des Wertes des Streitgegenstandes hat auf die Gebühr für die fortgesetzte mündliche Verhandlung im Sinne des § 17 keinen Einfluß, sofern die Beweisaufnahme und die damit zusammenhängende fortgesetzte mündliche Verhandlung in dem vor dem Zwischenurteile liegenden Verfahren ihr Ende erreicht hatten.

11. R. **07** 1543 Ziff. 3864 (Hamm). Eine Verhandlung, die lediglich die Läuterung eines bedingten Endurteils nach Leistung des Eides zum Gegenstande hat, ist regelmäßig eine nicht kontradiktorische.

§ 18. 1. Willenbücher 143. Vor Gericht abgeschlossene Vergleiche sind nach der herrschenden Ansicht diejenigen, denen die Prozeßgesetze gerade als gerichtlichen besondere Wirkungen beilegen, insbesondere die Wirkung, daß sie gleich dem Urteile den Rechtsstreit formell beenden und gleich diesem vollstreckbar sind. Es genügt also, wenn der Vergleich zu gerichtlichem Protokolle festgestellt wird. Darauf, ob er erst unter Mitwirkung des Richters zustande kommt oder ob der bereits außer-

gerichtlich geschlossene Vergleich zu Protokoll erklärt wird, kommt nichts an. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Ein vor Gericht abgeschlossener Vergleich ist nur der, bei dem der Vertragsschluß erst wirklich vor dem Gericht erfolgt ist. — Ebenso Joachim 225, Schönfeld, van Aken, JW. **02** 247, **04** 604 (München), R. **05** 22 (Bamberg), OLG. **11** 152 (Hamburg). Vgl. auch oben 7 D c zu § 13.

2. *Drucker 61 weist, ebenfalls der herrschenden Ansicht entgegentretend, noch besonders darauf hin, daß das nahe verwandte Gerichtskostengesetz die vom RG. ins Auge gefaßte Art von Vergleichen (denen die Prozeßgesetze gerade als gerichtlichen Vergleichen spezifische Wirkungen beilegen) als „vor Gericht aufgenommene" bezeichnet.

3. Joachim 223. Ist der Streitgegenstand, von dem die volle Verhandlungsgebühr zu berechnen ist, nicht derselbe, wie der der Vergleichsgebühr, so hat eine Ermäßigung der Vergleichsgebühr einzutreten. AA. Pfafferoth 113. Dagegen vertreten Meyer-Irmler 55 und Willenbücher 143 die Ansicht, daß, wenn der RA. die volle Verhandlungsgebühr nur von einem Teile des Streitgegenstandes erhält, ihm bezüglich dieses Teiles nur die gemäß § 18 ermäßigte und von dem Restbetrage die volle Vergleichsgebühr, nach § 12 Abs. 2 GKG. aber höchstens die volle Vergleichsgebühr von dem ganzen Objekte zusteht.

4. OLG. **11** 152 (Hamburg). Es kommt darauf an, ob das wirkliche Zustandekommen des Vergleichs das schließliche Ergebnis richterlicher Tätigkeit ist.

5. BadRpr. **02** 24 (Karlsruhe). Für Vergleiche vor Erhebung der Klage stehen dem Anwalte $^3/_{10}$ der Hauptgebühr zu (§§ 89, 37).

§ 19. OLG. **2** 269 (Marienwerder). Hat der Beklagte im Urkundenprozesse lediglich dem geltend gemachten Anspruche widersprochen, um sich den Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte im Nachverfahren zu sichern, so ist die Verhandlung nicht kontradiktorisch im Sinne des § 19 GKG., der Widerspruch als solcher ist überhaupt kein Antrag, geschweige denn ein dem Klagantrage widersprechender. Ebenso Joachim 228.

§ 20. 1. Meyer-Irmler 57 und Willenbücher 145 betonen, daß der RA. in Fällen, wo die mündliche Verhandlung auf einen der in den Ziff. 1—10 des § 26 GKG. bezeichneten Gegenstände beschränkt gewesen ist, darlegen muß, daß er nach Lage der Sache Veranlassung gehabt habe, sich über die gesamte Rechtslage zu informieren. Eine Vermutung dafür, daß diese Veranlassung vorgelegen habe, besteht nicht.

2. Vgl. die Bem. zu § 26 GKG.

3. **a)** PosMSchr. **03** 157 (Posen). Die fünf Zehnteile des § 20 sollen berechnet werden von der vollen Gebühr der §§ 8, 13—18 ohne Rücksicht auf § 19; es erhält also der RA. im Urkunden- und Wechselprozeß in den Fällen des § 20 dieselben Gebühren, wie im gewöhnlichen Prozesse. **b)** OLG. **2** 168 (Darmstadt). Nimmt der Berufungskläger im ersten Verhandlungstermine die Berufung zurück, ohne daß widersprechende Anträge gestellt sind, so erhält der RA. $^5/_{10}$ der vollen Gebühr der §§ 13—18. **c)** BadRpr. **02** 126 (Karlsruhe). Die Gebühr, wenn ein Versäumnisurteil auf Verwerfung des Einspruchs erwirkt wird, beträgt $^1/_4$ der vollen Gebühr (§§ 20, 16). **d)** R. **06** 945 Ziff. 2298, ElsLothJZ. **3** 2407 (Colmar). Für die im Falle des § 743 ZPO. gegen den einen Ehegatten erhobene Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gelten die gewöhnlichen Gebührensätze, nicht die ermäßigten des § 20 mit GKG. § 26 Ziff. 8. **e)** KGBl. **06** 88 (KG.). War der obsiegende Streitgenosse durch denselben Anwalt, der auch die unterlegenen Streitgenossen vertreten hat, vertreten, so erfolgt die Berechnung der dem obsiegenden Streitgenossen zu erstattenden Kosten nach § 426 BGB. **f)** OLG. **15** 189 (Karlsruhe). Ist mit der auf Aufhebung eines Schiedsspruches gerichteten Klage

eine Feststellungsklage verbunden, so ist die Voraussetzung von Ziff. 10 nicht gegeben und die volle Gebühr gerechtfertigt.

§ 22. 1. Willenbücher 150. Im Falle des § 1045 ZPO. ist es gleichgültig, ob die Vertretung in einem durch die beantragte Entscheidung angeordneten oder in einem vorbereitenden, der Entscheidung vorhergehenden Beweisaufnahmeverfahren, z. B. über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1033 ZPO., stattfindet. Auch im letzteren Falle ist die Beweisgebühr in voller Höhe (§ 13) verdient. AM. Joachim 246, welcher hier nur die halbe Beweisgebühr zubilligt.

2. OLG. **4** 273 (Hamburg). Die Prozeßgebühr in Höhe von $^5/_{10}$ entsteht durch die Einreichung des Antrags; kommt es dazu nicht, so entsteht gemäß § 14 Abs. 2 die Gebühr nur zur Hälfte, d. h. zu $^5/_{20}$.

3. OLG. **11** 341 (Hamburg). Für mehrere denselben Streitgegenstand betreffende Beweissicherungsanträge kann regelmäßig gesondert liquidiert werden.

§ 23. 1. Vgl. die Bem. zu §§ 27, 35, 38 und 47 GKG.

2. *Landsberg, PosMSchr. **02** 1 ff. Bei Vertagungen erwächst dem Anwalte die Verhandlungsgebühr aus § 23 Ziff. 1 GebO. mit § 47 Ziff. 1 GKG. nur im Falle einer kontradiktorischen Verhandlung über die Vertagung. Zustimmend Joachim 255, Meyer-Irmler 64 und die unter 5 A wiedergegebenen Entscheidungen. AA. Drucker 77. Die im § 23 verordnete $^3/_{10}$-Gebühr erwächst für Vertretung in der mündlichen Verhandlung dem Anwalte, dessen Tätigkeit in der Verhandlung ausschließlich in einem Terminsverlegungsantrage besteht.

3. Die Streitwertsberechnung im Ausgleichsverfahren (§ 106 ZPO., § 38 Ziff. 1 GKG.) ist zweifelhaft. Mit dem RG. (z. B. JW. **97** 240) stehen Willenbücher 57, Pfafferoth 130, Hergenhahn, BuschsZ. **17** 111, Haas, GruchotsBeitr. **31** 598 und mehrere OLG. (vgl. die zu 5 A e unten abgedruckten Entscheidungen) auf dem Standpunkte, daß der Streitwert nur nach dem bei der Ausgleichung ermittelten Festsetzungsbetrage zu berechnen sei. Dagegen wollen Meyer-Irmler 63 und Drucker 75 für die Anwaltsgebühr den Betrag der einzelnen zum Verfahren angemeldeten Kostenrechnung maßgebend sein lassen; letzterer sagt: Im Falle des § 106 ZPO. ist die Gebühr eines jeden der beiden Anwälte nach der ausweislich des Schuldtitels von der Gegenpartei zu erstattenden Quote des Betrags der für die eigene Partei eingereichten Kostenrechnung zu berechnen. — Joachim 253 nimmt eine vermittelnde Stellung ein, indem er sagt: Das für die Wertsberechnung maßgebende Interesse jeder Partei bestimmt sich durch den Betrag, welchen die dem Gegner auferlegte Quote seiner Gesamtkosten ausmacht.

4. Joachim 258 bezeichnet die Erwirkung des Rechtskraft- oder Notfristzeugnisses, der Vollstreckungsklausel oder der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung und deren Zustellung sowie die Hinterlegung der erforderlichen Sicherheit und Zustellung der Hinterlegungsquittung als die Zwangsvollstreckung betreffende Tätigkeiten des Anwalts. AA. Willenbücher 154, der diese Handlungen zum Teile im Anschluß an ältere Entscheidungen des RG. zu derjenigen Instanz gehörig bezeichnet, in der das zu vollstreckende Urteil ergangen ist, so daß sie durch die Gebühr des § 13 mitvergütet werden.

5. Aus der Praxis. A. Ziff. 1. a) **RG.** BreslauAK. **00** 17. Wird in der ersten Verhandlung nur über die Verlegung des Termins kontradiktorisch verhandelt, so gebührt dem Anwalte hierfür $^3/_{10}$ der Verhandlungsgebühr (vgl. § 47 Ziff. 1 GKG.); durch die Prozeßgebühr ist diese Tätigkeit des Anwalts nicht abgegolten (vgl. JW. **97** 240 Ziff. 47). Wird später nach außergerichtlicher Erledigung des Hauptanspruchs nur über die Kosten verhandelt, so hat der Anwalt nur die vorgedachten $^3/_{10}$ Verhandlungsgebühr zu beanspruchen, da diese Gebühr höher ist als die Gebühr für die Verhandlung wegen der Kosten. **b)** HessRspr. **2** 118 (Darmstadt).

Sind die Anwälte vor Aufruf der Sache darüber einig, daß nicht verhandelt werden solle und wird daher lediglich der Antrag auf Anberaumung eines neuen Verhandlungstermins gestellt, so liegt ein „Verhandeln" (§ 47 GKG.) nicht vor und kann daher eine Verhandlungsgebühr nicht beansprucht werden. — OLG. **11** 340 (Jena). Bildet ein unwidersprochener Vertagungsantrag den einzigen Inhalt der im Termine vorgebrachten Parteierklärung, so ist für die Annahme einer „mündlichen Verhandlung" kein Platz. Dazu PosMSchr. **07** 98 (Posen). Eine besondere Gebühr für einen Vertagungsantrag kann nicht neben der im Versäumnisverfahren entstehenden Verhandlungsgebühr beansprucht werden. **c)** BadRpr. **02** 248 (Karlsruhe). Die Kosten der Armenrechtsbewilligung gehören zu den Prozeßkosten. Ersatzfähig ist die Gebühr nach § 23 nur dann, wenn die Tätigkeit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war. **d)** PosMSchr. **02** 122 (Posen). Für den Antrag auf Löschung einer zufolge einer einstweiligen Verfügung eingetragenen und durch deren Aufhebung demnächst erledigten Vormerkung steht dem Anwalte die Gebühr zu. **e)** OLG. **11** 63 (Hamburg). Allerdings kann im Falle des § 106 ZPO. der Anwalt die Gebühr des § 23 Ziff. 1 GebO. auch dann beanspruchen, wenn seine Partei nach erfolgter Ausgleichung der beiderseitigen Ansprüche nichts erstattet verlangen kann. Die Gebühr ist weder vom Gesamtbetrage der beiden Forderungen, noch vom Betrage der Liquidation der einen oder anderen Partei, sondern von dem bei der Ausgleichung ermittelten Betrage, den die eine Partei an die andere zu erstatten hat, zu berechnen. Ebenso R. **03** 505 (Colmar). **f)** OLG. **11** 152 (Hamm). Nach § 23 Ziff. 1 steht die Festsetzungsgebühr nur demjenigen Anwalte zu, der die Festsetzung der vom Gegner zu erstattenden Prozeßkosten beantragt. Bedient sich im Falle des § 106 ZPO. der Gegner zur Einreichung der Berechnung seiner Kosten eines RA., so fällt diese Tätigkeit des letzteren nicht unter die Gebührenvorschrift des § 23 Ziff. 1. Entgegengesetzter Ansicht OLG. **13** 258 (Kiel). **g)** OLG. **13** 258 (Karlsruhe). Das Verfahren auf Anordnung einer einstweiligen Verfügung im Sinne des § 35 Ziff. 3 GKG. ist erst dann als beendet anzusehen, wenn die Verfügung zugestellt ist. Der RA. erhält daher für diese Zustellung keine besondere Gebühr, auch dann nicht, wenn mit der Zustellung gleichzeitig auch die Vollstreckung der Verfügung bewirkt wird. **h)** OLG. **13** 258 (Hamburg). Bei mehreren Widersprüchen gegen dieselbe einstweilige Verfügung, die in derselben Instanz nur infolge eines Versehens des Widersprechenden möglich sind, ist die Gebühr nur einmal zu berechnen. **i)** OLG. **15** 190 (Karlsruhe). Die Gebühr aus Ziff. 2 ist neben der aus Ziff. 1 fällig, wenn mit dem Antrag auf dinglichen Arrest gleichzeitig und in derselben Schrift die Forderungspfändung beantragt ist.

B. Ziff. 2. **a)** **RG. 44** 373. Die in Ziff. 2 bestimmte Gebühr steht dem Rechtsanwalte, der einen Antrag auf Überweisung einer gepfändeten Forderung gestellt und einen Verzicht auf ein Pfändungspfandrecht erklärt hat, auch dann zu, wenn die Pfändung der Forderung bereits zur Vollziehung eines Arrestbefehls stattgefunden hatte. **b)** KGBl. **02** 60 (KG.). Auf die private Vorpfändungserklärung nach § 845 ZPO. ist der § 23 Ziff. 2 RAGebO. anwendbar. — OLG. **4** 272 (Karlsruhe). Keine besondere Gebühr für Vorpfändung, wenn später die Pfändung gemäß § 845 Abs. 2 ZPO. erfolgt. RA. NaumburgAK. **03** 66 (Marienwerder) u. MecklZ. **21** 235 (Rostock). **c)** ElsLothJZ. **25** 500 (Colmar). Für Erwirkung der Eintragung einer Zwangshypothek steht dem RA. $^3/_{10}$ der vollen Gebühr zu. **d)** OLG. **11** 152 (Königsberg). Für den Antrag auf Verhaftung des nicht erschienenen Schuldners im Offenbarungseidverfahren steht dem RA. keine besondere Gebühr zu. **e)** KGBl. **06** 89 (KG.). Die Anwaltskosten für den auf Grund eines Urteils beim Patentamte gestellten Antrag auf Löschung eines Gebrauchsmusters sind nach Nr. 2 als gebührenpflichtiger Akt der Zwangsvollstreckung zu bemessen.

§ 24. 1. Willenbücher 156. Im § 24 wird nur die Höhe der Gebühr festgesetzt. Die Vorschriften darüber, ob der RA. diese Gebühr beanspruchen kann, oder ob seine Tätigkeit zur Instanz gehört und durch die Bauschgebühr mit abgegolten wird, sind in den §§ 32, 35 enthalten.

2. Darüber, ob der RA. für das Rückgabeverfahren aus § 715 ZPO. die besondere Gebühr des § 24 beanspruchen kann, vgl. die widersprechenden Entscheidungen oben zu § 13 B e.

§ 25. a) OLG. **5** 228 (KG.). Dem RA. des Berufungsklägers, der gegen mehrere Teilurteile hintereinander mehrere selbständige Berufungen eingelegt hat, über die zusammen verhandelt und durch ein Urteil entschieden ist, steht die Prozeßgebühr für jede einzelne Berufung zu. b) NaumburgAK. **07** 89, SächsOLG. **28** 467 (Dresden). Unabhängig von den Gebühren für das Verfahren über die Rechtmäßigkeit einer einstweiligen Verfügung können besondere Gebühren für das spätere, durch den Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung veranlaßte Verfahren berechnet werden. c) PosMSchr. **00** 8 (Posen). Urteile unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung beenden nicht die Instanz. d) OLG. **7** 222 (Hamburg). Der Erlaß von Teilurteilen hat für die Instanz, die sie erläßt, zwar die Anwendung des § 12 Abs. 2 GKG. zur Folge. Dagegen eröffnen die gegen solche Urteile eingelegten Rechtsmittel verschiedene Instanzen, so daß der Kostenvorschuß für den von jedem Teilurteile betroffenen Teile des Streitgegenstandes besonders zu berechnen ist. Vgl. OLG. **13** 258 (Hamburg) zu § 23 Ziff. 5 A h. e) OLG. **15** 185 (Hamburg). Ist infolge Erledigung der Hauptsache in der ersten Verhandlung nicht über diese und ist in der zweiten Verhandlung über die Kosten, jedoch nicht kontradiktorisch verhandelt worden, so hat der RA., da die erste Verhandlung auch schon die später zur Hauptforderung gewordene Kostenforderung mitumfaßt hat, in Anwendung des § 25 nur die halbe Verhandlungsgebühr für die erste Verhandlung zu beanspruchen. f) R. **05** 317 Ziff. 1521 (Zweibrücken). Kann der mit der Verfolgung eines Anspruchs gegen zwei Schuldner beauftragte Rechtsanwalt zunächst nur gegen einen Beklagten Versäumnisurteil erlangen, während gegen den anderen Schuldner, dem die Klageschrift nicht hatte zugestellt werden können, erst auf Grund neuerlicher Ladung verhandelt werden kann, so steht ihm die Gebühr aus § 25 zweimal zu.

§ 26. a) BadRpr. **00** 256 (Karlsruhe). Ist über die Einrede der Unzuständigkeit ein Zwischenurteil und, nachdem alsbald zur Hauptsache verhandelt wurde, hierüber ein Endurteil erlassen, so liegt, wenn gegen jedes der Urteile gesondert Berufung eingelegt und gesondert entschieden ist, nicht eine Instanz vor. Dem Prozeßbevollmächtigten steht für die Verhandlung der Berufung über das Zwischenurteil die Gebühr des § 13 Abs. 2, 20 RAGebO. verbunden mit § 26 Abs. 1 GKG. neben der vollen Verhandlungsgebühr zu. b) BadRpr. **00** 257 (Karlsruhe). Verweist das Amtsgericht nach § 467 ZPO. die Sache an das Landgericht, so bildet für die Gebühren des Rechtsanwalts nach § 26 RAGebO. und § 30 GKG. das weitere Verfahren vor dem Landgerichte mit dem amtsgerichtlichen Verfahren nur eine Instanz; gleichgültig ist, ob über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 467 ZPO. kontradiktorisch verhandelt ist. Ebenso OLG. **9** 170 (Rostock). c) PosMSchr. **03** 181, R. **04** 49 (Posen) (für den Fall der Verweisung vom Amtsgericht ans Landgericht infolge Widerklage). Hat der Amtsgerichtsanwalt nach dem zusammengerechneten Objekte der Klage und Widerklage die volle Prozeßgebühr erhalten, so kann er daneben nicht noch eine Korrespondenzgebühr beanspruchen. Anders **RG.** JW. **99** 180; zustimmend Joachim 271. d) OLG. **7** 224 (Kiel). War ein Teilbetrag eingeklagt, jedoch infolge Widerklage wegen der ganzen Forderung der Rechtsstreit ans Landgericht verwiesen, so berechnet sich für den Anwalt des amtsgerichtlichen Verfahrens die Prozeßgebühr nach der ganzen Forderung (vgl. auch die Entsch. zu § 45).

§ 27. 1. Joachim 273 und Willenbücher 161 (gegen Meyer-Irmler 69). Ist der Anwalt erst im Einspruchsverfahren, aber vor der Zurücknahme des Einspruchs bestellt, so hat er die volle Prozeßgebühr zu beanspruchen. Bei Bestellung nach der Zurücknahme dagegen kann nur der Verlust des Einspruchs oder der Kostenpunkt Gegenstand der Tätigkeit des Anwalts werden, es sind also Prozeß- und Verhandlungsgebühr gemäß § 20 mit nur $^5/_{10}$ anzusetzen.

2. a) PosMSchr. **02** 122 (Königsberg). Die Verhandlungsgebühr beträgt $^5/_{20}$, wenn im Einspruchstermine beim Ausbleiben der den Einspruch einlegenden Partei auf Antrag der Einspruch verworfen wird. b) PosMSchr. **03** 9 (Königsberg). Die Kostenfestsetzungsgebühr entsteht nicht, wenn die Festsetzung gemäß § 103 Abs. 1 ZPO. durch Urteil erfolgt. — Eine Verpflichtung der Partei, die Kostenfestsetzung durch Urteil nachzusuchen, ist nicht begründet; die Festsetzungsgebühr kann nicht deshalb abgesprochen werden, weil die Liquidation der Kosten im besonderen Verfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich ist. c) R. **07** 776 Ziff. 1735 (Colmar). Im Falle der Zulassung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil steht dem RA. des Einspruchsklägers für die auf denselben folgende mündliche Verhandlung eine besondere Gebühr nicht zu. Der RA. des Gegners erhält $^5/_{10}$ nach § 16 für diejenige, nach Beweisaufnahme stattgehabte nicht kontradiktorische mündliche Verhandlung, auf welche das mit dem Einspruch angefochtene Versäumnisurteil ergangen ist.

§ 28. a) MecklZ. **21** 54 (Rostock). Diese Gebühr ist an dem Tage schon verdient, an dem nach Verkündung des Urteils im Wechselprozeß antragsgemäß Termin zur Fortsetzung der Verhandlung im ordentlichen Verfahren verkündet war. b) ThürBl. **47** 231 (Jena). War im Urkundenprozesse wegen 500 M. geklagt, der Anspruch dann auf 100 M. ermäßigt und in das ordentliche Verfahren übergeleitet, so steht dem RA. die Prozeßgebühr für den Urkundenprozeß vom Streitwerte von 500 M. zu, ferner die Prozeßgebühr für den ordentlichen Prozeß unter Zugrundelegung des ermäßigten Streitgegenstandes. Von dieser zweiten Gebühr muß er sich jedoch so viel in Abzug bringen, als die Gebühr für den Urkundenprozeß bei Zugrundelegung des ermäßigten Streitobjekts betragen würde. c) OLG. **7** 230 (Posen). Wenn der Streitwert im Nachverfahren geringer ist, als im Urkundenprozesse, weil nur ein Teil des ursprünglichen Streitgegenstandes in das ordentliche Verfahren gelangt ist, so hat der Anwalt auf die Prozeßgebühr des ordentlichen Verfahrens denjenigen Betrag anzurechnen, den er bereits von dem in das ordentliche Verfahren übergegangenen Teile des Streitgegenstandes als Prozeßgebühr für den Urkundenprozeß erhalten hat.

§ 29. 1. Der herrschenden Ansicht, daß der erst nach dem Schlußverhandlungstermine mit Prozeßvollmacht versehene Anwalt, dessen Tätigkeit sich also auf die Veranlassung der Urteilszustellung beschränkt, die volle Prozeßgebühr zu beanspruchen hat, — so Joachim 176 f., Meyer-Irmler 43 im Anschluß an das **RG.** JW. **91** 4, **92** 39 — tritt Willenbücher 164 entgegen; er will unter analoger Anwendung der §§ 20, 21 nur die halbe Prozeßgebühr zubilligen. Ebenso BuschsZ. **14** 505 (Cassel).

2. OLG. **2** 268 (KG.). Die abgesonderte Verhandlung über prozeßhindernde Einreden bildet nicht eine Instanz für sich, sondern gehört nach § 29 zu der Tätigkeit, welche durch die einmalige volle Verhandlungsgebühr abgegolten wird

3. OLG. **9** 170 (Cassel). Für eine Beschwerde darüber, daß statt des beantragten Verkündungs- ein Verhandlungstermin anberaumt worden ist, kann keine besondere Gebühr beansprucht werden.

4. OLG. **15** 190 (KG.). Nach § 29 umfassen die im § 13 benannten Gebühren die gesamte Anwaltstätigkeit in der Instanz. Zur Instanz gehört nach Ziff. 6 daselbst und nach § 47 GKG. das Verfahren über die Zuständigkeit der Kammer für

Handelssachen. Es soll also durch die für die Hauptsache verdienten Gebühren die im bezeichneten Verfahren entwickelte Tätigkeit des Anwalts mit abgegolten sein; dabei macht es keinen Unterschied, ob in jenem Verfahren eine Beweisaufnahme stattgefunden hat, in der Hauptsache aber nicht.

§ 30. 1. Begemann, BuschsZ. **28** 447, erklärt die Vorschrift für selbstverständlich und keinen selbständigen gesetzgeberischen Gedanken enthaltend; er betont, daß der Gesetzgeber als Voraussetzung der besonderen Gebührenerhebung nicht etwa eine besondere mündliche Verhandlung unterstellt, wie das **RG.** (z. B. 8 428 f.) angenommen hat.

2. Hinsichtlich des Begriffs der Trennung des Arrestverfahrens von dem Verfahren über die Hauptsache entwickelt Drucker 96 ff., nach Mitteilung der in fast einmütiger Praxis nach dem Vorgange des RG. vertretenen Ansicht, die eine besondere mündliche Verhandlung fordert, von Bestimmungen der Zivilprozeßordnung ausgehend eine grundsätzlich entgegenstehende Meinung, die sich folgendermaßen zusammenfassen läßt. Es besteht keine Möglichkeit, Hauptprozeß und Arrestprozeß als miteinander verbunden anzusehen, solange nicht Verbindungsbeschluß nach § 147 ZPO. erlassen ist. Das Prinzip des Gesetzes ist also Getrenntheit, nicht Verbundensein beider Prozesse; demnach sind die besonderen Gebühren für das Arrestverfahren grundsätzlich zuzubilligen und nur dann ausgeschlossen, wenn ein Verbindungsbeschluß vorliegt.

3. Ebenso Joachim 289, Meyer-Jrmler 74. AA. das RG. (z. B. **RG.** 8 428, JW. **83** 159, **93** 353) und die meisten OLG.

4. Meyer-Jrmler 75. Anträge auf vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung gehören stets zur Instanz. GA. Pfafferoth 153, Willenbücher 166. Dagegen Joachim 295. Da die Einstellungsanträge aus §§ 707, 719 ZPO. gemäß § 29 Ziff. 4 nur dann zur Instanz gehören, wenn das Verfahren mit dem der Hauptsache verbunden ist, muß trotz ihrer Weglassung in den Zitaten zu § 30 Ziff. 2 von ihnen dasselbe gelten, wie von den anderen Anträgen.

5. Aus der Praxis. a) Gegen **RG. 13** 320 hat das KG., OLG. **2** 271, angenommen, daß im Falle des § 942 ZPO. neben der Prozeßgebühr keine besondere Gebühr für den Antrag beim Amtsgerichte berechnet merden darf. **b)** BadRpr. **00** 268 (Karlsruhe). Wußte der Anwalt des Klägers bei Einreichung des Arrestantrags, daß es zur Klage kommen würde, stellt er aber ohne besondere Veranlassung bei dem Amtsgerichte den Antrag auf Erlaß eines Arrestbeschlusses, während er denselben ohne Zeitverlust und ohne Beeinträchtigung des klägerischen Interesses bei dem in der Hauptsache zuständigen Landgericht anbringen konnte, so hat der Anwalt durch diese Trennung des Arrestverfahrens von der Hauptsache unnötige Kosten verursacht, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich waren, und die deshalb vom Beklagten nicht zu erstatten sind. **c)** OLG. **4** 273 (Hamburg). Die Tätigkeit des Anwalts bei einem Antrag auf Sicherung des Beweises beginnt schon mit Einreichung des Antrags. Ist der Antrag zugleich mit der Klage eingereicht, die Klage aber erst später zugestellt, so ist die Gebühr verdient. **d)** OLG. **1** 330 (Rostock). verneint die Frage, ob der Vortrag der im Beweissicherungsverfahren aufgenommenen Beweisverhandlungen in der Schlußverhandlung des Hauptprozesses als Beweisaufnahme anzusehen ist und die Beweisgebühr auch für den Hauptprozeß begründet. AA. z. B. **RG.** JW. **97** 347. **e)** OLG. **15** 193, HansGZ. **07** Beibl. 92 (Hamburg). § 30 Ziff. 2 erfordert eine solche Trennung des Verfahrens, bei der durch eine besondere mündliche Verhandlung eine Mehrarbeit des Anwalts bedingt wird. MecklZ. **24** 48 (Rostock). Eine Trennung des Verfahrens über eine einstweilige Verfügung von dem Verfahren über die Hauptsache (Ziff. 2) ist nicht schon dann gegeben, wenn der Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung in einem besonderen Schriftsatz eingereicht ist, sondern nur dann, wenn

eine besondere mündliche Verhandlung stattgefunden hat. **f)** MecklZ. **22** 261 (Rostock). Ist außer dem Einstellungsanspruch aus § 769 ZPO. die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. erhoben, so ist für den Einstellungsantrag nicht besonders zu liquidieren.

§ 31. 1. *Schanz, JW. **05** 196 ff., führt zu Abs. 2 aus: Die Vergütung des RA. für die Erwirkung einer Zwangshypothek bestimmt sich nach dem Landesrechte der einzelnen Bundesstaaten. Der Ausschluß der Zuständigkeit des Reichsrechts folgt nicht aus § 31 Abs. 2 RAGebO., sondern aus § 1 dieses G., der, abgesehen von dem Strafverfahren und dem Konkursverfahren nur bürgerliche Rechtsstreitigkeiten seinem Geltungsbereich unterwirft. Um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt es sich bei der Eintragung einer Zwangshypothek nicht. Wenn auch die Eintragung einer Zwangshypothek ein den Vorschriften der ZPO. unterliegender Akt der Zwangsvollstreckung ist, so ist doch dasjenige, was bei der Zwangshypothek allein den Gegenstand des Verfahrens bildet, nämlich der Vollzug der Eintragung, von der ZPO. dem Grundbuchamt unter Ausschluß des Vollstreckungsgerichts zur unmittelbaren und selbständigen Erledigung überwiesen und zu einer in den Formen des Grundbuchswesens und damit der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich abspielenden Maßnahme gestempelt worden, auf welche wie auch auf die Eintragung sonstiger Hypotheken die RAGebO. keinen Bezug hat. Zustimmend Willenbücher 168.

2. **RG.** JW. **01** 330. Die Einziehungstätigkeit (bei Überweisung einer Forderung zur Einziehung) gehört noch zur Vollstreckung und damit zur Instanz.

3. KGBl. **06** 7, R. **06** 810 Ziff. 2012 (KG.). Nach Aufhebung einer Pfändung durch Freigabe der Pfandstücke darf der RA. für einen neuen Zwangsvollstreckungsauftrag erneut liquidieren.

§ 32. 1. Joachim 303. Im Falle des § 807 ZPO. pflegt in der Absicht der Kostenersparnis der Antrag nur wegen eines geringeren Teiles der Forderung gestellt zu werden; indessen bestimmt sich der Wert nicht nach einer solchen Angabe, sondern nach dem Betrage, wegen dessen die Pfändung fruchtlos versucht worden ist. Dagegen Willenbücher 168. Nur der geringere Teil der Forderung kann in Betracht kommen.

2. BadRpr. **01** 275 (Karlsruhe). Bereits die Fertigung und Einreichung des Ladungsschriftsatzes zum Offenbarungseid enthält ebenso wie die bloße Beauftragung des Gerichtsvollziehers mit der Fahrnispfändung eine die Zwangsvollstreckung betreffende Tätigkeit des Anwalts, welche nach § 23 Ziff. 2 und § 32 den Ansatz der $^{3}/_{10}$-Gebühr rechtfertigt. Es ist unerheblich, ob die Ladung zugestellt wird.

3. OLG. **7** 231 (KG.). Nicht bloß der Antrag auf Erlaß des Haftbefehls, sondern auch der dem Gerichtsvollzieher erteilte Auftrag zur Verhaftung bilden einen Teil der besonderen Vollstreckungsinstanz des § 32 und werden durch die einstweilige Vollstreckungsgebühr abgegolten.

§ 33. OLG. **14** 189 (Hamburg). Werden viermal hintereinander Straffestsetzungen nach § 890 ZPO. begehrt und wird in einem Verfahren über sämtliche Anträge mündlich verhandelt und nach erhobenem Beweis entschieden, so ist zwar eine viermalige Prozeßgebühr, aber nur eine einmalige Verhandlungsgebühr zu beanspruchen.

§ 34. Joachim 309. Die Geldstrafe wie die Haft ist im Falle des § 888 ZPO. nicht Strafe, sondern ein lediglich zur Verfügung des Gläubigers stehendes Zwangsmittel (vgl. **RG. 53** 182). Die Tätigkeit des Anwalts kann sich hier auch auf die Vollstreckung durch Beauftragung des Gerichtsvollziehers zur Einziehung der Geldstrafe oder Verhaftung des Schuldners erstrecken. Auch für diese Vollstreckungstätigkeit kann eine besondere Gebühr nicht liquidiert werden. Dies ist zwar unbillig, aber Gesetz. — Pfafferoth 158. Auch im Falle des § 889 Abs. 2 ZPO. —

Offenbarungseid nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes — findet § 34 Anwendung. Zustimmend Joachim 309, Willenbücher 170.

§ 35. 1. Pfafferoth 158. Nur der Anwalt, welcher weder in der Hauptsache noch in der Zwangsvollstreckung tätig gewesen ist, kann für die im § 35 erwähnten Verrichtungen liquidieren, und zwar nach § 24 bzw. § 23. Zustimmend die anderen Kommentatoren.

2. Drucker 105. Analoges hat hinsichtlich der Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel zu gelten; das entspricht dem Geiste des Gesetzes und der unmittelbaren Verbindung, in die die Erwirkung des Rechtskraftattestes und der Vollstreckungsklausel mit der Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel gebracht sind. Ebenso Willenbücher 170.

3. **RG.** JW. **00** 51, NaumburgAK. **00** 15. Für die Erwirkung des Zeugnisses der Rechtskraft steht dem allein zu diesem Zwecke von der Partei beauftragten Anwalte $^2/_{10}$ der vollen Gebühr zu.

§ 37. 1. Joachim 315. Als „Mitwirkung" ist jede in Ansehung eines Sühneverfahrens entwickelte Tätigkeit, insbesondere auch schon die Erwirkung der Terminsbestimmung und die Besorgung der Ladung, anzusehen (ebenso PosMSchr. **02** 183 [Posen]); ebenso die Besprechung mit dem Vorgeladenen nebst Information und Ratserteilung (so Pfafferoth 159).

2. Willenbücher 171. Auch dann ist die Gebühr erwirkt, wenn im Termine die Gegenpartei nicht erscheint, und somit das Sühneverfahren nicht stattfindet; ebenso dann, wenn es zu einem Rechtsstreite nicht gekommen ist, auch dann, wenn der beim Sühneverfahren mitwirkende RA. nicht zum Prozeßbevollmächtigten bestellt ist (**RG.** JW. **95** 10). Kommt es zum Rechtsstreite, so gehört die Gebühr zu den auf Grund des ergehenden Urteils festzusetzenden Prozeßkosten. So auch **RG.** JW. **00** 13 und **45** 368.

3. **RG.** JW. **03** 28. Ist der Anwalt nur mit Herbeiführung eines Vergleichs beauftragt, so sind seine Gebühren hierfür nicht nach der Reichsgebührenordnung für Rechtsanwälte zu berechnen. Ist er dagegen zugleich auch event. — bei Resultatlosigkeit der Vergleichsverhandlungen — mit der Vertretung im Prozesse beauftragt, so ist die Sache so anzusehen, als wenn von vornherein der Auftrag zur Vertretung im Prozeß erteilt wäre, und die ganze Tätigkeit des Anwalts nach der Reichsgebührenordnung zu entgelten, da diese auch für die anwaltliche Tätigkeit, welche auf Vorbereitung des gerichtlichen Verfahrens gerichtet ist, gilt. Ebenso BadRpr. **03** 153 (Karlsruhe).

§ 38. Der Anspruch auf die Gebühr aus Ziff. 1 und 3 wird durch die Stellung des betreffenden Antrags begründet, gleichviel, ob er zum Erlasse des Zahlungs- oder Vollstreckungsbefehls geführt hat oder nicht. So Willenbücher 172, Joachim 319, Meyer-Irmler 82 und WürttJ. **15** 59 (Stuttgart). Dagegen will Drucker 109 daraus, daß das Gesetz von „Erwirkung", nicht von „Beantragung" spricht, folgern, daß, falls der bereits bei Gericht eingereichte Antrag sich vor Erlaß des beantragten Befehls erledigt, die Anwaltstätigkeit unvergütet bleibt. Ebenso OLG. **13** 261, BadRpr. **07** 169 (Karlsruhe). Die Gebühr des § 38 Ziff. 3 kann nur für die Erwirkung des Vollstreckungsbefehls, nicht aber für den erfolglosen Antrag berechnet werden.

§ 39. a) Pfafferoth 162. Das anderweite Verteilungsverfahren, welches im Falle eines Widerspruchs angeordnet werden kann (ZPO. §§ 880, 882), wird, da mit dem dasselbe anordnenden Urteile das erste Verfahren abschließt und dieselben Stadien in dem weiteren Verfahren abermals mit Beanspruchung der gleichen Mühewaltung des Anwalts durchzumachen sind, hier als eine neue für sich zu vergütende Instanz gelten müssen. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Meyer-Irmler 83, Joachim 322, Willenbücher 173, weil das „anderweite"

Verteilungsverfahren nur eine Fortsetzung des früheren, durch die Widerspruchsklage unterbrochenen Verfahrens bildet. **b)** OLG. **15** 35 (Dresden). Die Gebühr ist nur nach demjenigen Anspruche zu berechnen, der bei der Verteilung des Bargebots zu berücksichtigen ist, nicht auch nach den bestehenbleibenden Rechten.

§ 43. 1. Willenbücher 175. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der auf § 27 RAGebO. sich beziehenden §§ 42, 43 ist, daß die Trennung der Tätigkeiten auf besonderem Verlangen der Partei beruht. Ist sie von einem RA. ohne ein solches Verlangen, insbesondere aus Gründen, die in der Person des RA. liegen, vorgenommen, so fehlt es an einer Verpflichtung der Partei zur Zahlung erhöhter Gebühren. Vielmehr wird es dann Sache der Anwälte sein, sich untereinander abzufinden.

2. Joachim 333. Auch wenn eine Partei den RA. nicht zum Prozeßbevollmächtigten, sondern nur zum Vertreter in der mündlichen Verhandlung bestellt hat, ist § 43 anwendbar. Ebenso Willenbücher 176 und Drucker 113. § 43 setzt nicht voraus, daß außer dem mit Spezialmandat versehenen Anwalt ein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, weshalb dem im amtsgerichtlichen Prozesse lediglich mit Vertretung in der mündlichen Verhandlung beauftragten Anwalt auch dann, wenn kein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, die volle Prozeßgebühr nicht zuzubilligen sei. AA. Meyer-Irmler 86.

3. KGBl. **01** 122, OVG. **40** 447 (OVG. Berlin). Die Vorschrift des § 43 RAGebO. ist nicht auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen ein Anwalt zum Prozeßbevollmächtigten bestellt und ein anderer Anwalt mit der Vertretung in der mündlichen Verhandlung beauftragt ist. Vielmehr hat der § 43 auch alle die Fälle treffen wollen, in denen einem RA. nur die Vertretung in der mündlichen Verhandlung übertragen ist. Andernfalls würde es an einer Vorschrift für die Honorierung des nur mit der Vertretung der Partei in der mündlichen Verhandlung beauftragten Anwalts in denjenigen Fällen, in denen ein Prozeßbevollmächtigter nicht bestellt ist, überhaupt fehlen.

§ 44. 1. Joachim 337. Die Tätigkeit des RA. muß zu der Prozeßführung als solcher in irgendeiner Beziehung stehen; ein Verkehr, welcher nicht die Prozeßführung selbst betrifft, fällt nicht unter § 44. Darum ist z. B. in der bloßen Übersendung des Vorschusses und der Gebührenabrechnung ein solcher Verkehr nicht zu erblicken.

2. Joachim 338 nimmt gegen **RG.** JW. **99** 180 an, daß die Ermäßigung auch in dem Falle eintritt, daß das Amtsgericht sich für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht verweist, und nunmehr der beim AG. zum Prozeßbevollmächtigten bestellte RA. den Verkehr mit dem Prozeßbevollmächtigten des LG. führt.

3. Pfafferoth 170 betont, daß Abs. 2 einen besonderen Auftrag voraussetzt und nicht bloß die allgemeine Bevollmächtigung des Anwalts, alle ihm dienlich erscheinenden Handlungen vorzunehmen.

4. Drucker 116. Die Erstattungsfähigkeit der Korrespondenzgebühr beurteilt sich nach der allgemeinen Regel des § 91 Abs. 1 ZPO.

5. Aus der Praxis. **a) RG.** GruchotsBeitr. **44** 205. Wenn die erste Instanz sich für unzuständig erklärt und die Sache der folgenden Instanz überweist, so kann der Anwalt, der die Partei in erster Instanz vertreten hat und in der folgenden Instanz den Verkehr zwischen der Partei und dem Anwalte der folgenden Instanz vermittelt, die volle Gebühr für die erste Instanz und fünf Zehntel für die folgende Instanz liquidieren. Ebenso PosMSchr. **02** 81 (Königsberg). **b)** KGBl. **01** 111 (KG.). Der Umstand allein, daß ein anderes als das am Amtssitze des Prozeßbevollmächtigten geltende Recht zur Anwendung gelangt, vermag die Bestellung eines Korrespondenzmandatars nicht zu rechtfertigen, da der Anwalt verpflichtet ist, sich

gegebenenfalls auch über das in einem anderen deutschen Bundesstaate geltende gesetzliche Recht selbständig zu informieren. Die Korrespondenzgebühr des in jenem anderen Bundesstaat ansässigen Anwalts ist in diesem Falle, da die Bestellung desselben nicht notwendig war, nicht erstattungsfähig. — KGBl. **02** 8 (KG.). Die Korrespondenzgebühr eines ausländischen Anwalts ist jedenfalls in Höhe der inländischen Gebühren erstattungsfähig. **c)** PosMSchr. **00** 96 (Posen). Die Korrespondenzgebühr des § 44 kann neben der Gebühr des § 45 gefordert werden, sofern der Korrespondenzmandatar selbst im Beweisverfahren die Partei vertreten hat. **d)** PosMSchr. **03** 28 (Posen). Ein RA. kann in eigener Angelegenheit (oder als Konkursverwalter 2c.) Korrespondenzgebühr nicht erstattet verlangen. Ebenso OLG. **15** 184 (Hamburg). **e)** OLG. **15** 195 (Posen). Was von der Prozeßgebühr gilt, muß auch für die Korrespondenzgebühr gelten. Auch sie ist eine Bauschgebühr. Durch sie wird auch die Tätigkeit des Korrespondenzanwalts bei Wahrnehmung eines Beweis- oder Sühnetermins abgegolten. **f)** PosMSchr. **03** 181 (Posen). Es ist unzulässig, für dieselbe Instanz und dasselbe Objekt die Prozeßgebühr und die Korrespondenzgebühr zu liquidieren. **g)** OLG. **13** 101 (Hamburg). Eine Korrespondenzgebühr darf nicht angesetzt werden, wenn es sich um eine Unzuständigkeitseinrede handelt, deren tatsächliche Unterlagen so einfacher Natur sind, daß der auswärts wohnende Beklagte imstande sein mußte, sie seinem Anwalte brieflich darzulegen. **h)** DJZ. **02** 560 (Hamburg). Für die Korrespondenz mit dem Prozeßbevollmächtigten in eigener Sache kann die Erstattung einer Korrespondenzgebühr niemals verlangt werden (vgl. oben unter d). **i)** OLG. **13** 261 (KG.). Die Ausführung des Auftrags, welcher den Anspruch auf die Korrespondenzgebühr begründet, wird durch die Führung des Verkehrs zwischen der Partei und dem Prozeßbevollmächtigten völlig erschöpft. Entfaltet der Korrespondenzmandatar darüber hinaus auf Verlangen der Partei eine weitere Tätigkeit, so ist diese besonders zu vergüten. Die Anfertigung einer eidesstattlichen Versicherung liegt außerhalb des Rahmens der Pflichten des Verkehrsanwalts.

§ 45. 1. Joachim 342. Der § 45 findet nur auf denjenigen RA. Anwendung, der nicht Prozeßbevollmächtigter ist. Die Worte „dessen Tätigkeit sich beschränkt" wollen nur die Tätigkeit umgrenzen, für welche die Gebühr des § 45 bestimmt ist, besagen indessen nicht, daß dem RA. diese Gebühr nicht zusteht, wenn er außer der im § 45 bezeichneten noch eine andere Tätigkeit entwickelt (vgl. unten 6 i).

2. Pfafferoth 172. Es ist hier wie bei § 44 nicht die Prozeßgebühr, sondern eine besondere Gebühr gewährt, die jedoch gemäß §48 auch bei Wiederholungen insgesamt den Betrag der in dem betreffenden Prozesse zu berechnenden vollen Prozeßgebühr nicht überschreiten darf. Die Gebühr wird also nicht unmittelbar von den §§ 25, 49 mitgetroffen. AM. **RG. 47** 214, JW. **01** 59, wonach die ermäßigte Prozeßgebühr des § 45 auch dem Grundsatze des § 25 unterliegt, so daß eine Erhöhung selbst im Falle mehrfacher, auf getrennten Anträgen beruhender Wahrnehmung von Beweisterminen in derselben Instanz unzulässig ist. Ebenso Willenbücher 176.

3. Joachim 343 und die anderen Kommentatoren betonen, daß die Beweisgebühr des § 45 nicht beansprucht werden könne, wenn der Beweistermin, sei es, daß derselbe wieder aufgehoben wird, oder daß der RA. aus irgendeinem Grunde zum Termine nicht erscheint, vom RA. nicht wahrgenommen wird. Ebenso auch OLG. Frankfurt, R. **03** 459. AA. R. **04** 556 (Colmar).

4. Drucker 121. Für die Erstattungsfähigkeit dieser Gebühr gilt nicht Abs. 1, sondern Abs. 2 des § 91 ZPO. Vgl. **RG. 51** 11 (unten 6 c) und die dort folgenden Entscheidungen.

5. Joachim 344. Der aus § 45 liquidierende RA. hat regelmäßig die Gebühr

nach dem Werte des Streitgegenstandes, auf welchen sich die Beweisaufnahme bezieht, zu berechnen.

6. Aus der Praxis. a) **RG.** JW. **00** 124. Der neben dem Prozeßanwalte mittätige zweite Anwalt kann keineswegs stets neben der Korrespondenz- und Beweisgebühr die halbe Prozeßgebühr verlangen. b) **RG. 47** 412, JW. **01** 59, R. **01** 181. Eine Erhöhung der im § 45 festgesetzten Prozeßgebühr findet auch im Falle der mehrfachen, auf getrennten Aufträgen beruhenden Wahrnehmung von Beweisterminen in derselben Instanz nicht statt. c) **RG. 51** 11. Die Gebühren und Auslagen eines für Vertretung einer Partei in einem auswärtigen Beweisaufnahmetermine substituierten RA. sind insoweit, als sie die Reisekosten und Tagegelder des Prozeßbevollmächtigten nicht übersteigen, in jedem Falle — gleichviel ob die Beweisaufnahme einfach oder schwierig ist — von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner zu erstatten. d) OLG. **13** 100 (Karlsruhe). Ist kein Substitut aufgestellt, so bleibt die Bahn zur Prüfung der Notwendigkeit der einzelnen Ansätze für den Fall frei, wenn die zweckentsprechende Rechtsverfolgung durch einen Substituten gerade so gut gewahrt werden konnte und dadurch Mehrkosten erspart worden wären. e) OLG. **13** 101 (Hamburg) prüft ebenfalls die Frage der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, wenn der Prozeßbevollmächtigte den auswärtigen Beweisaufnahmetermin wahrgenommen hat. f) SächsOLG. **24** 191 (Dresden). Der erstinstanzliche Anwalt, dem in der Berufungsinstanz die Abwartung eines Zeugenvernehmungstermins vor dem ersuchten Richter aufgetragen wird und den Termin durch seinen Referendar abwarten läßt, hat die halbe Prozeßgebühr zu verlangen, aber nicht eine Beweisgebühr. g) OLG. **1** 333 (Darmstadt). Nach Satz 1 steht dem Prozeßbevollmächtigten die Prozeßgebühr und dem mitwirkenden Anwalte dieselbe Beweisgebühr und außerdem $^{5}/_{10}$ der Prozeßgebühr zu. h) OLG. **5** 229 (Rostock). Die Zubilligung der Gebühren aus § 45 ist abzulehnen, wenn die Anwesenheit eines Vertreters des Prozeßbevollmächtigten neben dem schwurpflichtigen Kläger zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich war. i) OLG. **15** 195 (Posen). Eine Gebühr aus § 45 kann nur gefordert werden, wenn sich die Tätigkeit des Anwalts auf die Leistung aus § 45 beschränkt. — OLG. **13** 262 (Celle) verneint die Streitfrage, ob neben der Gebühr aus § 44 auch die halbe Prozeßgebühr aus § 45 erstattungsfähig ist, weil in solchen Fällen, in denen der neben dem Prozeßbevollmächtigten in Anspruch genommene Anwalt außer der Vertretung im Beweisaufnahmeverfahren auch die Korrespondenz der Partei mit dem Prozeßbevollmächtigten besorgt, seine Tätigkeit sich nicht, wie es § 45 erfordert, auf die Vertretung bei einer Beweisaufnahme *beschränkt*. Ebenso PosMSchr. **06** 178 (Posen). k) R. **06** 693 Ziff. 1692 (Colmar). Hat der RA. den Beweistermin, auf den sich seine Tätigkeit hat beschränken sollen, nicht wahrgenommen, so steht ihm die Gebühr aus § 45 *nicht* zu. l) OLG. **9** 171 (Hamburg) läßt unter Ablehnen der reichsgerichtlichen Auffassung (**RG. 47** 412) die Berechnung einer einmaligen neuen Gebühr, die sich innerhalb der Grenzen der Prozeßgebühr hält, bei wiederholtem Auftrage zu. m) OLG. **15** 195 (KG.). Findet die Beweisaufnahme an einem nicht am Sitze des Prozeßgerichts belegenen Orte statt, so ist die Partei berechtigt, sich in diesem Termine durch einen Anwalt vertreten zu lassen, dem, wenn er ein anderer ist, als der Prozeßbevollmächtigte, die Gebühr des § 45 zusteht. Neben den Gebühren des § 13 Ziff. 4 und § 45 darf die Partei zu Lasten der Gegenpartei keine weiteren Gebühren liquidieren, weder für die Information, die der Prozeßvertreter dem Terminsbevollmächtigten zugehen läßt, noch für die Tätigkeit des letzteren, die er entfaltet, um sich selbst die Information aus den übersandten Handakten zu verschaffen. n) R. **05** 317 Ziff. 1522 (KG.). Ein RA., der zum Prozeßbevollmächtigten während der Beweisaufnahme bestellt wird, hat Anspruch auf Prozeßgebühr vom ganzen zur Zeit der Vollmachtserteilung vorhandenen Streit-

objekt ohne Rücksicht auf den Gegenstand der Beweisaufnahme. $^5/_{10}$ dieser Prozeßgebühr steht dem nur mit der Wahrnehmung der Beweisaufnahme betrauten RA. zu.

§ 46. **RG.** R. **07** 710 Ziff. 1541. Die Gebühr des § 46 vergütet zugleich die zur Anfertigung des Schriftsatzes erforderlichen Besprechungen; neben jener Gebühr kann daher für solche Besprechungen nicht auch die Gebühr des § 47 gefordert werden.

§ 47. 1. Drucker 123 f. Die Bezeichnung der Gebühr aus § 47 als „Konferenzgebühr" ist mißverständlich. Denn die Gebühr entsteht nicht durch die Besprechung, sondern durch die Erteilung eines Rates. Nimmt der Anwalt die (mündliche oder schriftliche) Mitteilung des Rechtsuchenden lediglich entgegen, ohne seine Ansicht zu äußern und der Partei irgendwelche Entschließung zu empfehlen, so entsteht die Gebühr nicht. Weil nicht die Besprechung, sondern der Rat, d. i. die Gesamtheit der in bezug auf eine bestimmte Rechtslage erteilten Verhaltungsvorschriften, vergütet wird, sind, wenn in einer Konferenz oder in einem Briefe hinsichtlich mehrerer Rechtsangelegenheiten Rat erteilt wird, die Gebühren für den Rat in jeder der mehreren Rechtsangelegenheiten nebeneinander zu berechnen.

2. Willenbücher 179. Wird im Anschluß an die Ratserteilung der RA. zum Prozeßbevollmächtigten bestellt oder mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit beauftragt, so ist regelmäßig die Einholung des Rates nur als Vorbesprechung aufzufassen, mithin die Gebühr des § 47 ausgeschlossen. Ebenso Meyer-Irmler 91, Pfafferoth 175.

3. OLG. **15** 183 (KG.). Auch § 47 setzt voraus, daß es sich bei der Ratserteilung um den Beginn oder die Fortsetzung eines Verfahrens vor den ordentlichen Gerichten gehandelt hat (vgl. § 1 Ziff. 4 d).

4. SächsOLG. **23** 191 (Dresden) verneint die Erstattungsfähigkeit der Gebühr für die Ratserteilung für den Regelfall.

§ 49. R. **03** 215 (Breslau). Hat ein und derselbe RA. die Tätigkeit des Verkehrsanwalts und des Prozeßbevollmächtigten wahrgenommen, so kann er neben der Prozeßgebühr nicht auch die Korrespondenzgebühr fordern. Die Gebühr des § 44 ist der Prozeßgebühr gleichartig; beide Gebühren umfassen den dem Zwecke der Information dienenden schriftlichen Verkehr.

§ 50. 1. R. **04** 171 (Marienwerder). Ein RA. verliert den Gebührenanspruch dadurch, daß er im Laufe der Instanz wegen Vornahme strafbarer Handlungen flüchtig wird.

2. KGBl. **03** 17 (KG.). Trifft den RA. ein Verschulden an der Aufhebung des Auftrags, gleichviel ob er kündigt, ohne durch vertragswidriges Verhalten des Auftraggebers dazu veranlaßt zu sein, oder ob er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Auftraggebers veranlaßt hat, so steht ihm ein Anspruch auf Vergütung insoweit nicht zu, als der Auftraggeber dem neu zu bestellenden Anwalte die gleichen Gebühren noch einmal zu zahlen hat (vgl. **RG.** JW. **98** 390, **99** 30). Dazu KGBl. **06** 19, JustdRundsch. **5** 99 (KG.). Durch vorzeitige Kündigung verliert der RA. seinen Anspruch auf Vergütung nicht, macht sich aber schadensersatzpflichtig, wenn kein wichtiger Grund vorliegt.

3. KGBl. **02** 61 (LG. Berlin). Die ohne Rückfrage beim Auftraggeber erfolgte Zurücknahme einer unrichtig begründeten Klage oder einer aussichtslosen Berufung nimmt dem RA. seinen Gebührenanspruch nicht.

4. OLG. **15** 196, R. **06** 810 Ziff. 2013 (KG.). Die in der Kündigung des anwaltlichen, nach § 627 BGB. zu beurteilenden Dienstverhältnisses liegende Erfüllungsverweigerung kann ein vertragswidriges, zum Schadensersatze verpflichtendes Verhalten darstellen. Andererseits enthält aber die Kündigung aus § 627 dann kein vertragswidriges Verhalten, wenn ein wichtiger Grund für diese Kündigung vorliegt.

§ 51. OLG. **15** 197 (Hamburg). Der § 51 findet auch Anwendung, wenn der Nebenintervenient nachträglich den Anwalt der Hauptpartei bestellt oder die Hauptpartei den Anwalt des Nebenintervenienten (vgl. **RG. 35** 361).

§ 52. 1. Joachim 360. Die Vorschrift des § 52 findet einerseits keine Anwendung auf die beim BayObLG. zugelassenen Rechtsanwälte, andererseits tritt auch für die beim RG. zugelassenen RA. die Gebührenerhebung des § 52 nicht ein in der Beschwerde- und Berufungsinstanz.

2. Meyer-Irmler 96. Die Erhöhung gemäß § 52 findet auch dann statt, wenn im Wiederaufnahmeverfahren eine Restitutions- oder Nichtigkeitsklage vor dem RG. erhoben wird, weil es sich in diesem Falle tatsächlich um eine Wiedereröffnung der Revisionsinstanz handelt. Ebenso Joachim 361, Willenbücher 184. Dagegen Pfafferoth 180 und Drucker 130; letzterer meint: In diesen Fällen wird das RG. nicht nur insofern nicht als Revisionsinstanz tätig, als es die einzige Instanz bildet, sondern es gelten auch für das Verfahren nicht die Grundsätze des Revisionsverfahrens, sondern des erstinstanzlichen Beweisverfahrens.

Die Streitfrage dürfte für die Praxis als entschieden zu betrachten sein durch die (allerdings auf § 49 Abs. 1 GKG. bezügliche) Entscheidung des **RG. 57** 231, JW. **04** 299, die auf die Verhandlung und Entscheidung einer Nichtigkeitsklage, für welche nach § 584 ZPO. das Revisionsgericht zuständig ist, den § 49 Abs. 1 GKG. für anwendbar erklärt.

§ 56. 1. Joachim 368. Die §§ 55 und 56 ergeben zusammen diejenigen Gebühren, welche für die Vertretung im Konkursverfahren in den gewöhnlichen Fällen entstehen können. Dabei gibt § 55 die Gebühren für die Vertretung im allgemeinen, d. h. für den Betrieb einschließlich der Information, während daneben im § 56 Nebengebühren bestimmt sind. Die Vertretungsgebühr des § 55 erhöht sich um die Sätze des § 56, falls noch eine der drei dort aufgeführten Tätigkeiten innerhalb der Vertretung entwickelt wird.

2. BraunschwZ. **49** 111 (Braunschweig). Die Gebühr der Ziff. 3 kann auf Vertretung bei Ausführung von Zwangsvergleichen nicht erstreckt werden. Unter Verteilungsverfahren ist nur § 149 KO. zu verstehen.

§ 59. Joachim 372 Die Wertberechnung ist nicht geregelt. Der Vertreter des beauftragten Gläubigers wird nach dem Werte der Forderung berechnen dürfen. Sein Interesse geht auf Erlangung der Konkursdividende, welche durch die Maßregel sichergestellt werden soll; bei entsprechender Anwendung des § 6 ZPO. und der Grundsätze bei Arrest und einstweiliger Verfügung muß außer Betracht bleiben, ob der Gegenstand der Sicherungsmaßregel zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht. Unrichtig ist es daher — wie es Meyer-Irmler 101 tut — den Wert nach demjenigen Betrage zu bestimmen, welchen der Gläubiger bei anteiliger Befriedigung aus dem Gegenstande der Sicherungsmaßregel zu erwarten hat; ebenso unrichtig aber die Berechnung nach dem Werte des Gegenstandes der Sicherungsmaßregel — wie sie Pfafferoth 184, Willenbücher 186 und Drucker 135, letzterer unter Anwendung des § 58 Abs. 2 GKG., vornehmen.

§ 60. Da die Gebühr des § 54 nicht erwähnt ist, entsteht die Frage, ob eine besondere Gebühr für den Antrag auf Wiederaufnahme des Konkursverfahrens liquidiert werden kann. Merzbacher und Willenbücher verneinen, Joachim bejaht die Frage, weil die Tätigkeit des diesen Antrag stellenden Anwalts des Gläubigers aus der gewöhnlichen Vertretungstätigkeit herausfällt.

§ 63. 1. Pfafferoth 185 f. Das Gesetz vergütet die Gesamttätigkeit als Verteidiger oder Vertreter in Strafsachen auf öffentliche Klage durch zwei Bauschgebühren, nämlich einen sich an die Tätigkeit in der Hauptverhandlung anschließenden und nach der Ordnung der Gerichte abstufenden Hauptbauschsatz (§§ 63—66) und einen Bauschsatz für die Tätigkeit im Vorverfahren (§ 67). Daneben werden in gewissen

Fällen für Schriftsätze besondere Gebühren gewährt (§§ 68, 69, 74). Für sonst vorkommende und in den Bereich der Gebührenordnung fallende Tätigkeiten finden die ergänzenden Vorschriften der §§ 89, 90 Anwendung. In dieser Beziehung kommen hauptsächlich folgende Fälle in Betracht: a) die informatorische Tätigkeit, wenn weder die Gebühr des § 63 noch die des § 67 fällig wird; für solche wird dann je nach dem Umfange der Mühewaltung eine Gebühr bis zum vollen Betrage des § 67 gerechtfertigt sein; b) die Wahrnehmung einzelner Termine, wofür gleiche Gebühr angemessen erscheint; c) die Ratserteilung; hierfür wird die Gebühr auf höchstens $^3/_{10}$ des § 67 bzw. § 68 zu bemessen sein, mit der Maßgabe, daß die Gebühr, sofern der Rat nur eine der im § 69 bezeichneten Angelegenheiten betraf, nicht höher als 2 M. sein kann. — Gegen die zu a und b vertretene Ansicht Joachim 380 und Meyer=Irmler 103. Zu c billigt Joachim 380 $^3/_{10}$ der Sätze des § 63 für einen einfachen Rat, hingegen $^5/_{10}$ dann zu, wenn der Auftrag auf Einlegung der Berufung oder Revision gerichtet gewesen ist, der RA. davon abrät und der Auftraggeber seinen Auftrag zurücknimmt.

2. Willenbücher 191. Die Sätze des § 63 gelten auch dann, wenn nach § 270 StPO. die Unzuständigkeit des Gerichts ausgesprochen oder wenn in der höheren Instanz das Urteil vernichtet und die Sache in die untere Instanz zurückverwiesen wird. Dem Falle der Zurückverweisung steht derjenige gleich, wenn das Gericht sich für unzuständig erklärt und eine neue Hauptverhandlung vor dem zuständigen Gericht eintritt. Ebenso Meyer=Irmler 106, Pfafferoth 190, Drucker 138.

3. Die Unvollkommenheit der gesetzlichen Vorschriften über die Gebührenberechnung in Strafsachen hat nach Drucker 137 dazu geführt, daß außerhalb des Offizialmandats und der im allgemeinen schon nach der GebO. zu reichlicher Honorierung gelangenden Privatklagesachen das Gesetz nur ausnahmsweise die Norm für die Gebührenbemessung bildet und an seine Stelle als Regel die freie Vereinbarung getreten ist.

4. Joachim 384 verneint im Gegensatze zu Willenbücher und Pfafferoth die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften der RAGebO. auf den Verkehr des RA. mit der Staatsanwaltschaft, kommt aber, indem er diese Tätigkeit unter den Gesichtspunkt der ausdehnenden, die entsprechende Anwendbarkeit der RAGebO. anordnenden Bestimmungen der Landesgebührenordnungen bringt, im Ergebnisse doch dazu, die Vergütung des RA. für die auf den Verkehr mit der Staatsanwaltschaft sich beschränkende Berufstätigkeit ebenfalls nach den Vorschriften der deutschen GebO. eintreten zu lassen. Ebenso KGBl. **05** 44 (KG.).

5. Aus der Praxis. a) NaumburgAK. **02** 40 (Halle). Verweist das Revisionsgericht nach § 394 Abs. 2 StPO. die Sache zurück, so findet eine neue selbständige Verhandlung statt, der Verteidiger kann also von neuem liquidieren. **b)** OLG. **13** 262 (Cassel). Dem im Falle des § 140 StPO. zum Verteidiger bestellten Anwalte sind auch für die Revisionseinlegung und =rechtfertigung aus der Staatskasse die Gebühren zu zahlen. Ebenso JW. **06** 593 (Stuttgart). **c)** DJZ. **03** 59 (Oldenburg). Kommt es nicht zur Hauptverhandlung, so steht dem Anwalte nicht die Gebühr des § 63, sondern eine entsprechend § 89 festzusetzende Gebühr zu, die nicht höher als die des § 63 sein darf. **d)** OLG. 7 224 Anm. (Kiel). Der Anwalt, der in einer Schwurgerichtssache gleichzeitig mit der Zustellung der Anklageschrift an den Angeschuldigten diesem zum Verteidiger bestellt ist, erhält neben der Gebühr des § 63 die des § 67.

§ 67. 1. Pfafferoth 194. Vorverfahren ist alles das, was der Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem erkennenden Gerichte vorangeht. Ähnlich Willenbücher 194. Das Hauptverfahren beginnt mit dem Eröffnungsbeschlusse; was vorher geschieht, gehört zum Vorverfahren; dieses bildet sonach den Gegensatz nicht zur Hauptverhandlung, sondern zum Hauptverfahren. Ebenso KGBl. **00** 01 (KG.).

2. Joachim 399. Wenn der zum Verteidiger gewählte oder bestellte RA. für seinen Klienten bereits auf Grund des § 199 StPO., also noch vor der Eröffnung des Hauptverfahrens, in Tätigkeit getreten ist, kann er Vergütung gemäß § 67 beanspruchen. So auch die herrschende Meinung.

3. Daß auch im Privatklageverfahren eine Gliederung in ein Vor- und ein Hauptverfahren anzunehmen und der § 67 anzuwenden ist, wird kaum noch bestritten. Vgl. Meyer-Irmler 109, Joachim 403, Willenbücher 197.

4. Hagen, JustdBl. **06** 118 f. Dem Anwalte des Privatklägers steht mit Rücksicht auf § 73 die im § 67 normierte Gebühr für die Vertretung im Vorverfahren zu.

5. Thiesing, JW. **06** 100, legt dar, daß man, da in den Verfahrensarten ohne Eröffnungsbeschluß die Scheidung zwischen Vor- und Hauptverfahren fehlt, den Strafbefehl dem Eröffnungsbeschlusse gleichzustellen hat.

6. OLG. **1** 333 (Darmstadt). Keine Gebühr aus § 67 steht dem von Amts wegen bestellten Verteidiger zu, der Akteneinsicht und Rücksprache mit dem Angeklagten genommen und demnächst dem Gericht angezeigt hat, daß er besondere Anträge nicht zu stellen habe. Vgl. dazu Willenbücher 196; dagegen Joachim 404 und die dort zitierten älteren Entscheidungen.

§ 68. KGBl. **05** 44, R. **05** 285 Ziff. 1385 (KG.). Für die Anfertigung einer an die Staatsanwaltschaft gerichteten Strafanzeige hat der RA. in Gemäßheit der Artt. 1, 14 PrRAGebO. aus § 68 — nicht aus § 69 — der deutschen RAGebO. zu liquidieren.

§ 69. 1. Willenbücher 201 zählt hierher auch den Antrag auf Zuerkennung einer Buße. Dagegen Joachim 407.

2. Meyer-Irmler 111. Die Gebühr des § 69 ist keine Bauschgebühr, der RA. kann daher diese Gebühr innerhalb derselben Instanz mehrfach liquidieren. Sie wird aber durch die Bauschgebühren der §§ 63, 66 ausgeschlossen, soweit es sich um eine durch diese Bauschgebühren zu vergütende Tätigkeit handelt. Für die bloße Einlegung eines Rechtsmittels steht dem RA. die Gebühr des § 69 auch dann nicht zu, wenn ihm die Gebühr des § 68 für die Rechtfertigung oder Begründung des Rechtsmittels zusteht (§ 71) und ebensowenig dann, wenn ihm die Gebühren der §§ 63—66 für die Instanz zustehen, gegen deren Entscheidung das Rechtsmittel eingelegt wird (§ 70).

3. OLG. **11** 342 (Hamburg). Der § 69 trifft auch die Entgegnung auf eine Revisionsbegründung.

§ 72. 1. Streitig ist die Frage, ob § 72 für den Fall anzuwenden ist, daß in Privatklagesachen eine Widerklage erhoben wird, die in demselben Verfahren zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung gelangt. Verneint wird sie von Meyer-Irmler, Drucker, Pfafferoth, Willenbücher, weil die Mehrheit der Parteirollen, welche eine Person in sich vereinigt, für § 72 ebenso bedeutungslos ist, wie die Vereinigung mehrerer Anklagepunkte gegen einen Beschuldigten (so Willenbücher 203). Bejaht wird sie von Merzbacher und Joachim; letzterer erklärt es (411) für angemessen, gemäß § 89 den § 72 analog anzuwenden.

2. BadRpr. **01** 275 und **04** 313 (Karlsruhe) schließen sich der ersten — verneinenden — Ansicht an.

§ 74. Pfafferoth 200 und Meyer-Irmler 115 betonen, daß im Falle der Vertretung mehrerer Verletzer eine Erhöhung der Gebühr des § 74 gemäß § 72 ausgeschlossen ist. Ebenso Drucker 152. — Dagegen Joachim 416 und Willenbücher 204. Sind bei dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung mehrere Verletzte beteiligt und hat der RA. für sie einen gemeinschaftlichen Antrag gemäß § 170 StPO. gefertigt, so ist für die hierdurch gesteigerte Tätigkeit des Anwalts auch eine Erhöhung der Gebühr gerechtfertigt.

§ 75. Über das Kostenfestsetzungsverfahren in Strafsachen vgl. Willenbücher 73 ff., Osius und Bendix, Praktisches Handbuch für RA. 412 f., Hüssener, JW. **06** 186. — Die herrschende Ansicht (vgl. **RG.** **1** 233, BadRpr. **00** 295 [Karlsruhe], KGBl. **05** 99 [LG. Berlin I]) läßt konform dem Verfahren im Zivilprozeß eine Kostenfestsetzung auch in Strafsachen auf den Antrag des Erstattungsberechtigten hin zu, sofern nur ein Urteil oder ein Beschluß des Gerichts gemäß § 496 StPO. vorliegt, oder ein auf Grund eines Vergleichs erlassener Gerichtsbeschluß über die Kosten (vgl. PosMSchr. **05** 10 [LG. Bromberg]). Ein im Privatklageverfahren geschlossener Vergleich allein genügt nicht. — Dieser Praxis ist das KG., KGBl. **07** 22, insofern entgegengetreten, als es im Anschluß an den Wortlaut des § 496 Abs. 2 StPO. verlangt, daß über die Höhe der Kosten oder über die Notwendigkeit der unter ihnen begriffenen Auslagen „Streit" bestehen muß, soll eine gerichtliche Kostenfestsetzung erfolgen. Ein solcher Streit liegt nach der Ansicht des KG. aber schon dann vor, wenn der Kostenpflichtige die an ihn ergangene Zahlungsaufforderung unbeachtet gelassen hat.

§ 76. 1. Drucker 160. Schreibgebühren sind zu berechnen für Reinschriften, seien sie Ur- oder Abschriften. Nicht schon durch Schreiben, nicht erst durch Abschreiben, sondern durch Reinschreiben erwächst die Gebühr.

2. BadRpr. **01** 47 (Karlsruhe). Schreibgebühren kann der Anwalt auch dann beanspruchen, wenn er die Abschrift eigenhändig hergestellt hat.

3. JW. **05** 127 (LG. Cassel). Schreibgebühren sind zu bewilligen, wenn der RA. nicht das Konzept, sondern eine Reinschrift davon als Urschrift vorlegt.

4. SächsOLG. **24** 287 (Dresden). Hat der Anwalt das Konzept seiner Klageschrift stenographisch entworfen, wozu er berechtigt ist, so ist die Gebühr für drei Abschriften erstattungsfähig.

5. HansGZ. **06** Beibl. 283 (Hamburg). Für eine als Urschrift verwandte Abschrift, welche nur bestimmt ist, mit der Terminsbestimmung versehen in die Hände des Anwalts zurückzugelangen, können keine Schreibgebühren gefordert werden. Dagegen sind solche von den beiden Exemplaren des Antrags auf Hinterlegung zu verlangen, welche bei der Hinterlegungsstelle zwecks eines Abschlusses des Hinterlegungsvertrags eingereicht werden müssen und von denen das eine mit der Quittung in die Hände des Anwalts zurückgelangt.

§ 78. a) **RG.** R. **05** 46 Ziff. 182. Die Wahrnehmung des auswärtigen Beweistermins durch den eigentlichen Prozeßbevollmächtigten kann, auch wenn die Beweisaufnahme lediglich eine technische Frage zum Gegenstande hat, unter Umständen geboten sein, um ihn in den Stand zu setzen, mit der erforderlichen Sachkenntnis sich der Bearbeitung der Sache zu unterziehen; auch die Wichtigkeit des Rechtsstreits und die Schwierigkeit der Beweisaufnahme fallen dabei ins Gewicht. **b)** KGBl. **01** 67 (KG.). Diese Vorschrift gilt in Preußen auch für Notare. **c)** Elf. LothJZ. **26** 405 (Colmar). Dem nicht vom Ministerium (in Elsaß-Lothringen) zum Vertreter eines RA. bestellten Referendar, der, von einem RA. beauftragt, für ihn eine Reise zu einem Beweistermine vornimmt, sind nicht die Tagegelder und Reisekosten aus § 78 RAGebO., sondern nur ein angemessener Betrag für Mühewaltung und Auslagen zuzubilligen. Diesen Betrag kann die Partei des RA., falls die Reise notwendig war, dem Gegner in Rechnung bringen. **d)** HessRspr. **6** 132 (Darmstadt). Die in der RAGebO. bestimmten Gebühren und Auslagenentschädigungen können von einem Konkursverwalter auch dann nicht beansprucht werden, wenn er RA. ist; ebenso R. **03** 459. **e)** R. **07** 777 Ziff. 1736 (Frankfurt). Die kostenpflichtige Partei hat für eine Reise des Prozeßbevollmächtigten des Gegners die Kosten des weiteren Weges dann zu erstatten, wenn durch die Benutzung des näheren Weges ein unverhältnismäßig höherer Zeitaufwand verursacht worden wäre.

§ 80. Joachim 440. Als Wohnort kann nicht auch der Ort gelten, an dem

der RA. ein Zweigbureau errichtet hat oder regelmäßige Sprechstunden abhält; für die Reise an einen solchen Ort, besonders zum Gerichte dieses Ortes, können daher Reisekosten berechnet werden. Ebenso Willenbücher 214, 209. AA. Meyer-Irmler 125, Pfafferoth 212 und Drucker 174, weil als Wohnort auch der Ort zu gelten habe, an dem der RA. eine Filialexpedition eingerichtet hat.

§ 84. Über die Frage, ob eine Frau Anspruch darauf hat, daß ihrem im Armenrechte klagenden Manne durch einstweilige Verfügung die Zahlung eines Kostenvorschusses gemäß § 84 an ihren RA. aufgegeben wird, vgl. Pogge, R. **05** 468.

§ 85. OLG. **9** 166 (KG.). Der RA., welcher vor der Konkurseröffnung den Gemeinschuldner und nach der Aufnahme des Prozesses den Konkursverwalter vertreten hat, kann sämtliche Gebühren und Auslagen als Masseschuld fordern.

§ 87. 1. Die vom **RG. 9** 329, **11** 364, JW. **91** 485, **92** 372 vertretene Auffassung, die Bestimmung des § 87 betreffe nur den Fall, daß der RA. Gelder oder Wertpapiere, welche seinem Auftraggeber geschuldet werden, für diesen erhebt und an ihn abliefert, wird von sämtlichen Kommentatoren gemißbilligt (vgl. die Ausführungen von Joachim 453—455).

2. Willenbücher 219. Wenn der Anwalt die Streitsumme von dem Gegner erhebt und an den Auftraggeber abliefert, so entspricht er dem zu unterstellenden stillschweigenden Auftrage der Partei. Damit wird diese, nicht die Gegenpartei (wie Meyer-Irmler 132 meint), dem Anwalte gebührenpflichtig.

3. *Drucker 179 f. Es soll nicht ein Tun des Anwalts vergütet, sondern an einen Vorgang, darin bestehend, daß Gelder für fremde Rechnung zur Kasse des Anwalts gelangen und die Kasse wieder verlassen, ein Gebührenanspruch des Anwalts geknüpft werden. Die Zählgebühr ist zu erheben von allen durchlaufenden Geldern ohne Unterschied. Sie ist neben jeglicher anderen Gebühr und ohne alle Rücksicht auf eine solche zu berechnen. Sie ist dann und insoweit erstattungsfähig, wenn und inwieweit die in derselben Instanz (des Hauptprozesses oder der Zwangsvollstreckung) erwachsenen Gebühren für diejenige sachwalterische Tätigkeit erstattungsfähig sind, durch die der Gelderdurchlauf veranlaßt wird.

4. Basedow, HansGZ. **06** Beibl. 89 ff. A. a) Die Erhebungsgebühr nach § 87 ist zu bezahlen für jeden Durchgang von Geldern durch die Kasse des RA., einerlei, von wem die Gelder erhoben und an wen sie abgeliefert werden; sie wird fällig mit der Ablieferung. b) Sie ist vom Gesetze beabsichtigt als Vergütung für die Verantwortung, welche der RA. bei der Erhebung und Ablieferung fremder Gelder trägt. c) Sie ist neben allen anderen Gebühren, die sonst in der Gebührenordnung behandelt werden und unabhängig von ihnen zu bezahlen. d) Voraussetzung ist nur, daß der RA. neben seiner sonstigen Tätigkeit auch mit dieser beauftragt ist, d. h. daß sie in sein Mandat fällt. e) Die Gebühr ist für alle durchlaufenden Gelder, also auch für Teilzahlungen zu entrichten. B. Erstattungsfähigkeit. a) Außerhalb des Prozesses ist die Gebühr stets zu erstatten, wenn der Gegner das Honorar für die Tätigkeit des RA., mit der die Erhebung und Ablieferung von Geldern zusammenhängt, zu erstatten hat, also z. B. wenn er sich im Verzuge befindet, nunmehr von dem mit der Einziehung beauftragten RA. gemahnt wird und diesen bezahlt. b) Falls die Erhebung und Ablieferung der Gelder in einem Prozesse geschah, ist § 91 ZPO. Abs. 2 maßgebend. c) Selbst wenn man den Grundsatz des § 91 Abs. 2, daß die Notwendigkeit der Zuziehung eines RA. der Nachprüfung durch das Gericht entzogen sei, auf die Gebühr des § 89 RAGebO. nicht anwenden will, so muß sie auch nach § 91 Abs. 1 in fast allen Fällen für erstattungsfähig erklärt werden. C. Beitreibung vom Gegner. a) Soweit die erstattungspflichtige Gebühr nicht zu den Prozeßkosten gehört, muß sie im Wege der Klage beigetrieben werden. b) Soweit sie im Prozesse bis zur Kostenfestsetzung fällig geworden ist, kann sie mit festgesetzt werden. c) Soweit sie nach der Kosten-

festsetzung fällig wird, kann sie der Gerichtsvollzieher gemäß § 788 ZPO. ohne Festsetzung mit einziehen. — Dies muß auch dann gelten, wenn der Gerichtsvollzieher die Streitsumme auftragsgemäß an den RA. zur demnächstigen Weitergabe an den Auftraggeber abliefert.

5. Aus der Praxis. a) SeuffBl. **00** 132 (BayObLG.). Der Beklagte, der an den zum Geldempfang ermächtigten Anwalt des Klägers (statt an diesen selbst) die schuldige Summe sendet, muß die Gebühr des § 87 zahlen. **b**) SächsOLG. **24** 187 (Dresden). Die Zählgebühr ist nicht geschuldet, wenn der Anwalt zur Herbeiführung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils für seinen Klienten Wertpapiere hinterlegt hat. § 87 trifft nur den Fall, wo der Anwalt Geld oder Wertpapiere, die seinem Auftraggeber geschuldet werden, für ihn erhebt und abliefert. Entgegengesetzter Ansicht MecklZ. **23** 42 (Rostock). **c**) OLG. **11** 64 (Darmstadt). Reichskassenscheine und Reichsbanknoten sind „Geld" im Sinne der Vorschriften über Hinterlegung von Sicherheiten. **d**) OLG. **13** 97 (Dresden, III. ZS.). Die die Erhebung und Ablieferung der Klagesumme betreffenden Handlungen des RA. gehören nicht zu den vom RA. auf Grund des gesetzlichen Inhalts der Prozeßvollmacht zu entfaltenden prozessualen Tätigkeiten. Deshalb sind die bezüglichen Kosten nicht erstattungsfähig. — Dagegen nehmen die Erstattungsfähigkeit der Gebühr aus § 87, sofern sie zu den zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten des Rechtsstreits (der Zwangsvollstreckung) gehört, an: OLG. **13** 266 u. 267 (Dresden, II. u. IV. ZS.). **e**) Die Frage, ob der Anwalt die Gebühr des § 87 für Erhebung und Ablieferung der zum Zwecke der Herbeiführung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urteils geleisteten Sicherheit fordern kann, verneinen (in Übereinstimmung mit **RG. 9** 330, **11** 364, JW. **97** 323) die OLG. Hamburg, Braunschweig und Dresden (VIII. ZS.) in OLG. **13** 265 u. 266. **f**) OLG. **14** 164 (Hamburg). Die dem RA. nach § 87 zustehende Gebühr fällt nicht unter die Zwangsvollstreckungskosten. **g**) R. **07** 581 Ziff. 1261 (Frankfurt). Unter § 87 fällt nicht die zu prozessualen Zwecken seitens des RA. für den Mandanten bewirkte Hinterlegung von Geldern oder Wertpapieren. Die Hinterlegung einer Sicherheit zur Vollstreckbarmachung des Urteils gehört zum Prozeßbetrieb und wird durch die Prozeßgebühr abgegolten.

§ 88. RG. R. **07** 710 Ziff. 1542. Fügt ein RA. einer schriftlichen Ratserteilung eine Begründung bei, bei der er seine juristischen Kenntnisse verwertet, so ist darin noch nicht ein Gutachten mit juristischer Begründung im Sinne des § 88 zu erblicken.

§ 89. OLG. **13** 261 (KG.). Die Anfertigung eidesstattlicher Versicherungen gehört nicht zur Vermittelung des Verkehrs zwischen der Partei und dem Prozeßbevollmächtigten, sondern bildet eine davon ganz verschiedene, in das Gebiet der Beweisführung zu verweisende Tätigkeit. Deshalb steht dem Korrespondenzmandatar auf Grund des §89 eine besondere Gebühr neben der Korrespondenzgebühr hierfür zu.

§ 93. R. **06** 571 Ziff. 1377 (Colmar). Obgleich ein bloß mündliches Versprechen eines Extrahonorars an einen RA. für den Auftraggeber nicht bindend ist, kann er ein von ihm auf Grund einer solchen Vereinbarung bewußterweise gezahltes Extrahonorar von dem RA. nicht zurückfordern.

§ 94. 1. Joachim 487 f. Die vertragsmäßige Ermäßigung der Gebühren (unter die gesetzlichen Sätze) kommt dem erstattungspflichtigen Gegner zugute. Ebenso Willenbücher, Pfafferoth, Merzbacher. Die entgegengesetzte Ansicht vertreten Meyer-Irmler 142 und Drucker 199.

2. SächsOLG. **24** 180 (Dresden). Ein Abkommen des die Zulassung beim Prozeßgericht aufgebenden Anwalts mit dem Nachfolger wegen nur einmaliger Berechnung bereits verdienter Gebühren kommt auch dem unterliegenden Prozeßgegner zugute.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Berlin-Schöneberg.

Reichsgesetz über die

Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung

vom 24. März 1897 (Fassung vom 20. Mai 1898)

nebst dem Einführungsgesetz und den für Preußen ergangenen Ausführungs- und Kostenbestimmungen.

Mit einem ausführlichen

Kommentar in Anmerkungen

von

Dr. Paul Jaeckel,

Reichsgerichtsrat.

Zweite, neu bearbeitete Auflage.

Geheftet 15 M. Gebunden 17 M.

„Die Vorzüge des Kommentars sind so anerkannte und allbekannte, daß sie einer besonderen Hervorhebung nicht mehr bedürfen. Geradezu meisterhaft ist die Verwertung der neueren Literatur und Rechtsprechung auf dem Gebiete des Gesetzes . . . .“ Oberlandesgerichtsrat **Kretzschmar** (Sächsisches Archiv).

„Der große Jaeckelsche Kommentar ist in zweiter Auflage erschienen, welche an Vollständigkeit und Zuverlässigkeit nicht zu übertreffen sein dürfte.“ (Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß.)

Deutsche

Reichs-Konkursordnung

erläutert von

Dr. G. v. Wilmowski,

Geheimer Justizrat.

Nach dem Tode des Verfassers fortgesetzt von

Dr. K. Kurlbaum,
Oberlandesgerichtspräsident in Stettin,
Wirklicher Geheimer Rat,

A. Kurlbaum,
Rechtsanwalt bei dem Reichsgericht,

und

W. Kühne,
Rechtsanwalt in Glatz.

Sechste umgearbeitete Auflage.

1906. Geheftet 17 M. Gebunden 19,50 M.

„Mit allem Rüstzeug moderner Kommentierungskunst, unter gleich lückenloser wie geistreicher Verwertung der Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung und der umfänglichen Rechtsprechung, wird das Gesetz erklärt und beleuchtet. Der alte Ruf des angesehenen Werkes wird neu begründet und gefestigt.„ (Mitteilungen der Handelskammer zu Breslau.)

— „Der Kommentar verdient volle Beachtung, weite Verbreitung und sorgsame Benutzung, besonders bei den Gerichten.“
Oberlandesgerichtspräsident Dr. **Spahn** (Deutsche Juristen-Zeitung).



